

Sélection par les partenaires sociaux d'un organisme de pension sectoriel : l'obligation de transparence européenne et l'exercice de la négociation collective. Les voies de la conciliation*

Quentin Detienne, aspirant du F.R.S.-FNRS à l'Université de Liège

Jean-Benoît Maisin, chercheur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Introduction générale.....	2
Chapitre préliminaire. Présentation de l'arrêt <i>UNIS et Beaudout</i>	3
Première partie. Le régime de l'obligation de transparence en droit européen et son applicabilité dans le cadre belge.....	6
Chapitre I. L'obligation de transparence : son histoire, ses débiteurs et son contenu.....	6
Section 1. Histoire de l'obligation de transparence.....	7
Section 2. Les partenaires sociaux, débiteurs de fait de l'obligation de transparence.....	9
Section 3. Les exigences concrètes de l'obligation de transparence.....	10
<i>Sous-section 1. Exigences de transparence au stade de la négociation entre les partenaires sociaux pour la sélection d'un organisme de pension.....</i>	<i>11</i>
<i>Sous-section 2. Exigences de transparence au stade de la procédure d'extension de l'accord collectif.....</i>	<i>15</i>
Conclusions intermédiaires.....	18
Chapitre II. Hypothèses de non application des principes de transparence et de non-discrimination à la négociation collective.....	19
Section 1. L'absence d'intérêt transfrontalier.....	19
Section 2. L'exécution de la mission par une quasi-régie.....	21
<i>Sous-section 1 : La jurisprudence Teckal est-elle applicable dans son principe aux partenaires sociaux ?.....</i>	<i>23</i>
<i>Sous-section 2 : Les circonstances dans lesquelles les conditions de la jurisprudence Teckal pourraient être rencontrées ...</i>	<i>24</i>
Section 3. L'attribution d'une mission particulière nécessitant un droit exclusif.....	26
Conclusions intermédiaires.....	31
Seconde partie. Les voies de la conciliation entre les exigences de transparence et le droit de négociation collective.....	31
Chapitre I. La sélection du gestionnaire d'un régime de pension sectoriel en Belgique : deux cas d'études.....	31
Section 1. Secteur du commerce international, du transport et des activités connexes.....	32
<i>Sous-section 1. Adoption.....</i>	<i>32</i>
<i>Sous-section 2. Contenu.....</i>	<i>33</i>
Section 2. Secteur de l'industrie chimique.....	33
<i>Sous-section 1. Adoption.....</i>	<i>34</i>
<i>Sous-section 2. Contenu.....</i>	<i>36</i>
Conclusions intermédiaires.....	37
Chapitre II. Concilier, dans la pratique, la liberté de négociation collective et les principes de transparence et de non-discrimination.....	37
Section 1. Une approche théorique chaotique.....	38
<i>Sous-section 1. L'exercice d'un droit fondamental consacré et consistant.....</i>	<i>38</i>
<i>Sous-section 2. A la recherche d'un juste équilibre.....</i>	<i>41</i>
<i>Sous-section 3. Contrôle de proportionnalité et marge de manœuvre pour les Etats.....</i>	<i>43</i>
Section 2. Dans la pratique, six remarques pour trouver une voie conciliatoire.....	44
<i>Sous-section 1. Le mode et les moments de la communication.....</i>	<i>45</i>
<i>Sous-section 2. L'objet de la communication.....</i>	<i>46</i>
<i>Sous-section 3. Forme de la communication.....</i>	<i>47</i>
<i>Sous-section 4. Le contenu de la communication.....</i>	<i>47</i>
Conclusions générales.....	49

* Les auteurs remercient les Prof. F. Kefer et P.-O de Broux pour leur relecture et leurs remarques ainsi que six relecteurs anonymes. Ils remercient également Steve Aussems, d'AG Insurance, Herman Baelle, de la Centrale Générale de la Fédération Générale des Travailleurs de Belgique, Guy Cox, ancien directeur du SPF Emploi, Travail et Concertation Sociale, Jean-Michel Kupper, d'AG Insurance, Didier Lobelle, de la Fédération d'Employeurs pour le commerce international, le transport et la logistique, Marcel Savoye, du Service fédéral des Pensions et Ingrid Vormers, d'AG Insurance, pour leurs conseils et leurs explications.

Résumé

La sélection du prestataire d'un régime de pension sectoriel relève en Belgique de la négociation collective. Les membres de la commission paritaire compétente y procèdent en principe de façon autonome. Toutefois, dans un arrêt *UNIS et Beaudout* de décembre 2015 (C-25/14 et C-26/14), la Cour de justice de l'Union européenne leur a imposé le respect d'une obligation de transparence, inspirée du droit des marchés publics.

L'article commence par détailler l'origine et les implications concrètes de cette obligation. Il expose ensuite les hypothèses dans lesquelles, par exception, elle ne s'applique pas. En s'appuyant sur le récit de deux procédures récentes de sélection du gestionnaire d'un régime de pension sectoriel, il propose enfin des voies de conciliation des exigences potentiellement contradictoires du droit de négociation collective, d'une part, et de l'obligation de transparence, d'autre part.

In België is de selectie van de aanbieder van een sectorale pensioenstelsel een zaak van collectieve onderhandeling. De leden van de bevoegde Paritaire Comité doen dit in beginsel autonoom. In een *UNIS- en Beaudout*-arrest van december 2015 (C-25/14 en C-26/14) legde het Europees Hof van Justitie hen echter een transparantieplichting op, geïnspireerd door de wetgeving inzake overheidsopdrachten.

Het artikel begint met een gedetailleerde beschrijving van de oorsprong en de concrete gevolgen van deze verplichting. Vervolgens worden de hypothesen uiteengezet waarin het bij wijze van uitzondering niet van toepassing is. Op basis van twee recente procedures voor de selectie van de beheerder van een sectorale pensioenstelsel worden in het artikel ten slotte manieren voorgesteld om de potentieel tegenstrijdige vereisten van het recht op collectieve onderhandelingen enerzijds en de transparantieplichting anderzijds met elkaar in overeenstemming te brengen.

Introduction générale

1. Dans un arrêt *UNIS et Beaudout* de décembre 2015², la Cour de justice de l'Union européenne a décidé qu'une obligation de transparence doit être respectée par les partenaires sociaux lorsqu'ils confient, par un accord collectif rendu obligatoire, la gestion d'un régime complémentaire de sécurité sociale pour travailleurs salariés à un opérateur économique unique. Inspirée du droit des marchés publics, l'obligation de transparence poursuit deux objectifs. D'une part, elle vise à rendre possible la concurrence en assurant que l'intention de désigner un opérateur économique pour la gestion d'un régime complémentaire de sécurité sociale fait l'objet d'une certaine publicité. D'autre part, elle doit permettre le contrôle de l'impartialité de la procédure par laquelle un opérateur a été désigné pour la gestion dudit régime.

2. Cette jurisprudence a des implications au moins potentielles dans un grand nombre des domaines d'activités de la négociation collective. Nous les examinons dans cet article à l'égard d'un cas de figure seulement, celui de la constitution d'un régime de pension sectoriel par les partenaires sociaux. Les développements qui suivent sont toutefois transposables dans une large mesure à l'organisation d'autres prestations sociales complémentaires, et de manière générale à tous les dispositifs par lesquels les partenaires sociaux confient la prestation d'un service à un opérateur économique unique au moyen d'un accord collectif rendu obligatoire. L'étude est composée de deux parties, précédées d'une présentation de l'arrêt. La première partie commence par exposer l'origine, les débiteurs et le contenu de l'obligation de transparence. Elle aborde ensuite les exceptions à l'obligation admises par le droit européen et questionne leur applicabilité dans le paysage du droit belge des pensions complémentaires (§ 1^{er} et § 2). La deuxième partie, de nature plus prospective, envisage les voies possibles d'une conciliation entre, d'une part, les exigences de l'obligation de transparence et, d'autre part, le droit de négociation collective, pour les circonstances où les exceptions à l'obligation de transparence ne sont pas applicables. Pour donner de la chair à cette deuxième partie, ces développements sont précédés de deux exemples concrets d'une procédure de négociation collective ayant mené à la constitution d'un régime de pension sectoriel (§ 3 et § 4).

Chapitre préliminaire. Présentation de l'arrêt *UNIS et Beaudout*

3. L'arrêt *UNIS et Beaudout* fait suite à une affaire ayant débuté en France. L'Union des syndicats de l'immobilier (UNIS) et la société Beaudout Père et Fils avaient chacune introduit devant le Conseil d'Etat un recours en annulation d'un arrêté ministériel étendant la force obligatoire d'un accord collectif désignant un organisme unique pour la gestion de régimes de protection sociale complémentaire à l'ensemble des travailleurs salariés des branches d'activité concernées. Il s'agissait en l'occurrence d'un régime de prévoyance couvrant les risques de décès, d'incapacité de travail et d'invalidité et de régimes complémentaires de remboursement de frais de soins de santé, dont la gestion avait été confiée à une « institution de prévoyance », une forme d'organisation encadrée par le Code de la sécurité sociale français. La société

² C.J.U.E., 17 décembre 2015, *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14. A propos de cet arrêt, voy. notamment H. VAN MEERTEN et E. SCHMIDT, « Compulsory membership of pension schemes and the free movement of services in the EU », *European Journal of Social Security*, 2017, vol. 19, n° 2, pp. 127-128 ; J.-B. MAISIN, « Affaire UNIS : octroyer des droits exclusifs par la négociation collective requiert-il une mise en concurrence? », in P.-O. DE BROUX et P. NIHOUL (éds.), *Actualités en droit public économique*, Limal, Anthemis, 2017, pp. 7-28 ; D. SIMON, « Obligation de transparence », *Europe - Actualité du droit de l'Union européenne*, 2016, n° 2 ; V. LE MEUR-BAUDRY et J. BARTHELEMY, « Protection sociale complémentaire : choix de l'organisme assureur et transparence », *Droit social*, 2016, n° 4, pp. 376-383 ; S. HENNION, « Chronique de protection sociale complémentaire : I. Des clauses de désignation aux clauses de recommandation », *Droit social*, 2016, n° 9, pp. 760-765.

Beaudout n'en était pas à son coup d'essai : elle était déjà à l'origine de l'affaire ayant donné lieu à un arrêt *AG2R* de la Cour de justice³.

4. Devant le Conseil d'Etat français, l'UNIS et la société Beaudout avaient avancé à l'appui de leur recours en annulation que les accords collectifs rendus obligatoires ne respectaient pas l'obligation de transparence découlant de l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), qui consacre la libre prestation des services. Le Conseil d'Etat avait dès lors décidé de poser à la Cour de justice la question préjudicielle suivante : « Le respect de l'obligation de transparence qui découle de l'article 56 TFUE est-il une condition préalable obligatoire à l'extension, par un État membre, à l'ensemble des entreprises d'une branche, d'un accord collectif confiant à un unique opérateur, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire institué au profit des salariés ? ».

5. La Cour, en sa cinquième chambre, a répondu par l'affirmative à la question, au terme d'un raisonnement qui peut être résumé comme suit. Elle commence par rappeler que, selon une jurisprudence bien établie, la création d'un droit exclusif par l'autorité publique implique en principe le respect de l'obligation de transparence découlant de l'article 56 TFUE⁴. Or, constate-t-elle, l'extension de la force obligatoire d'un accord collectif désignant un opérateur unique pour la gestion d'un régime de protection sociale complémentaire crée un droit exclusif au profit de cet opérateur⁵, celui de percevoir et de gérer les cotisations versées par les employeurs et les salariés participant au régime⁶. Et cette extension créatrice du droit exclusif est un acte de l'autorité publique, puisqu'elle requiert l'intervention du ministre compétent. En bonne logique, la Cour conclut que cette intervention doit, en principe, avoir lieu dans le respect de l'obligation de transparence.

Elle poursuit son raisonnement en se penchant sur la question de savoir si la circonstance que l'intervention de l'autorité publique en cause a pour objet un accord issu de la négociation collective est de nature à justifier une dérogation à ce principe. Sans plus d'argumentation, elle affirme que tel n'est pas le cas⁷.

Enfin, la Cour passe à l'examen des modalités qui entourent en France, à l'époque de l'arrêt, l'adoption d'un arrêté ministériel d'extension de la force obligatoire d'un accord collectif, en vue de déterminer si ces modalités sont suffisantes pour satisfaire à l'obligation de transparence. Elle commence par rappeler que, en droit européen, le respect de cette obligation implique que la procédure d'octroi du droit exclusif en question assure un degré de publicité adéquat permettant, d'une part, une ouverture à la concurrence et, d'autre part, le contrôle de l'impartialité de ladite procédure⁸. Au vu de cette double exigence, elle considère que les modalités françaises ne respectent pas l'obligation de transparence. Il semble utile, en vue de la discussion des implications concrètes de l'obligation de transparence que nous mènerons plus loin⁹, de reproduire le passage un peu long de l'arrêt qui appuie cette appréciation :

« [...] ni le fait que les conventions et les accords collectifs ainsi que les avenants à ceux-ci font l'objet d'un dépôt auprès d'une autorité administrative et peuvent être consultés sur Internet, ni la publication dans un journal officiel d'un avis selon lequel il est envisagé d'engager une procédure d'extension d'un tel avenant, ni la possibilité pour tout intéressé de faire connaître ses observations à la suite de cette publication ne présentent, même pris ensemble, un degré de

³ C.J.U.E., 3 mars 2011, *AG2R*, aff. C-437/09.

⁴ § 35 de l'arrêt.

⁵ § 34 de l'arrêt.

⁶ § 64 des conclusions de l'avocat général Jääskinen.

⁷ § 37 de l'arrêt.

⁸ § 44 de l'arrêt.

⁹ Voy. *infra*, n° 24-27.

publicité adéquat, permettant d'assurer que les opérateurs intéressés puissent, conformément aux objectifs de l'obligation de transparence, manifester leur intérêt quant à la gestion du régime de prévoyance en cause au principal avant que la décision d'extension intervienne en toute impartialité. En effet, les intéressés ne disposent que d'un délai de quinze jours pour soumettre leurs observations, ce qui est sensiblement inférieur aux délais prévus [par] la directive 2004/18/CE [...] relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services [...], qui n'est pas applicable en l'espèce, mais qui peut servir de cadre de référence à cet égard. En outre, [...] le ministre compétent se limite à un simple contrôle de légalité. Il apparaît ainsi que l'existence d'une offre plus avantageuse dont une personne intéressée informerait ledit ministre ne peut empêcher l'extension de cet accord, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier »¹⁰.

6. Deux éléments sont donc pointés par la Cour pour motiver sa décision que la publicité qui entoure l'extension de la force obligatoire des accords collectifs en l'espèce n'est pas adéquate. Ils ont respectivement trait à l'exigence d'ouverture à la concurrence et de contrôle de l'impartialité de la procédure. Premièrement, le délai dans lequel il est permis de faire part de ses observations à propos de la demande d'extension est beaucoup plus court que celui prévu dans la législation européenne relative aux marchés publics, que la Cour prend comme référent quoiqu'elle ne soit pas applicable en l'espèce. Deuxièmement, la nature du contrôle « de légalité » exercé par le ministre sur l'accord collectif ne semble pas lui permettre de refuser l'extension alors même qu'il serait informé qu'une offre « plus avantageuse » a été écartée par les partenaires sociaux. *A contrario*, les moyens par lesquels la demande d'extension de la force obligatoire de l'accord collectif est portée à la connaissance du public ne semblent, eux, pas faire difficulté aux yeux de la Cour. Dans leur principe, la publication sur internet de l'accord collectif concerné et la publication d'un avis informant de la demande d'extension dans un journal officiel – en l'occurrence, le *Journal officiel de la République française* – paraissent satisfaire à l'exigence d'une publicité adéquate. Nous reviendrons plus loin sur ces enseignements de l'arrêt quant au contenu de l'obligation de transparence lorsqu'elle est appliquée dans le cadre de l'extension d'un accord collectif, en les intégrant à la jurisprudence développée de longue date par la Cour à propos de cette obligation¹¹.

7. Après avoir décidé que le respect de l'obligation de transparence s'impose même lorsque la création d'un droit exclusif est la conséquence de l'extension de la force obligatoire d'un accord collectif, et après avoir jugé que les modalités entourant en l'espèce la procédure d'extension ne permettent pas d'assurer le degré de publicité adéquat requis par cette obligation de transparence, la Cour pouvait donc répondre à la question posée par le Conseil d'Etat français que « [l']obligation de transparence, qui découle de l'article 56 TFUE, s'oppose à l'extension, par un Etat 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 »¹².

8. Il est intéressant de noter qu'à la demande de la France, la Cour a décidé de limiter dans le temps les effets de son arrêt. Elle a ainsi décidé qu'ils ne concerneraient pas les accords

¹⁰ § 45 de l'arrêt.

¹¹ Voy. *infra*, n° 17-27.

¹² § 54 de l'arrêt.

collectifs ayant été rendus obligatoires avant la date de prononcé de l'arrêt, sans préjudice des recours juridictionnels introduits avant cette date. Elle a accédé à cette demande en raison, d'une part, de l'existence dans la législation européenne en matière de marchés publics d'une possibilité analogue pour les Etats membres de limiter, sous certaines conditions, la possibilité d'introduire des recours contre des marchés conclus en méconnaissance du droit de l'Union¹³. Comme pour l'appréciation de l'adéquation du délai prévu pour faire part d'observations sur une demande d'extension d'un accord collectif, la Cour s'inspire donc de cette législation pour se déterminer, malgré qu'elle ne soit pas applicable en l'espèce. La Cour a accédé à la demande française en raison, d'autre part, du « contexte social particulièrement sensible » de l'affaire¹⁴, puisque les accords collectifs rendus obligatoires étaient, en France et à l'époque des faits, le support de prestations sociales complémentaires pour un très grand nombre de travailleurs salariés. Le gouvernement français avait estimé que 2 400 000 travailleurs environ étaient concernés, toutes branches professionnelles confondus¹⁵.

Première partie. Le régime de l'obligation de transparence en droit européen et son applicabilité dans le cadre belge

S'il présente une nouveauté indéniable en ce qu'il rend applicable l'obligation de transparence à la sélection d'un opérateur par les partenaires sociaux du secteur privé¹⁶, l'arrêt *UNIS et Beaudout* s'inscrit toutefois dans une jurisprudence développée de longue date par la Cour de justice. C'est à la lumière de cette jurisprudence que l'on peut préciser qui sont les débiteurs et quel est le contenu de l'obligation (chapitre I) et que l'on peut s'essayer à déterminer si les exceptions admises à son application pourraient être invoquées avec succès dans le cadre juridique belge des pensions complémentaires sectorielles (chapitre II).

Chapitre I. L'obligation de transparence : son histoire, ses débiteurs et son contenu

Avant d'exposer le contenu précis de l'obligation de transparence (Section 3), il semble utile de revenir sur l'histoire de cette obligation dans la jurisprudence de la Cour pour faire apparaître le terreau dans lequel elle s'enracine et continue de puiser ses inspirations (Section 1) ainsi que d'éclaircir sur qui, de l'autorité étatique ou des partenaires sociaux, pèsent effectivement les exigences de transparence (Section 2).

¹³ § 51 de l'arrêt.

¹⁴ § 52 de l'arrêt.

¹⁵ § 48 de l'arrêt.

¹⁶ La Cour avait déjà décidé que la négociation collective dans le secteur public n'échappe pas au champ d'application du droit dérivé des marchés publics dans un arrêt du 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08. A propos de cet arrêt, voy. notamment Y. STEVENS, « Het Europees recht en het sociaal recht nogmaals onder hoogspanning: de Albany voorwaarde getest op de openbare aanbesteding », *Chroniques de droit social/Sociaalrechtelijke kronieken*, 2011, n° 2, pp. 61-64 ; P. SYRPIS, « Reconciling Economic Freedoms and Social Rights—The Potential of Commission v Germany (Case C-271/08, Judgment of 15 July 2010) », *Industrial Law Journal*, 2011, vol. 40, n° 2, pp. 222-229 ; L. LAUTRETTE, « Clause de désignation et appel d'offres : les enseignements de l'arrêt de la CJUE du 15 juillet 2010 », *Droit social*, 2010, n° 12, pp. 1241-1245 ; F. KESSLER, « Le droit fondamental à la négociation collective n'existe, en Europe, que sous condition », *Droit social*, 2010, n° 11, pp. 1233-1240 ; M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la C.J.U.E. – C.J.U.E. 15 juill. 2010, *Commission C/ Allemagne*, aff. C-271/08 », *A.J.D.A.*, 2010, p. 1578 ; S. SMITH, « Case comment. The requirement to comply with the procurement Directive is compatible with the fundamental right to undertake collective bargaining. Direct award of contract to pension providers designated in a collective agreement is in breach of the requirement of the procurement Directives. Case C-271/08 *Commission v Germany* », *Public Procurement Law Review*, 2010, p. NA225.

Section 1. Histoire de l'obligation de transparence

9. L'obligation de transparence trouve ses origines dans l'interprétation de textes du droit dérivé de la commande publique de l'Union¹⁷. Les premières formulations de l'obligation de transparence ont été adoptées par la Cour en vue de guider l'interprétation des directives européennes relatives aux marchés publics. La Cour a employé l'expression « principe de transparence » pour la première fois en 1996, à l'occasion d'un recours en manquement de la Commission contre la Belgique pour non-respect de la directive applicable aux faits de l'espèce¹⁸. Prenant appui sur un considérant de la directive, elle y affirmait que le respect du principe de transparence doit être assuré, avec celui du principe d'égalité de traitement, à chaque stade de la procédure d'attribution d'un marché public tel que celui alors en cause¹⁹.

10. Si l'obligation de transparence a donc été initialement dégagée de l'interprétation de textes du droit dérivé de l'Union, elle ne s'est toutefois réellement épanouie qu'après que la Cour l'ait élevée au statut d'obligation découlant du droit primaire, déliant par là son contenu ainsi que son champ d'application des dispositions adoptées par le législateur européen²⁰. L'arrêt fondateur à cet égard est l'arrêt *Telaustria*²¹ adopté en 2000, dans lequel la Cour a décidé que l'obligatoire de transparence doit être appliquée lors de l'octroi d'une concession de services publics, alors même que les concessions n'entraient pas dans le champ d'application des directives de l'époque relatives aux marchés publics. Peu de temps après, la Cour faisait également application de l'obligation de transparence à l'égard de marchés publics ne ressortissant pas au champ d'application des directives pour la raison que leur valeur n'atteint pas les seuils fixés par celles-ci²². Un arrêt rendu en grande chambre quelques années plus tard devait définitivement ancrer cette extension du champ d'application de l'obligation de transparence au-delà du droit dérivé des marchés publics dans la jurisprudence de la Cour²³.

11. Selon cette ligne de jurisprudence, l'obligation de transparence déborde le champ d'application des directives relatives aux marchés publics en raison de son lien avec le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Ce dernier principe, affirmé de manière générale à l'article 18 TFUE, sous-tend notamment l'article 56 TFUE, qui organise la libre prestation des services²⁴. Ainsi fondé dans le droit primaire de l'Union, et en particulier dans le droit du marché intérieur, le respect de l'obligation de transparence peut donc être exigé dans d'autres situations que celles appréhendées par le droit dérivé dont elle est inspirée.

¹⁷ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Vol. 1, 3^e éd., Londres, Sweet & Maxwell et Thomson Reuters, 2014, p. 264 ; A. BUIJZE, *The principle of transparency in EU Law*, 's-Hertogenbosch, Uitgeverij BOXPress, 2013, pp. 153-154. A propos de l'histoire de l'obligation de transparence dans la jurisprudence de la Cour, voy. aussi J.-B. MAISIN, « Affaire UNIS : octroyer des droits exclusifs par la négociation collective requiert-il une mise en concurrence? », *op. cit.*, pp. 12-15 ; B.J. DRIJBER et H. STERGIOU, « Public procurement law and internal market law », *Common Market Law Review*, 2009, vol. 46, pp. 809-811 ; J. BERGEVOET, « De toepassing van het transparantiebeginsel bij niet-gereguleerde opdrachten nader beschouwd », *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht*, 2008, vol. 15, n° 4, pp. 113-118.

¹⁸ Ce point a été mis en évidence par A. BUIJZE, *The principle of transparency in EU Law*, *op. cit.*, p. 153.

¹⁹ C.J.U.E., 25 avril 1996, *Commission c. Belgique*, aff. C-87/94, § 53.

²⁰ S. PRECHAL et M. DE LEEUW, « Dimensions of Transparency: the building blocks for a new legal principle? », *Review of European Administrative Law*, 2007, n° 1, p. 57 et 60.

²¹ C.J.U.E., 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98.

²² Voy. notamment C.J.U.E., 3 décembre 2001, *Vestergaard*, aff. C-59/00, § 20 et C.J.U.E., 20 octobre 2005, *Commission c. France*, aff. C-264/03 §§ 32-33.

²³ C.J.U.E., 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/03. Voy. A. BROWN, « EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *Public Procurement Law Review*, 2010, n° 5, p. 171.

²⁴ Voy. notamment C.J.U.E., 21 juin 1974, *Reyners*, aff. C-2/74, §§ 15-16 ; CJUE, 23 avril 1991, *Höfnér*, aff. C-41/90, § 36

12. Dans la jurisprudence *Telaustria*, les affaires dans lesquelles la Cour a fait application de l'obligation de transparence continuaient toutefois de relever du domaine de la commande publique au sens large. Elles portaient soit sur des marchés publics échappant aux directives uniquement en raison de leur faible valeur, soit sur des marchés prenant la forme spécifique de l'attribution d'une concession de service public²⁵. De l'avis de plusieurs, la jurisprudence *Telaustria* procédait ainsi du souhait de la Cour de compléter l'arsenal juridique européen applicable alors à la commande publique.

13. Le lien établi par la Cour entre cette obligation et les libertés économiques édictées par le TFUE laissait toutefois penser à certains auteurs qu'elle pourrait être appliquée à un domaine plus large²⁶, dans toutes les situations où l'accès à une activité économique est restreint à un nombre limité d'acteurs par l'intervention de l'autorité publique. Le pas allait être franchi dans un arrêt *Sporting Exchange* et confirmé à plusieurs reprises après lui²⁷.

Adopté en 2010, cet arrêt se prononçait sur la légalité au regard du droit européen de la procédure d'octroi d'une autorisation unique par les autorités néerlandaises pour l'exercice d'une activité de jeux de hasard. La Cour y a affirmé que « [l]e fait que la délivrance d'un agrément unique n'équivaut pas à un contrat de concession de services ne saurait, à lui seul, justifier que les exigences qui découlent de [l'article 56 TFUE, alors article 49 CE], notamment le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence, soient méconnues lors de l'octroi d'une autorisation administrative telle que celle en cause »²⁸. Et la Cour de s'expliquer de la manière suivante : « En effet [...], l'obligation de transparence apparaît comme une condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer à un opérateur le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur. Une telle obligation a vocation à s'appliquer dans le cadre d'un régime d'agrément octroyé à un opérateur unique par les autorités d'un État membre dans l'exercice de leurs pouvoirs de police, puisque les effets d'un tel agrément à l'égard des entreprises établies dans d'autres États membres et qui seraient potentiellement intéressées par l'exercice de cette activité sont les mêmes que ceux d'un contrat de concession de services »²⁹. La raison de la soumission de la procédure d'octroi d'une autorisation unique à l'obligation de transparence n'est pas à chercher en l'espèce dans un lien quelconque à la commande publique. Elle se trouve dans les effets de cette mesure, qui exclut les opérateurs économiques sauf un pour l'exercice de l'activité en cause.

²⁵ A propos de la notion de concession, voy. l'article 5, al. 1^{er}, 1) de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession. Voy. également, pour des définitions antérieures à l'adoption de cette directive, L. RICHER, *L'Europe des marchés publics: marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 204-212 ; N. FIEDZIUK, « Putting services of general economic interest up for tender: reflections on applicable EU rules », *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, pp. 100-105 ; U. NEERGAARD, « Public service concessions and related concepts - the increased pressure from Community law on Member States' use of concessions », *Public Procurement Law Review*, 2007, n° 6, pp. 387-409 ; G. OLYKKE, « Is the granting of special and exclusive rights subject to the principles applicable to the award of concessions? Recent developments in case law and their implications for one of the last sanctuaries for protectionism », *Public Procurement Law Review*, 2014, n° 1, pp. 12-15.

²⁶ Voy. B.J. DRIJBER et H. STERGIU, « Public procurement law and internal market law », *op. cit.*, pp. 825-826 ; S. PRECHAL et M. DE LEEUW, « Dimensions of Transparency », *op. cit.*, p. 60.

²⁷ C.J.U.E., 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, aff. C-203/08 ; voy. également entre autres C.J.U.E., 9 septembre 2010, *Engelmann*, aff. C-64/08, §§ 52-53 et C.J.U.E., 14 novembre 2013, *Belgacom*, aff. C-221/12, § 34, qui confirment la décision prise dans l'arrêt *Sporting Exchange*. A propos de cet arrêt, voy. notamment A. BROWN, « Application of the EU Treaty Obligation of Transparency to an Exclusive National Licence for Internet Games of Chance », *Public Procurement Law Review*, 2010, n° 6, pp. 221-224.

²⁸ § 46 de l'arrêt *Sporting Exchange*, précité.

²⁹ § 47 l'arrêt *Sporting Exchange*, précité.

14. C'est un raisonnement du même type qui a été employé par la Cour dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*. L'extension de la force obligatoire d'un accord collectif crée au profit d'un opérateur économique un droit ayant « un *effet d'exclusion* à l'égard des opérateurs établis dans d'autres États membres et qui seraient potentiellement intéressés par l'exercice de » l'activité de gestion confiée à cet opérateur économique. Et ce droit exclusif est créé par l'intervention de l'autorité publique. Cela suffit pour justifier, aux yeux de la Cour, que la procédure menant à cette extension soit soumise à l'obligation de transparence³⁰.

Avec la jurisprudence *Sporting Exchange*, dans laquelle est inscrite l'arrêt *UNIS et Beaudout*, la Cour a donc consacré l'autonomie de l'obligation de transparence à l'égard du domaine des marchés publics, dans lequel elle avait été formulée pour la première fois. La transparence est exigée dès lors que l'intervention de l'autorité publique place un opérateur économique dans une position privilégiée à l'égard de ses concurrents, que ce soit en raison de l'entame de relations économiques avec lui ou en raison de l'exercice d'un pouvoir d'organisation et de régulation des activités sur son territoire. Autrement dit, selon cette jurisprudence, ce sont les *effets* de l'intervention publique plutôt que les *fins* qu'elles poursuit qui justifient l'exigence du respect d'une certaine transparence.

Section 2. Les partenaires sociaux, débiteurs de fait de l'obligation de transparence

15. Selon le raisonnement tenu par la Cour dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, et en cohérence avec l'ancrage de l'obligation de transparence dans le droit de la commande publique, le seul débiteur de l'obligation de transparence au regard du droit européen semble être l'autorité étatique qui étend la force obligatoire de l'accord collectif. La Cour y insiste en effet que l'obligation de transparence est applicable en l'espèce en raison de la création d'un droit exclusif *du fait de l'intervention de l'autorité publique*, laquelle a décidé de faire usage de son pouvoir d'étendre l'accord collectif³¹. Par ailleurs, elle prend soin de rappeler que « la question posée dans chacune des deux affaires ne concerne que la décision par laquelle une autorité publique décide d'étendre un accord collectif à l'ensemble des employeurs et des travailleurs salariés d'une branche d'activité ». A lire l'arrêt, il semble donc que la Cour considère que l'obligation de transparence pèse sur l'autorité étatique compétente pour l'extension de la force obligatoire d'un accord collectif elle-même, et pas sur les partenaires sociaux.

16. Mais selon nous, les implications concrètes de cette obligation de transparence reposent en réalité sur les partenaires sociaux principalement. En effet, on se souviendra que la Cour attend de la procédure d'extension qu'elle permette de s'opposer au choix des partenaires sociaux lorsque ce choix ne correspond pas à celui qu'ils auraient pu prendre dans le contexte d'une concurrence ouverte aux opérateurs économiques étrangers. Cela ne signifie-t-il pas qu'il est attendu des partenaires sociaux eux-mêmes qu'ils permettent cette concurrence ? Et comment s'assurer en pratique qu'ils l'ont effectivement permise sinon en exigeant d'eux qu'ils communiquent eux-mêmes les informations nécessaires aux opérateurs économiques pour que ceux-ci puissent leur faire part le cas échéant de leurs offres, autrement dit en exigeant d'eux, et pas seulement des autorités *ex post*, qu'ils soient transparents ? Pour être atteint, l'objectif d'ouverture à la concurrence attaché à l'obligation de transparence nous semble donc devoir être déjà et même surtout pris en compte au stade de la sélection de l'opérateur économique, c'est-à-dire au stade de la procédure qui relève de la négociation collective. L'avocat général Jääskinen fait la même observation dans ses conclusions précédant l'arrêt, quoiqu'il soutienne comme la Cour que « l'obligation de transparence, en tant que telle, [ne] pèse [pas] sur les

³⁰ §§ 34-35 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précité.

³¹ §§ 34-36 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précité.

partenaires sociaux »³². A notre sens, cette dernière affirmation est rhétorique ; en réalité, la charge du respect de l'obligation de transparence pèse principalement sur les partenaires sociaux. On peut en ce sens dire qu'ils en sont les « débiteurs de fait ».

Plus précisément, les partenaires sociaux et l'Etat semblent en réalité devoir se partager la mise en œuvre des deux volets de l'obligation de transparence que la Cour rappelle dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* : l'ouverture à la concurrence et le contrôle de l'impartialité de la procédure. Aux premiers, il revient de mener la sélection de l'opérateur économique selon une procédure suffisamment transparente pour permettre, d'une part, à tous les opérateurs potentiellement intéressés par la gestion du régime de se faire connaître et de participer le cas échéant à la procédure et, d'autre part, aux opérateurs non retenus à l'issue de la procédure de prendre connaissance des motifs de la décision des partenaires sociaux. Aux autorités étatiques, il convient de mettre en place une procédure permettant de s'opposer à l'extension de l'accord collectif s'il apparaît que les partenaires sociaux ont manqué d'impartialité dans leur décision. Le détail des exigences à respecter par les uns et les autres fait l'objet de la section suivante.

Section 3. Les exigences concrètes de l'obligation de transparence

17. De l'arrêt *UNIS et Beaudout* seul, on ne peut obtenir que peu d'informations sur les exigences de transparence à respecter lors de la procédure d'octroi d'un droit exclusif par extension d'un accord collectif. Comme mentionné plus haut³³, la Cour pointe dans l'arrêt deux éléments insatisfaisants au regard de l'obligation de transparence : la durée, trop courte, du délai dans lequel les intéressés peuvent faire part de leurs observations sur la demande d'extension de l'accord collectif, et la nature du contrôle « de simple légalité »³⁴ mené par le ministère français sur l'accord collectif dont il est demandé l'extension de la force obligatoire, qui ne lui permettrait pas de s'opposer à l'extension alors même qu'il serait informé de l'existence d'une offre « plus avantageuse »³⁵ que celle retenue dans cet accord.

On peut toutefois prendre appui sur la jurisprudence antérieure de la Cour et, plus fondamentalement, sur la raison d'être et le fondement de l'obligation de transparence pour compléter ces informations. Comme le résume la Cour dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, l'obligation de transparence découle du principe de non-discrimination en raison de la nationalité et vise à rendre possible « d'une part, une ouverture à la concurrence et, d'autre part, le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution »³⁶.

Les informations que l'on trouvera ci-dessous doivent toutefois être reçues avec prudence. C'est que les contours précis de l'obligation de transparence restent flous, et semblent souvent dépendre en partie des circonstances de l'espèce sur laquelle se prononce la Cour³⁷. Plusieurs auteurs ont regretté cette situation, en raison de la situation d'insécurité juridique dans laquelle elle place les entités adjudicatrices d'un marché public non soumis aux directives applicables

³² §§ 71-72 des conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précitées.

³³ Voy. *supra* n° 6.

³⁴ § 45 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précité.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ § 39 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précité.

³⁷ F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *Review of European Administrative Law*, 2015, vol. 8, n° 1, pp. 223-224 ; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, *op. cit.*, p. 273 ; A. BUIJZE, *The principle of transparency in EU Law*, *op. cit.*, p. 208 ; A. BROWN, « Application of the EU Treaty Obligation of Transparency to an Exclusive National Licence for Internet Games of Chance », *op. cit.*, p. 181.

en la matière ou, *a fortiori*, d'un droit exclusif³⁸. S'il n'est donc pas certain que la Cour condamnerait effectivement une procédure qui ne respecte pas toutes les exigences de transparence que nous allons présenter, il semble par contre raisonnable d'affirmer que s'écarter de ces exigences augmente le risque d'une telle condamnation.

18. Nous présenterons les exigences concrètes qui découlent de l'obligation de transparence selon qu'elles doivent être respectée au stade de la négociation entre les partenaires sociaux (Sous-section 1) ou au stade de la procédure d'extension de l'accord collectif (Sous-section 2).

Sous-section 1. Exigences de transparence au stade de la négociation entre les partenaires sociaux pour la sélection d'un organisme de pension

19. Les partenaires sociaux doivent, selon la compréhension que nous avons de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, respecter des exigences liées à l'obligation de transparence au stade des négociations menant à la désignation d'un opérateur économique, si (et seulement si) l'accord collectif contenant cette désignation est appelé à être étendu par l'intervention de l'autorité étatique. Exposer la teneur de ces exigences revient à répondre aux trois questions suivantes : qui doit-être informé, de quoi, et comment ?

20. Concernant la première question, celle du *qui*, il ressort de la jurisprudence de la Cour que l'information à communiquer doit être rendue accessible à tous les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par le marché ou le droit que l'on prévoit d'octroyer³⁹. Selon une communication de la Commission adoptée en 2006 pour clarifier les exigences de transparences applicables aux marchés publics exclus en tout ou en partie des directives de l'époque, qui nous semble pertinente également à l'égard de l'octroi d'un droit exclusif⁴⁰, une simple communication ciblée vers quelques opérateurs économiques choisis au préalable par l'entité adjudicatrice (en l'occurrence, les partenaires sociaux) ne suffirait donc pas⁴¹. Un auteur estime quant à lui qu'un contact direct avec certains opérateurs seulement peut suffire dans certaines circonstances, notamment lorsque le marché en question est très concentré et se partage entre quelques opérateurs à peine au niveau européen⁴². Quoiqu'il en soit de ce cas particulier, l'exigence d'une diffusion large de l'information nous paraît en cohérence avec le premier objectif de l'obligation de transparence mentionné plus haut, celui de l'ouverture à la concurrence de l'attribution du marché ou du droit exclusif.

Si l'information doit être rendue accessible à tous, les partenaires sociaux ne sont par contre pas obligés d'accepter de prendre en compte les offres de tous les opérateurs ayant marqué leur intérêt. Selon la communication de la Commission, une entité adjudicatrice « peut [en effet]

³⁸ Voy. notamment S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, *op. cit.*, p. 276 ; P. TREPTE, *Public Procurement in the EU: A Practitioner's guide*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 15-16.

³⁹ Voy. notamment C.J.U.E., 21 juillet 2005, *Coname*, aff. C-231/03, § 21 ; § 49 de l'arrêt *Parking Brixen*, aff. C-458/03, précité ; § 62 de l'arrêt *Telaustria*, aff. C-324/98.

⁴⁰ Dans le même sens, voy. V. HATZOPOULOS, « The Allocation of Limited Authorisations under EU Internal Market Rules », in P. ADRIAANSE *et al.* (éds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 174.

⁴¹ Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », J.O. C 179 du 1^{er} août 2006, pp. 2-7, point 2.1.1. ; voy. également S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, *op. cit.*, p. 269., qui relaie cette opinion ; L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, *op. cit.*, pp. 218-219. L'Allemagne avait introduit un recours en annulation contre la communication interprétative de la Commission ; il a été rejeté par le Tribunal dans son arrêt T-258/06, *Allemagne c. Commission*, du 20 mai 2010.

⁴² A. BROWN, « EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *op. cit.*, p. 173..

limiter le nombre de candidats invités à soumettre une offre. Dans ce cas, elle fournit toutes les précisions nécessaires concernant les mécanismes de sélection des candidats » qui seront autorisés à présenter une offre détaillée après une première manifestation d'intérêt⁴³. Les éventuels critères de sélection des candidats autorisés à continuer de participer à la procédure doivent donc eux-mêmes faire l'objet d'une publicité adéquate.

21. Concernant la question du contenu de l'information à communiquer, autrement dit la question du *quoi*, trois éléments doivent être rendus accessibles à toute partie potentiellement intéressée par la procédure.

Le premier élément est l'intention des partenaires sociaux de faire appel à un opérateur économique pour la gestion d'un régime de pension complémentaire sectoriel. Cette publicité doit permettre aux opérateurs économiques de se faire une opinion sur l'opportunité de témoigner leur intérêt pour la gestion du régime, autrement dit elle doit « contenir toutes les informations dont une entreprise d'un autre État membre *aura raisonnablement besoin pour décider* de manifester ou non son intérêt pour obtenir le marché » ou le droit exclusif⁴⁴. Dans le même esprit, cette publicité doit intervenir en temps utile, afin que les opérateurs puissent se manifester dans les délais fixés par la procédure⁴⁵. Le contenu et le degré de précision des informations à communiquer doivent être déterminés cas par cas, par l'autorité adjudicatrice⁴⁶. Il n'est donc pas nécessairement requis de procéder à un appel d'offres dans les formes prévues par le droit des marchés publics. Les informations communiquées doivent préciser l'objet et l'étendue de la prestation souhaitée⁴⁷. En l'occurrence, concernant la gestion d'un régime de pension complémentaire sectoriel, il semble évident que la communication doit à tout le moins contenir des informations sur le nombre (projeté) de personnes couvertes par le régime et sur la nature des prestations de retraite (à contributions ou à prestations définies, ou selon des modalités intermédiaires) envisagées.

Le deuxième élément devant faire l'objet d'une publicité concerne la procédure par laquelle l'opérateur économique sera désigné par les partenaires sociaux. L'obligation de transparence (ou plus précisément le principe de non-discrimination en raison de la nationalité dont elle découle) n'impose pas de suivre un type particulier de procédure⁴⁸. Elle exige par contre qu'une

⁴³ Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée ; la citation est tirée du point 2.1.3., qui renvoie au point 2.2.2.

⁴⁴ Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée, point 2.1.3. C'est la Commission qui souligne. Voy. également S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Vol. 1, *op. cit.*, p. 270.

⁴⁵ Voy. notamment C.J.U.E., 26 septembre 2000, *Commission c. France*, aff. C-225/98, § 35.

⁴⁶ Voy. C.J.U.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, § 25 ; § 50 de l'arrêt *Parking Brixen*, aff. C-458/03, précité ; § 21 de l'arrêt *Coname*, aff. C-231/03, précité ; Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée, point 2.1.3., qui semble aller également dans ce sens ; F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, pp. 223-224.

⁴⁷ M. KRUGNER, « The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions », *Public Procurement Law Review*, 2003, n° 5, p. 200.

⁴⁸ Voy J. WOLSWINKEL, « The Need for Optimal Choice: Exploring a Hierarchy between Allocation Procedures for Limited Authorisations under EU Law », in P. ADRIAANSE *et al.* (éds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 187-218 ; F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.* ; M. SZYDLO, « The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement », *German Law Journal*, 2011, vol. 12, n° 7, pp. 1408-1445 ; J. WOLSWINKEL, « The Allocation of a Limited Number of Authorisations: Some General Requirements from European Law », *Review of European Administrative Law*, 2009, vol. 2, n° 2, pp. 61-104 ; M. KRUGNER, « The principles of equal treatment and transparency and the

procédure existe, qui ouvre l'attribution du marché ou du droit exclusif à la concurrence⁴⁹, et que le déroulement et les caractéristiques essentielles de cette procédure soient annoncés *a priori* aux opérateurs économiques⁵⁰. Selon les termes de la Cour, l'obligation de transparence « implique que toutes les conditions et les modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'autorité concédante et de mettre celle-ci en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant la procédure en cause »⁵¹. L'obligation de transparence exige en outre, ce qui semble aller de soi, que l'entité adjudicatrice se tienne effectivement à la procédure annoncée⁵². La procédure choisie doit par ailleurs certainement respecter les exigences qui découlent du droit primaire européen en général, à savoir pour l'essentiel n'être pas discriminatoire⁵³.

Le troisième élément devant faire l'objet d'une publicité adéquate consiste dans les critères sur la base desquels le choix final de l'opérateur économique sera adopté⁵⁴. La pondération de ces critères semble par contre, elle, ne pas devoir être obligatoirement communiquée⁵⁵. En plus d'être transparents, ces critères doivent eux aussi sans aucun doute respecter le droit primaire européen, c'est-à-dire pour l'essentiel être non-discriminatoires⁵⁶.

Commission Interpretative Communication on Concessions », *op. cit.*, p. 201. Voy. également la communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, *J.O. C 121* du 29 avril 2000, pp. 2–13, point 3.1.1.

⁴⁹ Voy. notamment l'arrêt *Parking Brixen*, aff. C-458/03, précité, § 50 ; C.J.U.E., 6 avril 2006, *ANAV*, aff. C-410/04, § 22 ; l'arrêt *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, précité, § 76.

⁵⁰ Voy. notamment C.J.U.E., 2 juin 2016, *Dr. Falk Pharma GmbH*, aff. C-410/14, § 45 ; Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée, point 2.1.1.

⁵¹ C.J.U.E., 16 février 2012, *Costa et Cifone*, aff. C-72/10 et C-77/10, § 73.

⁵² Voy. C.J.U.E., 14 juin 2007, *Medipac*, aff. C-6/05, § 54 ; l'arrêt *Costa et Cifone*, aff. C-72/10 et C-77/10, précité, § 56 ; C.J.U.E., 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, aff. C-42/13, § 48 ; Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée, point 2.2.3. ; F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, pp. 225-226.

⁵³ C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », in P. ADRIAANSE *et al.* (éds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 273 ; F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 225.

⁵⁴ Voy. notamment C.J.U.E., 14 octobre 2004, *Commission c. France*, aff. C-340/02, § 34 ; C.J.U.E., 24 novembre 2005, *ATI EAC Srl*, aff. C-331/04, § 24. Voy. également F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *Review of European Administrative Law*, 2015, vol. 8, n° 1, p. 221 et la jurisprudence citée en note 70 ; F. VAN OMMEREN, « Challenges for the National Legislator: The Allocation of Limited Rights by the Administration », in P. ADRIAANSE *et al.* (éds.), *Scarcity and the State I. The Allocation of Limited Rights by the Administration*, Cambridge, Intersentia, 2016, p. 81 ; S. PRECHAL et M. DE LEEUW, « Dimensions of Transparency: the building blocks for a new legal principle? », *Review of European Administrative Law*, 2007, n° 1, p. 58.

⁵⁵ Voy. l'arrêt *Commission c. Irlande*, aff. C-226/09, précité, §§ 43-44. A propos de cet arrêt, voy. notamment S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, *op. cit.*, pp. 272-273.

⁵⁶ Voy. notamment C.J.U.E., 31 janvier 2008, *Centro Europa*, aff. C-380/05, § 103 ; J. WOLSWINKEL, « The Need for Optimal Choice: Exploring a Hierarchy between Allocation Procedures for Limited Authorisations under EU Law », *op. cit.*, pp. 189-195 ; F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, pp. 218-221 ; M. SZYDLO, « The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement », *op. cit.*, pp. 1425-1432 ; M. KRUGNER, « The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions », *op. cit.*, p. 202. A propos des difficultés que soulève l'application concrète du principe de non-discrimination dans le

Enfin, la question se pose des moyens de communication à employer, autrement dit la question du *comment*. La jurisprudence de la Cour n'impose aucun mode de communication particulier. Le plus simple et le plus approprié semble toutefois être l'utilisation d'Internet, qui permet une diffusion large du message à moindre coût. La publication d'un message sur un site internet propre aux partenaires sociaux impliqués dans la procédure ou sur un site dédié à la diffusion d'informations concernant les projets de mise en place de régimes de protection sociale complémentaire en général semble permettre de remplir avec certitude la condition d'accessibilité de l'information à tous les opérateurs économiques potentiellement intéressés⁵⁷. Comme mentionné plus haut, la Cour nous paraît avoir implicitement reconnu l'adéquation de ce moyen de communication dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* lui-même⁵⁸.

22. Il est utile d'ajouter que selon la jurisprudence de la Cour, les exigences de transparence qui viennent d'être présentées sont à respecter non seulement lors de l'octroi, pour la première fois, d'un marché public ou d'un droit exclusif, mais également dans deux autres types de circonstances. Premièrement, la transparence doit être assurée également si l'accord conclu entre l'entité adjudicatrice et l'entité adjudicataire est modifié de manière substantielle après l'attribution du marché ou du droit. Des modifications substantielles à l'accord conclu peuvent en effet s'analyser comme la conclusion d'un nouvel accord entre l'entité adjudicatrice et l'opérateur économique, laquelle doit donc être menée dans le respect de l'obligation de transparence⁵⁹. L'appréciation de l'importance des modifications apportées doit être menée au cas par cas et au regard des objectifs poursuivis par l'obligation de transparence, à savoir l'ouverture à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité de la procédure. Dans les termes de la Cour, « la modification [d'un accord] en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure d'attribution initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue »⁶⁰.

Le deuxième type de circonstances dans lesquelles la transparence doit également être assurée est le renouvellement de l'octroi du droit exclusif, afin de donner l'opportunité aux opérateurs intéressés, et en particulier à ceux qui n'étaient pas présents sur le marché lors du premier octroi du droit en question, de concurrencer à nouveau ou pour la première fois l'opérateur désigné⁶¹. A cet égard, il est important de noter qu'il a été jugé par la Cour que l'octroi d'un droit pour un terme illimité ou pour une durée particulièrement longue peut constituer une restriction

domaine des marchés publics, voy. A.-L. DURVIAUX, *Précis de droit des marchés et contrats publics*, Bruges, La Chartre, 2017, p. 63 et s.

⁵⁷ Sur cette question des moyens de communication, voy. notamment S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, *op. cit.*, pp. 269-270 ; M. SZYDLO, « The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement », *op. cit.*, pp. 1436-1437. et les références citées à la note 81 ; la communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée, point 2.1.2. ; M. KRUGNER, « The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions », *op. cit.*, pp. 199-200..

⁵⁸ Voy. *supra*, n° 6.

⁵⁹ Voy. notamment l'arrêt *Wall*, aff. C-91/08, précité, §§ 36-38 ; C.J.U.E., 19 juin 2008, *Presstext Nachrichtenagentur*, aff. C-454/06, § 34 ; M. DE GROOT, « Supervision on Public Service Performance by Private Providers: the Relevance of EU Law », *European Procurement and Public Private Partnership Law Review*, 2015, vol. 10, n° 4, pp. 251-252 ; M. KRUGNER, « The principles of equal treatment and transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions », *op. cit.*, pp. 204-206. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, *op. cit.*, p. 271., est critique à l'égard de cette jurisprudence.

⁶⁰ § 38 de l'arrêt *Wall*, aff. C-91/08, précité.

⁶¹ Voy. notamment l'arrêt *Sporting Exchange*, aff. C-203/08, précité ; F. VAN OMMEREN, « Challenges for the National Legislator: The Allocation of Limited Rights by the Administration », *op. cit.*, p. 87.

disproportionnée à la libre prestation des services⁶². Un accord collectif rendu obligatoire qui désignerait un opérateur économique pour la gestion d'un régime de pension complémentaire sectoriel sans prévoir que cette désignation doit être reconsidérée à intervalles réguliers risquerait de se mettre en porte à faux avec cette jurisprudence.

23. Une dernière question se pose à propos des exigences de transparence à respecter par les partenaires sociaux à l'égard des opérateurs économiques. C'est celle de savoir à qui il revient de décider du contenu précis de l'information à communiquer et des moyens à utiliser pour assurer cette communication (la réponse à la question de savoir à qui l'information doit être communiquée est, elle, donnée par le droit européen : tous les opérateurs économiques susceptibles d'être intéressés par le droit exclusif octroyé doivent pouvoir y accéder) : cette décision appartient-elle aux partenaires sociaux eux-mêmes, qui jugeront cas par cas quelles sont les informations et les moyens de communication les plus appropriés au regard des objectifs de l'obligation de transparence, ou doit-elle être prise par l'Etat, qui fixerait dans la loi ou la réglementation nationales les informations à communiquer et les moyens à employer pour ce faire ? Selon la communication de la Commission déjà mentionnée, il revient aux entités adjudicatrices – donc, à notre sens, aux partenaires sociaux, puisque ce sont eux qui sélectionnent le gestionnaire du régime de pension – d'apprécier quels sont le contenu et le moyen de communication adéquats pour assurer la transparence des procédures d'attribution d'un marché public ou d'octroi d'un droit exclusif qu'elles conduisent⁶³. Un auteur a critiqué cette solution pour la raison qu'elle renforce l'insécurité juridique qui entoure le contenu précis de l'obligation de transparence⁶⁴.

Sous-section 2. Exigences de transparence au stade de la procédure d'extension de l'accord collectif

24. Comme déjà mentionné, la Cour a insisté dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* sur ce que l'obligation de transparence exige que les autorités étatiques puissent s'opposer à l'extension d'un accord collectif si elles prennent connaissance de l'existence d'une offre plus avantageuse que celle retenue par les partenaires sociaux, autrement dit en cas de doute sur l'impartialité de la procédure⁶⁵. Cette exigence nous semble rencontrer celle formulée à plusieurs reprises par la Cour et contenue dans le droit européen dérivé des marchés publics selon laquelle les candidats malheureux à l'attribution d'un marché public ou d'un droit exclusif doivent disposer d'une voie de recours effectif contre la décision de l'entité adjudicatrice, ce qui suppose qu'ils puissent introduire leurs recours éventuels *avant* le commencement d'exécution du contrat découlant de cette décision⁶⁶. Dans le cas particulier de l'extension d'un accord collectif

⁶² Voy. notamment l'arrêt *Engelmann*, aff. C-64/08, précité, § 46 ; C.J.U.E., 9 mars 2006, *Commission c. Espagne*, aff. C-323/03, § 47 ; C.J.U.E., 25 mars 2010, *Helmut Müller*, aff. C-451/08, § 79 ; C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », *op. cit.*, p. 255 ; F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 221.

⁶³ Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée.

⁶⁴ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, *op. cit.*, p. 276.

⁶⁵ §§ 41-46 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précité.

⁶⁶ Voy. notamment C.J.U.E., 28 octobre 1999, *Alcatel*, aff. C-81/98 ; C.J.U.E., 23 décembre 2009, *Commission c. Irlande*, aff. C-455/08 ; voy. également la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics. Voy. aussi F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 229 ; C. MAUGÜE, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics »,

désignant un opérateur économique unique pour la gestion d'un régime de protection sociale complémentaire, cette exigence générale de la possibilité d'un recours effectif nous semble se traduire dans les deux exigences particulières suivantes.

25. Premièrement, comme la Cour le mentionne dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, un délai doit être prévu entre le moment de la désignation d'un opérateur économique par les partenaires sociaux dans un accord collectif et le moment où l'accord est étendu, afin de permettre aux autres opérateurs de faire connaître leurs observations à l'égard de la décision des partenaires sociaux avant sa mise en œuvre. Selon la Cour, un délai de 15 jours est insuffisant.

26. Deuxièmement, il semble que l'objectif poursuivi avec la mise en place de ce délai, à savoir permettre aux opérateurs déçus de faire part de leurs observations à l'égard de la décision des partenaires sociaux, implique en outre que les partenaires sociaux respectent deux obligations d'information supplémentaires. La première est qu'ils fassent connaître leur décision à tous les opérateurs ayant participé à la procédure, avant ou dès l'ouverture du délai en question⁶⁷. La seconde est qu'ils communiquent les motifs de leur décision, d'office ou si un opérateur leur en fait la demande⁶⁸. Ce n'est en effet qu'à condition d'être informés de l'existence et des raisons de la décision des partenaires sociaux que les opérateurs déçus seront effectivement en mesure de faire usage de la possibilité qui leur est donnée de critiquer cette décision.

27. Une question encore se pose à la lecture de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, qui concerne la portée du contrôle à exercer par l'autorité sur l'accord collectif dont on demande l'extension. L'arrêt indique qu'un « simple contrôle de légalité » ne permettant pas à l'autorité compétente de s'opposer à l'extension de l'accord alors qu'elle aurait connaissance de « l'existence d'une offre plus avantageuse » que celle retenue par les partenaires sociaux ne suffit pas pour respecter l'obligation de transparence⁶⁹. Ces indications invitent à poser la question du contenu et de la nature du contrôle devant être mené par l'autorité étatique.

28. A l'égard du contenu du contrôle, on remarquera que la Cour ne précise pas *au regard de quels critères* l'autorité pourrait considérer qu'une offre est plus avantageuse. Deux options nous semblent possibles. Soit ces critères sont ceux définis par les partenaires sociaux eux-mêmes au premier stade de la procédure (celui de la négociation collective), qui doivent être rendus publics comme mentionné plus haut⁷⁰. Soit ces critères ne sont pas définis par les partenaires sociaux mais par l'autorité de contrôle ou par une norme qui s'impose à eux⁷¹.

in Mouvement du droit public: du droit administratif au droit constitutionnel, du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2004, p. 620.

⁶⁷ Voy. F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 228 ; A. BROWN, « EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *op. cit.*, p. 181.

⁶⁸ Voy. notamment C.J.U.E., 5 octobre 1987, *Heylens*, aff. C-222/86, § 15 ; C.J.U.E., 30 avril 2009, *Mellor*, aff. C-75/08, § 59 ; voy. également la communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », précitée, point 2.3.3. ; F. WOLLENSCHLÄGER, « EU Law Principles for Allocating Scarce Goods and the Emergence of an Allocation Procedure », *op. cit.*, p. 229 ; A. BROWN, « EU primary law requirements in practice: advertising, procedures and remedies for public contracts outside the procurement directives », *op. cit.*, p. 178.

⁶⁹ § 45 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précité.

⁷⁰ Voy. *supra* n° 21.

⁷¹ En 1990 déjà, alors que la question était encore seulement théorique, un auteur se demandait qui aurait la charge de définir les critères d'attribution de la gestion d'un régime de protection sociale complémentaire dans l'hypothèse où les partenaires sociaux se verraient contraints de procéder à un appel d'offres. Voy. J.-J. DUPEYROUX, « Les exigences de la solidarité : Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance », *Droit social*, 1990, n° 11, p. 747.

De ces deux options, la première nous semble devoir être préférée. D'une part, elle suffit pour rencontrer l'objectif d'impartialité de la procédure que poursuit l'obligation de transparence. Le contrôle mené par l'autorité consiste en effet dans cette hypothèse à obliger les partenaires sociaux à se tenir à ce qu'ils avaient annoncé, à savoir qu'ils choisiraient l'offre qui répond le mieux aux critères rendus publics. Leur impartialité au regard de ces critères est de la sorte assurée.

D'autre part, elle permet de ne pas confondre deux dimensions distinctes du droit européen des marchés publics. Ce dernier poursuit en effet deux objectifs. Premièrement, et principalement, le droit européen des marchés publics vise à l'accomplissement du marché intérieur dans le domaine de la commande publique, c'est-à-dire à la création d'une concurrence entre acteurs économiques au niveau européen dans les marchés de biens et services où les acheteurs sont des autorités publiques⁷². En cela, il est un volet parmi d'autres de la mise en œuvre du projet de l'Union européenne de création d'un marché au sein duquel les frontières nationales sont abolies. Deuxièmement, et quoique son action sur ce plan suscite de nombreux débats et controverses⁷³, il tend à déterminer les critères qui doivent guider les acheteurs particuliers que sont les autorités publiques lorsqu'ils entrent en relation d'affaires avec des acteurs économiques⁷⁴.

L'obligation de transparence, en tant qu'elle est un outil au service d'un traitement non discriminatoire des opérateurs économiques, appartient à la poursuite du premier objectif seulement, celui de l'accomplissement du marché intérieur. Pour cette raison, on ne peut pas considérer que là où elle est applicable, là doit s'appliquer également un régime d'encadrement de la dépense des deniers publics. En d'autres mots, l'accomplissement du marché intérieur (auquel participe l'obligation de transparence) et l'imposition de critères devant guider les autorités étatiques dans leurs opérations d'achats de biens et de services sur le marché sont deux questions différentes, qui doivent être distinguées : la poursuite de l'un des deux objectifs n'implique pas que le deuxième doive également être poursuivi, et inversement. Or, précisément, l'option interprétative selon laquelle l'autorité de contrôle doit évaluer l'existence d'une offre plus avantageuse que celle retenue par les partenaires sociaux au regard d'autres critères que ceux fixés par ces derniers ne tient pas compte de cette distinction. Elle va au-delà

⁷² Voy. C.J.U.E., 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk*, aff. C-337/06, § 38-39 ; C.J.U.E., 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, aff. C-507/03, § 27 ; C.J.U.E., 1^{er} février 2001, *Commission c. France*, aff. C-237/99, § 41 ; C.J.U.E., 18 octobre 2001, *SIAC Construction*, aff. C-19/00, §§ 32-33 ; C.J.U.E., 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, aff. C-380/98, § 16 ; voy. également les conclusions de l'avocat général précédant l'arrêt *Commission c. Allemagne*, précitées, § 97 ; voy. aussi C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », *op. cit.*, pp. 243-244 ; A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2e éd., Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 6 ; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, *op. cit.*, pp. 150-155 ; B.J. DRUBER et H. STERGIOU, « Public procurement law and internal market law », *op. cit.*, p. 805.

⁷³ Voy. notamment, en faveur de l'intervention du droit européen des marchés publics sur ce plan, A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, *op. cit.*, pp. 3-7 ; P. TREPTE, *Public Procurement in the EU*, *op. cit.*, p. 40 ; contre cette intervention, voy. notamment P. KUNZLIK, « Neoliberalism and the European Public Procurement Regime », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013, vol. 15, pp. 283-356 ; S. ARROWSMITH, « The Purpose of the EU Procurement Directives : Ends, Means and the Implications for National Regulatory Space For Commercial and Horizontal Procurement Policies », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, vol. 14, pp. 1-47.

⁷⁴ A propos des objectifs du droit des marchés publics en général, voy. C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », *op. cit.*, pp. 243-244 ; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, *op. cit.*, pp. 2-10 ; P. TREPTE, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2004. A propos de l'encadrement des critères d'attribution d'un marché public par le droit européen, voy. également J. WOLSWINKEL, « The Need for Optimal Choice: Exploring a Hierarchy between Allocation Procedures for Limited Authorisations under EU Law », *op. cit.*, pp. 204-205 ; P. TREPTE, *Public Procurement in the EU*, *op. cit.*, pp. 468-469.

de ce qu'exige l'obligation de transparence et bascule indûment dans une prétention analogue à celle du droit des marchés publics considéré en tant qu'il encadre la dépense des deniers publics.

29. L'obligation de transparence nous semble donc exiger seulement qu'on permette de s'assurer que les partenaires sociaux mettent en œuvre une procédure impartiale, et pas qu'on édicte pour eux les critères à suivre lorsqu'ils doivent sélectionner un opérateur économique pour la gestion d'un régime de protection sociale complémentaire. C'est donc à notre sens au regard des critères annoncés par les partenaires sociaux que l'autorité de contrôle doit s'assurer qu'une offre plus avantageuse n'a pas été négligée

On relèvera que la pratique mise en place par le Service Public Fédéral (SPF) Emploi, Travail et Concertation Sociale suite à l'arrêt *Unis et Beaudout* semble suivre également cette interprétation de l'arrêt. Le SPF demande désormais aux Commissions paritaires qui envisagent de confier une mission exclusive à un opérateur économique de publier, sur le site internet du SPF, un avis faisant publicité de cette intention⁷⁵. Selon les informations que nous avons pu obtenir, le SPF prévoit que si les partenaires sociaux s'écartent de cette procédure de publicité, il « *demandera au secteur concerné d'expliquer les raisons pour lesquelles cette procédure n'a pas été suivie* ». L'autorité publique demandera également « *de motiver la désignation de l'opérateur choisi et de donner la preuve de l'impartialité de ce choix* »⁷⁶.

30. Les développements qui précèdent nous permettent de nous avancer sur la nature du contrôle devant être mené, selon nous, par l'autorité. Puisqu'elle doit contrôler la décision des partenaires sociaux au regard des critères qu'ils ont eux-mêmes fixés, et dans le but seulement de vérifier l'impartialité de la procédure, l'autorité nous semble devoir mener ce contrôle avec prudence, sous peine de substituer sa propre interprétation desdits critères à celle des partenaires sociaux. De plus, comme il a été dit⁷⁷, il semblerait que la Cour n'exige pas que la pondération des critères soit rendue publique par les partenaires sociaux ; sur cette pondération, l'autorité ne devrait donc disposer d'aucun pouvoir de contrôle, ou à tout le moins d'un contrôle marginal. Pour ces raisons, le contrôle mené par l'autorité devrait se limiter à un contrôle de la cohérence de la décision des partenaires sociaux, de sorte qu'elle n'oppose son refus d'étendre un accord collectif que lorsque la décision qu'il contient est manifestement inconciliable avec les critères annoncés.

Conclusions intermédiaires

31. L'histoire de l'obligation de transparence a permis de mettre en lumière que cette obligation s'ancre dans le droit européen de la commande publique. D'abord affirmée comme un principe devant guider l'interprétation des directives relatives aux marchés publics, elle a ensuite été déclarée applicable aux commandes publiques ne relevant pas du champ de ces directives, pour être enfin étendue, au-delà du domaine de la commande publique, aux cas d'octroi d'un droit exclusif à un opérateur économique en général, peu importe les raisons de cet octroi. L'arrêt *UNIS et Beaudout* appartient à ce troisième moment de la jurisprudence.

Dans son arrêt, la Cour semble soutenir, sur avis conforme de l'avocat général, que l'obligation de transparence ne pèse, en droit, que sur l'autorité étatique qui étend la force obligatoire d'un accord collectif. Toutefois, nous sommes d'avis que, dans les faits, la mise en œuvre de cette obligation de transparence repose principalement sur les partenaires sociaux.

⁷⁵ Voy. la rubrique « Assurances sectorielles – Publicité » sur le site internet du SPF : <http://www.emploi.belgique.be/defaultTab.aspx?id=45392>

⁷⁶ Avis du SPF ETCS obtenu par mail le 19 décembre 2017.

⁷⁷ Voy. *supra* n° 21.

La jurisprudence antérieure de la Cour ainsi qu'une communication de la Commission européenne permettent de compléter les maigres informations relatives aux implications concrètes de l'obligation de transparence que contient l'arrêt *UNIS et Beaudout*. A notre sens, il faut distinguer les implications qui concernent le stade de la négociation collective entre partenaires sociaux et celles qui concernent le stade de l'extension de la force obligatoire de l'accord collectif. A propos de ces dernières, nous estimons, entre autres obligations concrètes dérivant de l'obligation générale de transparence, que l'autorité compétente doit se limiter à contrôler le respect par les partenaires sociaux des critères qu'ils ont eux-mêmes fixés pour la désignation de l'opérateur économique, et éviter de substituer ses propres critères à ceux-ci. Le contrôle mené par l'autorité doit donc consister en un contrôle de cohérence de la décision prise avec les critères annoncés, et pas en un contrôle de cette décision au regard d'une norme posée par ailleurs définissant les critères à suivre. A défaut, l'autorité irait au-delà de ce qu'exige le respect de l'obligation de transparence.

Chapitre II. Hypothèses de non application des principes de transparence et de non-discrimination à la négociation collective

32. Après avoir détaillé le contenu de l'obligation de transparence, il convient de présenter les situations dans lesquelles l'obligation de transparence ne trouve pas à s'appliquer. Elles sont au nombre de trois. La première situation est celle où le marché public ou le droit exclusif à attribuer ne présente pas d'intérêt transfrontalier certain (Section 1). La deuxième est celle où le marché ou le droit est attribué à une entité juridiquement indépendante de l'entité adjudicatrice, mais avec laquelle celle-ci entretient des liens étroits (Section 2). La troisième est celle de l'attribution d'un droit exclusif aux entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général (Section 3). Nous allons présenter ces trois situations et tenter de déterminer si elles peuvent se rencontrer dans le cas particulier de l'attribution, en Belgique, du droit exclusif de gérer un régime de pension complémentaire sectoriel par l'extension d'un accord collectif.

Avant d'expliquer en quoi consistent ces situations, il nous faut préciser qu'elles n'ont pas le même statut. L'existence d'un intérêt transfrontalier certain est une condition d'application de l'obligation de transparence ; elle doit en bonne logique être constatée préalablement à la question de savoir si l'obligation a été respectée en l'espèce. Au contraire, l'existence de liens étroits entre l'entité adjudicatrice et l'entité attributaire du marché ou du droit est une exception à l'application de l'obligation de transparence ; la logique veut que l'on se demande si elle est rencontrée après avoir constaté que l'obligation est en principe applicable. Il en va de même pour la jurisprudence développée à propos de l'attribution d'un droit exclusif aux entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général.

Si nous présentons ces trois situations ensemble malgré leur différence de statut – condition d'application non-rencontrée dans un cas, exceptions à l'application de principe dans les autres – c'est que leur conséquence est identique : l'obligation de transparence ne s'applique tout simplement pas. Il nous a donc semblé que cela faciliterait l'exposé de les réunir sous un même titre.

Section 1. L'absence d'intérêt transfrontalier

33. Dans l'arrêt *UNIS et Beaudout*, une question non tranchée par la Cour est celle de savoir si les opérations en cause en l'espèce (la gestion de régimes de protection sociale complémentaire pour travailleurs salariés) présentaient un intérêt transfrontalier certain. La Cour ne disposait en effet pas des informations factuelles nécessaires pour se prononcer à cet

égard. Elle a donc précisé à l'adresse du Conseil d'Etat français, à l'origine des questions préjudicielles, que sa réponse devait être prise en compte sous réserve de la constatation de l'existence d'un tel intérêt⁷⁸.

La Cour a toutefois donné quelques indications sur ce qu'il y a lieu d'entendre par « un intérêt transfrontalier certain » et sur les critères pertinents pour l'identifier. Ces informations peuvent être complétées par celles contenues dans sa jurisprudence antérieure relative aux marchés publics qui ne sont pas ou seulement partiellement couverts par les directives applicables en la matière.

34. La Cour précise qu'une opération présentant un intérêt transfrontalier certain est une opération objectivement susceptible d'intéresser des opérateurs économiques établis dans des États membres autres que celui dont relève l'autorité qui attribue le marché ou le droit exclusif⁷⁹. Cette définition est évidemment liée à l'objectif fondamental de l'obligation de transparence, qui est d'assurer que les marchés nationaux ne restent pas cloisonnés en raison d'un manque d'informations accessibles aux opérateurs économiques étrangers. On remarquera qu'elle est particulièrement large : il suffit qu'une opération soit *susceptible* d'intéresser des opérateurs étrangers pour qu'elle présente de manière certaine un intérêt transfrontalier ; on ne peut donc déduire de l'absence de manifestation d'intérêts actuels par des opérateurs étrangers que l'opération ne présente pas d'intérêt transfrontalier certain⁸⁰.

35. A propos des critères à l'aune desquels l'existence de cet intérêt doit être appréciée, la Cour précise dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* selon une formule usitée que « l'ensemble des critères pertinents, tels que l'importance économique du marché, le lieu géographique de son exécution ou ses aspects techniques, en ayant égard aux caractéristiques propres du marché concerné » doivent être pris en compte⁸¹. L'objet des prestations à fournir, la valeur du marché à attribuer, sa localisation, les coûts à supporter pour pénétrer le marché national sont ainsi des critères pertinents pour mener cette appréciation. Celle-ci doit être menée cas par cas, par l'autorité qui envisage de passer un marché ou d'octroyer un droit exclusif⁸².

36. Concernant le cas particulier qui nous intéresse, il a été relevé à diverses occasions par la Commission que le marché de l'assurance en général reste très majoritairement découpé selon les frontières nationales, en raison de caractéristiques particulières propres au secteur (diversités législatives, notamment sur le plan fiscal ; liens avec l'administration locale ; emploi des langues etc.)⁸³. Des auteurs ont tiré argument de cette situation pour soutenir que le marché des assurances sociales complémentaires ne présente pas d'intérêt transfrontalier certain⁸⁴ ; une

⁷⁸ §§ 27-32 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précité.

⁷⁹ § 27 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précité.

⁸⁰ En ce sens, voy. le § 44 des conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précitées.

⁸¹ § 30 de l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précité ; voy. également le § 29 de l'arrêt *Belgacom*, aff. C-221/12, précité.

⁸² Voy. notamment C.H. BOVIS, « Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions », *Common Market Law Review*, 2012, vol. 49, pp. 264-265 ; M. SZYDLO, « The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement », *op. cit.*, pp. 1423-1425 ; B.J. DRIJBER et H. STERGIOU, « Public procurement law and internal market law », *op. cit.*, pp. 813-815.

⁸³ Voy. la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions - Enquête sectorielle menée en vertu de l'article 17 du règlement (CE) n° 1/2003 sur l'assurance des entreprises (Rapport final) COM/2007/0556 final, à laquelle l'avocat général Jääskinen fait référence au § 44 de ses conclusions précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précitées ; voy. également le *Final Report of the Commission Expert Group on European Insurance Contract Law* (disponible en ligne à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/justice/contract/files/expert_groups/insurance/final_report_en.pdf).

⁸⁴ Voy. V. LE MEUR-BAUDRY et J. BARTHELEMY, « Protection sociale complémentaire : choix de l'organisme assureur et transparence », *op. cit.*

argumentation similaire a été présentée devant la Cour dans l'arrêt *UNIS et Beaudout* par plusieurs parties à l'instance⁸⁵.

37. Nous sommes d'avis que cet argument a peu de chances d'être retenu, du moins dans le domaine de la gestion des régimes de pension complémentaire sectoriel. En effet, nous avons vu plus haut que, en cohérence avec l'objectif d'ouverture des marchés nationaux à la concurrence étrangère poursuivi par l'obligation de transparence, la définition de l'intérêt transfrontalier certain est particulièrement large, puisqu'il suffit qu'un opérateur étranger soit susceptible d'être intéressé par l'opération considérée pour qu'elle présente de manière certaine cet intérêt transfrontalier. Or, l'Union européenne a adopté des directives visant précisément à faciliter (entre autres) l'exercice d'activités de gestion de régimes de pension complémentaire par des opérateurs étrangers au sein du marché intérieur, parmi lesquelles la directive concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle⁸⁶. C'est donc que l'on considère qu'il existe, au moins de manière potentielle, un marché européen pour la prestation de ce type de services, et qu'on souhaite lui permettre de se développer. Nier l'existence d'opérateurs économiques étrangers susceptibles d'être intéressés par la gestion d'un régime de pension semble, dans ce contexte, difficilement soutenable, du moins en matière de principe⁸⁷. En outre, on rappellera que la question du respect de l'obligation de transparence ne se pose qu'à l'égard de la constitution de régimes de pension complémentaire *obligatoires à l'échelle d'un secteur d'activité au moins*, puisque c'est l'octroi d'un droit exclusif au gestionnaire de ce régime *par l'extension d'un accord collectif* qui entraîne son applicabilité de principe. Or, ces régimes couvrent par hypothèse un nombre important de travailleurs, et présentent donc certainement un intérêt économique non négligeable pour les opérateurs du secteur⁸⁸.

38. Pour ces raisons, il nous semble que l'existence d'un intérêt transfrontalier devrait pouvoir être facilement retenue dans le domaine de la gestion des régimes de pension complémentaire sectoriels. L'obligation de transparence doit donc certainement être considérée comme s'y appliquant en général, sauf à l'égard de régimes particuliers – par exemple, ayant une valeur économique (très) réduite. Il convient maintenant de se demander si l'exception à l'applicabilité de l'obligation de transparence tirée des liens particuliers entre l'entité adjudicatrice et l'entité adjudicataire pourrait, elle, trouver à s'appliquer.

Section 2. L'exécution de la mission par une quasi-régie

39. Dans une jurisprudence entamée en 1999 avec un arrêt *Teckal*⁸⁹, la Cour de justice a développé une exception prétorienne à l'application du droit européen, primaire et dérivé, des marchés publics. En substance, cette exception, dite de quasi-régie ou « quasi in house », vise les situations où une entité adjudicatrice confie la prestation d'un service ou demande la fourniture de biens à une entité qui, bien que juridiquement distincte, est étroitement soumise à son contrôle. Le développement de cette exception par la Cour prolonge un principe important

⁸⁵ Voy. le § 44 des conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précitées.

⁸⁶ Directive (UE) 2016/2341 du parlement européen et du conseil du 14 décembre 2016 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle (IRP) (refonte), qui se substitue à la directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle.

⁸⁷ Dans le même sens, voy. S. HENNION, « Chronique de protection sociale complémentaire : I. Des clauses de désignation aux clauses de recommandation », *op. cit.*, p. 764.

⁸⁸ Dans le même sens, voy. le § 49 des conclusions de l'avocat général Jääskinen précédant l'arrêt *UNIS et Beaudout*, aff. C-25/14 et C-26/14, précitées.

⁸⁹ C.J.U.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107-98.

du droit européen des marchés publics, selon lequel les autorités publiques sont libres de choisir entre s'adresser au marché pour obtenir des biens ou des services, ou produire ces biens et services elles-mêmes : le droit des marchés publics ne s'applique que si et lorsque les autorités ont opté pour le premier choix⁹⁰. En développant l'exception de quasi-régie, la Cour a permis que ce principe ne soit pas remis en cause lorsque, pour des raisons organisationnelles quelconques, les autorités publiques ont créé des entités juridiques distinctes aux fins de la production d'un bien ou d'un service, mais que ces entités sont et restent dans le giron de ces autorités publiques.

40. L'application de cette exception – dont on notera qu'elle a été intégrée en 2014 dans le droit européen dérivé des marchés publics⁹¹ – suppose la rencontre de trois conditions cumulatives. L'autorité publique adjudicatrice du marché doit « exercer sur [l'entité adjudicataire] en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et cette entité adjudicataire doit « réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les [entités adjudicatrices] qui la détiennent »⁹² ; en outre, le capital de l'entité adjudicataire contrôlée doit être intégralement public, aucune participation privée n'étant admise⁹³.

Ces conditions ont fait l'objet de nombreux développements dans la jurisprudence de la Cour, sur lesquels il n'est pas nécessaire de nous étendre ici. Relevons toutefois que la Cour a précisé que la première condition, celle d'un contrôle analogue, est remplie lorsque l'entité adjudicatrice peut exercer « une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » de l'entité adjudicataire⁹⁴.

41. La question se pose de savoir si l'exception de quasi-régie pourrait trouver à s'appliquer dans le cas particulier qui nous occupe, celui de l'application de l'obligation de transparence lors de la création d'un droit exclusif au profit d'un opérateur économique par l'extension d'un accord collectif constituant un régime de pension complémentaire sectoriel. Reformulée en tenant compte de ce contexte, la question est donc la suivante : les partenaires sociaux peuvent-ils être exemptés du respect de l'obligation de transparence lorsqu'ils confient la gestion d'un régime de pension complémentaire sectoriel à un opérateur économique dont ils peuvent influencer de manière déterminante tant les objectifs stratégiques que les décisions importantes et qui réalisent avec eux l'essentiel de son activité ? Répondre à cette question

⁹⁰ Voy. notamment C. JANSEN, « Allocation of Limited Rights from a European Public Procurement Law Perspective », *op. cit.*, p. 245 ; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, *op. cit.*, p. 3 ; N. FIEDZIUK, « Putting services of general economic interest up for tender », *op. cit.*, pp. 105-108 ; M. DE GROOT, « Supervision on Public Service Performance by Private Providers: the Relevance of EU Law », *op. cit.*, p. 248.

⁹¹ Plus précisément, elle a été intégrée dans trois directives adoptées en 2014, à savoir la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ; la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE. A ce sujet, voy. notamment A.-L. DURVIAUX et T. DELVAUX, « Les coopérations entre pouvoirs publics exemptées du droit des marchés et contrats publics », *Journal des Tribunaux*, 2014, n° 34, pp. 649-654.

⁹² § 50 de l'arrêt Teckal, aff. C-107-98, précité. Voy. également entre autres C.J.U.E., 11 janvier 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03, § 49 ; C.J.U.E., 22 décembre 2010, Mehiläinen et Terveystalo Healthcare, aff. C-215/09, § 32.

⁹³ M. HEINE, B. SCHUTYSER, R. VAN MELSEN, « La coopération dans les secteurs spéciaux à la lumière des nouvelles directives », *R.D.I.R.*, 2015/3, pp. 283-298, spéc. p. 284 ; Voy. le § 52 de l'arrêt Stadt Halle, aff. C-26/03, précité ; voy. également entre autres le § 32 de l'arrêt Mehiläinen et Terveystalo Healthcare, aff. C-215/09, précité ; C.J.U.E., 10 septembre 2009, Sea, aff. C-573/07, § 46 ; C.J.U.E., 15 octobre 2009, Acoset, aff. C-196/08, § 53.

⁹⁴ § 25 de l'arrêt *Parking Brixen*, aff. C-458/03, précité ; voy. également entre autres C.J.U.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04, § 36 ; § 28 de l'arrêt *Coditel Brabant*, aff. C-324/07, précité ; § 65 de l'arrêt *Sea*, aff. C-573/07, précité.

suppose d'en éclaircir deux autres, qui lui sont sous-jacentes. La première est celle de savoir si la jurisprudence *Teckal*, développée à propos des relations entre entités *publiques*, peut être appliquée dans son principe aux partenaires sociaux (Sous-section 1). La seconde, qui n'est pertinente que si l'on peut répondre affirmativement à la première, consiste à demander dans quel type de circonstances les conditions d'application de la jurisprudence *Teckal* pourraient être considérées comme rencontrées par les partenaires sociaux (Sous-section 2).

Sous-section 1 : La jurisprudence Teckal est-elle applicable dans son principe aux partenaires sociaux ?

42. La question de l'applicabilité de l'exception de quasi-régie développée dans la jurisprudence *Teckal* aux partenaires sociaux nous renvoie à la question de savoir qui sont les débiteurs de l'obligation de transparence⁹⁵. En effet, il n'y a de sens à demander si l'on peut bénéficier de l'exception à une obligation que s'il est établi au préalable que l'on est bien soumis en principe à cette obligation, autrement dit que l'on en est en principe le débiteur. Or, puisque, comme nous l'avons expliqué plus haut, les partenaires sociaux ne sont pas les « débiteurs de droit » de l'obligation de transparence au regard du droit européen, il serait à tout le moins incohérent de considérer que ce dernier leur reconnaît la possibilité de principe de bénéficier de l'exception de quasi-régie : la Cour se désavouerait en accordant de considérer l'application d'une exception à ceux (les partenaires sociaux) dont elle a précisément souhaité éviter de dire qu'ils sont soumis à cette obligation. Mais cette solution a pour conséquence la situation suivante, qui est que ceux sur qui pèse dans les faits l'essentiel des exigences découlant de l'obligation de transparence se trouvent privés de la possibilité d'en invoquer l'exception de quasi-régie. Plus encore, cette exception est également indisponible pour le débiteur reconnu comme tel de l'obligation, c'est-à-dire l'autorité étatique : par hypothèse, celle-ci n'entretient aucun lien particulier avec l'opérateur chargé de la gestion du régime de protection sociale complémentaire, puisqu'elle n'intervient pas dans sa désignation mais se contente d'étendre l'accord collectif une fois que cette désignation a été opérée par les partenaires sociaux. Alors donc que l'application de l'obligation de transparence est justifiée au regard du droit européen par l'intervention de l'autorité étatique dans l'octroi d'un droit exclusif par l'extension d'un accord collectif, aucun moyen juridique ne peut être tiré en retour de cette intervention pour justifier la non application de l'obligation à cet accord.

43. En l'état actuel de la jurisprudence, ni les partenaires sociaux eux-mêmes, ni l'autorité étatique ne peuvent donc évoquer l'exception de quasi-régie. Cette situation est problématique à notre sens parce qu'elle conduit à soumettre dans les faits les partenaires sociaux à un régime plus rigide que celui applicable aux autorités étatiques dans des circonstances similaires (la conclusion d'un contrat de prestation de services). Elle est la conséquence du raisonnement adopté par la Cour pour justifier l'application de l'obligation de transparence à l'octroi d'un droit exclusif par l'extension d'un accord collectif : en souhaitant éviter d'affirmer que les partenaires sociaux sont soumis en tant que tels à l'obligation de transparence – ce qui n'aurait certainement pas manqué de susciter des critiques de la doctrine – elle prive ceux-ci de la possibilité d'invoquer l'exception de quasi-régie bien établie dans sa jurisprudence.

44. Ce résultat était-il souhaité par la Cour, ou est-il la conséquence imprévue d'un raisonnement adopté, peut-être, pour éviter de s'exposer trop à la critique ? Nous sommes enclins à opter pour la deuxième interprétation : on ne voit pas ce qui conduirait la Cour à placer délibérément les partenaires sociaux dans une situation plus défavorable que celle des autorités étatiques à l'égard de l'obligation de transparence. Dans ce sens, il semble intéressant de mettre en avant l'avis de différents avocats généraux, selon lesquels il ne saurait résulter du principe de transparence des exigences plus strictes pour les attributions de marché pour lesquelles les

⁹⁵ Voy. *supra* n° 15-16.

directives en matière de marchés publics ne prévoient pas de procédures spécifiques que pour les attributions de marché pour lesquelles de telles procédures sont prévues par les directives⁹⁶. Il ne nous paraît dès lors pas invraisemblable que la Cour admette dans le futur de prendre en considération une argumentation qui défendrait l'application par analogie de l'exception de quasi-régie aux partenaires sociaux ; elle pourrait d'ailleurs justifier cette décision par l'affirmation que l'obligation de transparence est directement applicable aux partenaires sociaux eux-mêmes, et pas seulement « par ricochet » en raison de l'intervention de l'autorité publique, ce qui reviendrait à affirmer une nouvelle fois que la libre prestation des services édictée par le TFUE (la base légale de l'obligation de transparence en l'espèce) peut être dotée d'un effet direct *horizontal*. Quoique l'on pense par ailleurs de l'opportunité politique d'une telle jurisprudence, elle aurait au moins le mérite de clarifier le régime juridique applicable aux partenaires sociaux.

45. Il ne nous semble donc pas inutile de considérer plus avant si et à quelles conditions l'exception de quasi-régie pourrait-être appliquée par analogie aux partenaires sociaux lorsqu'ils confient la gestion d'un régime de pension complémentaire sectoriel à un opérateur économique unique par un accord collectif rendu obligatoire.

Sous-section 2 : Les circonstances dans lesquelles les conditions de la jurisprudence Teckal pourraient être rencontrées

46. La réponse à la question de l'applicabilité de la jurisprudence *Teckal* suppose de distinguer la situation de l'organisateur du régime de pension de celle de l'organisme de pension, telles qu'elles sont régies par la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires⁹⁷. Il semble incontestable que l'organisateur d'un régime de pension sectoriel doit être considéré comme l'émanation directe de la commission paritaire. L'article 3, § 1^{er}, 5^o, a) de ladite loi précise en effet que cet organisateur est une personne morale composée paritairement et désignée via une convention collective de travail. Généralement, l'organisateur est un fonds de sécurité d'existence⁹⁸.

Mais l'organisateur d'un régime de pension n'est qu'un intermédiaire, une « interface » entre la commission paritaire et le gestionnaire du régime. En effet, l'organisateur ne peut exécuter lui-même le régime de pension : la loi impose que cette exécution soit confiée à un organisme de pension⁹⁹. Selon l'article 3, § 1^{er}, 16^o de la loi relative aux pensions complémentaires, les organismes de pension peuvent être de deux types. Il s'agit soit d'un organisme visé aux Livres II et III de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance, c'est-à-dire d'une entreprise d'assurance, soit d'un organisme visé à l'article 2, 1^o, de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle, à savoir un organisme de financement de pension (O.F.P., que le langage courant appelle un fonds de pension). C'est à propos de ces deux types possibles d'organisme de pension que se pose la question de l'application de la jurisprudence *Teckal*.

⁹⁶ Conclusions de l'avocat général Jacobs du 2 juin 2005 dans l'affaire Commission/Italie (arrêt du 27 octobre 2005, aff. C-525/03, § 47) ; conclusions de l'avocat général Sharpston du 18 janvier 2007 dans l'affaire Commission/Finlande (arrêt du 26 avril 2007, aff. C-195/04, §§ 76 et 77), conclusions de l'avocat général Stix-Hackl du 14 septembre 2006 dans l'affaire Commission/Irlande (arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-532/03, § 111) ; conclusions de l'avocat général Kokott du 13 mars 2008 dans l'affaire Priesetext (arrêt du 19 juin 2008, aff. C-454/06, § 118).

⁹⁷ Loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale.

⁹⁸ <https://www.fsma.be/fr/faq/qui-peut-organiser-un-plan-de-pension-complementaire-quest-ce-quun-organisateur>

⁹⁹ Art. 5, § 3 de la loi du 28 avril 2003, précitée.

47. L'hypothèse du recours à une entreprise d'assurance semble facile à traiter. La loi relative aux pensions complémentaires prévoit bien que lorsque l'exécution du régime est confiée à un assureur, un comité de surveillance doit être créé, qui est composé pour moitié de membres qui représentent le personnel au profit duquel l'engagement de pension a été instauré¹⁰⁰. Une composante des partenaires sociaux, à savoir les représentants des travailleurs, se voit donc dotée d'un droit de regard sur l'exécution de l'engagement. Mais l'entreprise d'assurance est et reste avant tout une entreprise autonome, avec son capital propre, ses structures propres de décision et un panel d'activités souvent varié. Il paraît dès lors très difficile de considérer que les membres de la commission paritaire exercent sur l'entreprise d'assurance un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services, et que l'entreprise d'assurance réalise l'essentiel de son activité avec la commission paritaire, autrement dit que les conditions d'application de la jurisprudence *Teckal* sont rencontrées.

48. L'examen de l'hypothèse de l'O.F.P. conduit à un tout autre résultat. Tout d'abord, la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle crée de nombreuses exigences à l'égard des O.F.P., parmi lesquelles l'absence de capital social et la limitation de l'objet social aux prestations de retraite¹⁰¹. Il découle de ces contraintes, d'une part, que l'O.F.P. ne comporte pas de participation directe de capitaux privés et, d'autre part, que l'essentiel de ses activités provient des tâches confiées par les partenaires sociaux. En outre, lorsqu'un régime de pension sectoriel est institué et qu'il est confié à un O.F.P., la loi du 28 avril 2003 prévoit que le conseil d'administration de cette institution est géré paritairement au sens de la loi, c'est-à-dire qu'il est composé pour moitié de représentants du personnel des entreprises engagées dans le régime, sauf si la convention collective de travail conclue au sein de la commission paritaire compétente en dispose autrement¹⁰². La loi ajoute que les représentants du personnel sont désignés par les organisations syndicales (plus précisément, par la délégation des travailleurs au sein de l'organisateur de pension) parmi les bénéficiaires du régime de pension ou parmi les membres de leurs organisations représentatives des travailleurs. Ces éléments donnent à penser que les critères de l'exception de quasi-régie, tant relatif à la structure de capital, à la répartition de l'activité qu'au contrôle de celle-ci sont rencontrés. Des auteurs argumentent dans le même sens¹⁰³. Cette hypothèse confirmée, l'attribution de l'exécution d'un régime de pension par l'organisateur à un O.F.P. ne serait pas soumise à l'obligation de transparence et aux exigences de mise en concurrence qui en découlent.

La confirmation de cette hypothèse pourrait toutefois également avoir des conséquences sur les pratiques des O.F.P. mandatés. On l'a dit, l'obligation de transparence est une construction jurisprudentielle intimement liée au droit dérivé des marchés publics. Celui-ci, s'il ne s'applique pas en tant que tel, est donc une source d'interprétation certaine du contenu et de la portée de l'obligation¹⁰⁴. Or, dans la réglementation relative aux marchés publics, un établissement dépendant d'un pouvoir adjudicateur, s'il n'est pas de nature commerciale, sera généralement

¹⁰⁰ Art. 41, § 2 de la loi du 28 avril 2003, précitée.

¹⁰¹ Articles 10 et 11 de la loi du 27 octobre 2006, précitée.

¹⁰² Art. 41, § 1^{er}, 1^{er} alinéa, 1) de la loi du 28 avril 2003, précitée ; à ce propos, voy. M. VERWILGHEN et S. PALATE, « Les fonds de pension : enjeux de droit social » in *Le droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives* (dir. A. AUTENNE et O. HERMAND), Bruxelles Larcier, 2012, pp. 155-216, spéc. p. 172 ; A. AUTENNE, « Les relations juridiques qu'entretiennent les parties prenantes », in *Le droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives, op. cit.*, p. 133.

¹⁰³ F. VLASSEMBROECK, L. SOMMERIJNS, « Problemen en vragen in het kader van overheidsopdrachten inzake aanvullende pensioenen », *Chronique des marchés publics*, 2010-2011, Bruxelles, EBP, 2011, pp. 457-485, spéc. p. 471 ; L. SOMMERIJNS, F. VLASSEMBROECK, *Pensions complémentaires dans le secteur publics*, Bruxelles, Kluwer, Dossier Life&Benefits 2011/02, 2011, p. 22.

¹⁰⁴ S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EU Procurement Law*, New York, Cambridge University Press, 2009 ; A. BROWN, « EU Primary Law Requirements in Practice: Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outside the Procurement Directives », *op. cit.*, p. 169.

lui-même couvert par les directives, en tant qu'organisme de droit public¹⁰⁵. En effet, si le fait d'être contrôlé par un pouvoir adjudicateur permet la satisfaction d'une des conditions de l'exception de quasi-régie, il implique également qu'une des principales caractéristiques de la notion d'organisme de droit public est rencontrée¹⁰⁶. Or, les organismes publics entrent dans la catégorie des pouvoirs adjudicateurs, c'est-à-dire des sujets du droit des marchés publics¹⁰⁷. Cette application « en cascade » du droit des marchés publics est cohérente avec la logique de l'exception de quasi-régie : pour appréhender les relations entre l'autorité adjudicatrice et sa quasi-régie, on ne tient pas compte de leur séparation juridique. Mais cela entraîne également que la quasi-régie, pour les relations qu'elle noue avec les opérateurs économiques, peut être à son tour considérée comme une autorité adjudicatrice, lesquelles relations doivent ainsi avoir été nouées dans le respect du droit des marchés publics.

Etant donné l'ancrage de l'obligation de transparence dans le droit dérivé des marchés publics, et étant donné leur finalité commune d'ouverture des relations des autorités publiques au sens (très) large avec les opérateurs économiques à la concurrence, il nous semble que cette application en cascade pourrait bien être exigée aussi dans le cadre de l'obligation de transparence. Cela signifierait que, dans l'hypothèse où l'exception de quasi-régie s'appliquerait aux relations entre les partenaires sociaux (prenant la forme de l'organisateur de pension) et l'O.F.P., ce dernier devrait lui-même respecter cette obligation de transparence dans ses relations avec des opérateurs économiques, par exemple des prestataires de services financiers (gestionnaires d'actifs, etc.). Cette logique de raisonnement repose toutefois sur une « faiblesse originelle » que nous avons déjà relevée : les partenaires sociaux du secteur privé ne sont pas les « débiteurs de droit » de l'obligation de transparence au regard du droit européen. Le transfert « en cascade » de l'obligation de transparence à un O.F.P. supposerait donc de tirer loin l'analogie avec le droit des marchés publics, mettant sous tension plus fortement encore la solidité d'une jurisprudence qui impose *de facto* une obligation aux partenaires sociaux, sans toutefois la leur attribuer *de iure*,

Section 3. L'attribution d'une mission particulière nécessitant un droit exclusif

49. Les circonstances de l'arrêt *UNIS et Beaudout* portent, comme il a déjà été dit, sur l'octroi d'un droit exclusif au sens du droit européen. En l'occurrence, cet octroi a eu lieu sous la forme de l'extension de la force obligatoire d'un accord collectif par un acte de l'autorité, par laquelle un opérateur économique a obtenu le bénéfice exclusif d'une mission.

Un tel complexe de faits n'est pas nouveau dans la jurisprudence de la Cour. Les arrêts *Brentjen's*, *Albany* et *AG2R* avaient déjà eu à se prononcer sur la question de la compatibilité de droits exclusifs octroyés pour la gestion de régimes de protection sociale complémentaire obligatoire avec le droit européen de la concurrence¹⁰⁸. Dans ces arrêts, l'article 106 du TFUE a joué un rôle central dans le raisonnement de la Cour.

50. Les droits exclusifs trouvent en effet leur fondement à l'article 106 du TFUE et, indirectement, à l'article 37 du même texte¹⁰⁹. Selon l'article 106, l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs ne dispense pas de l'application des règles des traités. Par dérogation, le second

¹⁰⁵ S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Vol. 1, *op. cit.*, p. 370.

¹⁰⁶ Art. 2, 1., 4., c) de la Dir. 2014/24 du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

¹⁰⁷ Art. 2, 1., 1. de la Dir. 2014/24 du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, précitée.

¹⁰⁸ C.J.U.E., 21 sept. 1999, *Brentjens' Handelsovernemning BV*, aff. C-115/97 à C-117/97 ; C.J.U.E., 21 sept. 1999, *Albany*, aff. C-67/96 ; C.J.U.E., 3 mars 2011, *AG2R*, aff. C-437/09.

¹⁰⁹ J. FAULL et A. NIKPAY, *The EU Law of Competition*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 818 et s.

paragraphe du même article prévoit une application limitée des règles des Traités, notamment des règles de concurrence, pour les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général¹¹⁰. Le service d'intérêt général est une mission de service public confiée par mandat à un prestataire¹¹¹. Pour être conforme au droit européen, le droit exclusif octroyé doit être nécessaire et proportionné à l'exercice de la mission attribuée à l'opérateur¹¹². Le droit exclusif attribué à un service d'intérêt économique général est justifié notamment si, en son absence, son bénéficiaire n'est pas en mesure d'accomplir la mission particulière qui lui a été donnée¹¹³.

51. Il est intéressant à ce propos de se référer à une jurisprudence récente de la Cour de Justice. A notre connaissance, la Cour n'a pas encore clarifié la manière dont l'article 106, § 2 autorise des restrictions à la libre prestation de service des entreprises ; jusqu'à présent (à l'une ou l'autre exception marginale près) cet article n'a en effet été invoqué avec succès que dans des affaires de droit de la concurrence. Toutefois, dans des arrêts *Spezzino* et *CASTA*, la Cour autorise une procédure de mandatement d'un opérateur économique qui s'écarte des obligations de transparence et de non-discrimination découlant des articles 49 et 56 du TFUE¹¹⁴. Un auteur estime que ces décisions s'inspirent de la dérogation ouverte par l'article 106, § 2 du TFUE¹¹⁵. On peut y voir la réalisation du souhait d'un autre auteur « *d'imaginer et d'imposer [...] une exemption des règles du marché public et plus généralement des règles de la concurrence dès lors que sont mis en place des mécanismes de solidarité* »¹¹⁶.

Quoiqu'il en soit de ce rapport à l'article 106, § 2, la Cour décide dans ces arrêts que la procédure d'octroi d'un droit exclusif dérogeant aux obligations de transparence et de non-discrimination est autorisée lorsque trois conditions sont rencontrées. Tout d'abord, l'attribution directe et prioritaire d'un marché doit contribuer effectivement à la finalité sociale de l'activité faisant l'objet du marché ainsi qu'à la poursuite d'objectifs de solidarité et d'efficacité budgétaire. Par ailleurs, l'opérateur économique ne doit pas poursuivre d'autres objectifs que ceux-là, c'est-à-dire assurer la finalité sociale de l'activité dont la gestion lui est confiée dans

¹¹⁰ J. FAULL et A. NIKPAY, *op. cit.*, p. 834 ; C.J.U.E., 21 sept. 1999, *Albany*, aff. C-67/96, § 102 ; C.J.U.E., 3 mars 2011, *AG2R*, aff. C-437/09, §§ 73 et s.

¹¹¹ D. DE ROY, D. YERNAULT, « Les obligations de service public de droit européen et les services publics de droit interne belge : une superposition délicate, un conjugaison indispensable (1ère partie) », *R.D.I.R.*, 2015, p. 435 ; Guide du 29 avril 2013 relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'Etats, de marchés publics et de marché intérieur, SEC (2013) 53 final/2, §§ 2 et 161.

¹¹² A. DECOCQ, G. DECOCQ, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2014, p. 499 ; C.J.U.E., 13 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, § 14.

¹¹³ J. L. BUENDIA SIERRA, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 831 ; TFUE, art. 106, § 2 ; C.J.U.E., 13 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, § 16 ; C.J.U.E., 3 mars 2011, *AG2R*, aff. C-437/09, § 73.

¹¹⁴ C.J.U.E., 11 déc. 2014, *Spezzino*, aff. C-113/13 ; C.J.U.E., 28 janv. 2016, *CASTA*, aff. C-50/14. A propos de ces arrêts, voy. Notamment A. SANCHEZ-GRAELLS, « Competition and State aid implications of the Spezzino Judgement (C-113/13): the scope for inconsistency in assessing support for public services voluntary organisations », *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, vol. 11, pp. 31-38 ; D. GUINARD, « Les services sanitaires et les dérogations aux impératifs concurrentiels du droit européen de la commande publique : retour sur l'arrêt CASTA », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2016, n 52, pp. 43-47 ; E. BROUSSY, *AJDA*, 2015, p. 329 ; H. STERGIU, « Hoe zeus Hera verleidde : Een bespreking van het arrest San Lorenzo (C-113/13) over opdrachtverstrekking van medisch vervoer aan vrijwiligersorganisaties in Italië », *NtEr*, 2015, pp. 141-147.

¹¹⁵ A. SANCHEZ-GRAELLS, « Competition and State aid implications of the Spezzino Judgement (C-113/13): the scope for inconsistency in assessing support for public services voluntary organisations », *op. cit.*

¹¹⁶ F. KESSLER, « Le droit fondamental à la négociation collective n'existe, en Europe, que sous condition. CJUE 15 juillet 2010 aff. C-271/08 Commission européenne c/ République fédérale d'Allemagne », *op. cit.*, p. 1233.

des conditions de solidarité et d'efficacité budgétaire. Enfin, il ne peut réaliser aucun profit du fait de ses prestations, ni procurer aucun profit à ses membres¹¹⁷.

52. Ces décisions de la Cour concordent avec l'opinion formulée par l'avocat général Stix-Hackl dans ses conclusions rendues dans les affaires *Coname* et *Commission contre Irlande*. Selon l'avocat général, il n'existe pas de régime de passation de marché de droit primaire uniforme, mais il convient de procéder à une différenciation d'après les circonstances de la passation du marché en cause ; précisément, des circonstances particulières peuvent justifier que l'on fasse exception à l'obligation de transparence¹¹⁸.

53. Sans préjuger d'une décision qui appartient à la Cour, il semble pertinent d'amener une série d'éléments propres au domaine des pensions complémentaires sectorielles qui permettent de penser que les trois critères précités mis en avant par la Cour pourraient y être rencontrés.

54. Tout d'abord, l'instauration d'un régime de pension sectoriel n'est pas une démarche dénuée de finalité sociale. Au contraire, elle tend à la réalisation d'un droit consacré dans l'Union aussi bien qu'au niveau international : la sécurité sociale et l'aide sociale. La sécurité sociale et l'aide sociale sont inscrites à l'article 34 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les mécanismes de pensions complémentaires fondés sur la capitalisation en font-ils partie ? La disposition fondamentale européenne « est fondé[e] » sur l'article 12 de la Charte sociale européenne et elle garantit un niveau de protection au moins aussi élevé que celui de la convention 102 de l'Organisation internationale du Travail¹¹⁹. L'article 12 de la Charte sociale européenne dispose qu'un système de sécurité sociale doit couvrir les risques traditionnels, en ce compris les pensions de vieillesse et que cela comprend des régimes de caractère universel aussi bien que des régimes à base professionnelle et des régimes généraux, des prestations contributives, non contributives et mixtes¹²⁰. Du côté de la réglementation mondiale, l'étude d'ensemble de 1989 sur la protection de la vieillesse par la sécurité sociale indique que « *la convention no 102 [est] conçue sur ce point de manière extrêmement souple. Ainsi que les travaux préparatoires de la convention no 102 le montrent, un même niveau général de sécurité sociale peut être atteint de différentes manières* »¹²¹. La convention 102 permet ainsi de tenir compte tant des assurances sociales fondées sur des cotisations que de la protection, également obligatoire, mais financée par l'impôt général¹²². La jurisprudence communautaire donne également un éclairage intéressant et univoque. On lit dans l'arrêt *AG2R* qu'« *en ce qu'il prévoit une protection sociale complémentaire obligatoire pour tous les salariés d'un secteur économique, un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé poursuit un objectif social* ». Cette approche s'inscrit dans les arrêts *Albany* et *Pavlov* (qui concernaient des régimes de pension sectoriels) ainsi que *Cisal* et *Kattner Stahlbau*¹²³. Il paraît dès lors difficile de refuser de reconnaître à la création d'un plan de pension complémentaire sectoriel la poursuite d'une finalité sociale, que ce soit *via* un O.F.P. ou *via* une entreprise d'assurance.

¹¹⁷ §§ 60-61 de l'arrêt *Spezzino*, précité.

¹¹⁸ Aff. C-231/03, § 69 et s. des conclusions de l'avocat-général ; aff. C-532/03, § 69 et s. des conclusions de l'avocat-général.

¹¹⁹ D. DUMONT, « Article 34 : sécurité sociale et aide sociale » in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article* (dir. S. Van Drooghenbroek et F. Picod), *op. cit.*, pp. 723-758.

¹²⁰ Digest de jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux, 1^{er} sept. 2008, p. 89 (Lequel fait réf. aux Conclusions 2006, Bulgarie, p. 116 et aux Conclusions XIII-4, Observation interprétative de l'article 12, p. 36).

¹²¹ Etude d'ensemble de 1989 sur la protection de la vieillesse par la sécurité sociale, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, Rapport III (Partie 4B), § 41.

¹²² *Ibid*, § 42.

¹²³ C.J.U.E., 3 mars 2011, *AG2R*, aff. C-437/09, § 44 ; C.J.U.E., 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, § 86 ; C.J.U.E., 12 septembre 2000, *Pavlov*, aff. C-184/98, § 118 ; C.J.U.E., 22 janvier 2002, *Cisal*, aff. C-218/00, § 37 ; C.J.U.E., 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau*, aff. C-350/07, § 42.

55. Ensuite, il faut apporter quelques précisions à propos du critère formulé par la Cour selon lequel le mandatement doit poursuivre un objectif de solidarité. La solidarité est une notion complexe à définir. La Cour s'est efforcée d'en tracer les contours dans sa jurisprudence relative à la notion d'activité exclusivement sociale, qui échappe au champ d'application du droit de la concurrence¹²⁴. A propos des pensions, la Cour semble toutefois avoir dessiné des frontières nettes, selon lesquelles un régime financé par répartition constituerait une activité exclusivement sociale tandis qu'un régime financé par capitalisation serait une activité économique¹²⁵. L'affirmation du caractère économique d'une activité n'exclut toutefois pas que cette activité puisse être qualifiée de solidaire. Dans le célèbre arrêt *Albany* par exemple, l'activité des fonds de pension néerlandais en cause a été qualifiée d'économique (les régimes concernés étaient financés par capitalisation), mais la Cour lui a reconnu par ailleurs un caractère solidaire suffisant pour entraîner l'application de l'article 106, § 2 et l'immuniser ainsi contre l'application du droit européen de la concurrence.

56. Quoique, comme on l'a dit plus haut, les liens entre la jurisprudence de la Cour relative à l'application de l'article 106, § 2 développée en droit de la concurrence et les arrêts *Spezzino* et *CASTA* soient difficiles à démêler, cette jurisprudence peut peut-être servir de source d'inspiration pour interpréter l'exigence de poursuite d'un objectif de solidarité formulée par la Cour dans ces deux arrêts. Nous nous alignons sur ce point sur l'avis de certains auteurs¹²⁶. A cet égard, il est intéressant de relever que la Cour a accordé une attention particulière à l'octroi de prestations sans lien direct avec les cotisations versées pour qualifier un régime de pension de solidaire. Or, le droit belge des pensions professionnelles établit une distinction entre les régimes de pension sectoriels « classiques » et les régimes de pension sectoriels « sociaux » sur la base du fait que ces derniers comprennent un volet « solidarité », qui assure précisément aux travailleurs la constitution de droits à la pension y compris dans des périodes au cours desquelles ils ne travaillent pas¹²⁷. Plus précisément, l'arrêté royal détermine quinze situations pendant lesquelles le travailleur ne contribue pas mais qui peuvent être prises en considération dans la définition du droit de pension. L'arrêté royal prévoit également des rentes supplémentaires dans des hypothèses spécifiques, comme la perte de revenus en cas d'incapacité de travail permanente.¹²⁸ A supposer donc que l'on puisse s'inspirer de la jurisprudence développée en droit européen de la concurrence pour interpréter les arrêts *Spezzino* et *CASTA*, la mise en place d'un volet « solidarité » dans un régime de pension obligatoire dont la gestion est attribuée à un opérateur économique unique pourrait permettre de rencontrer la condition de poursuite d'un objectif de solidarité formulée dans ces arrêts. Néanmoins, il nous faut préciser que la réalisation de seulement trois éléments de la liste dressée par l'arrêté royal est suffisant, en droit belge, pour acquérir la qualité de régime de pension sectoriel « social ». Il nous semble que la solidarité retenue par les juges européens va plus loin. Elle exige une solidarité « renforcée », allant probablement au-delà de ce qui est nécessaire pour emporter la qualification en droit belge.

¹²⁴ On se permet de renvoyer à ce sujet à Q. DETIENNE, « La délimitation du champ des activités exclusivement sociales dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne : essai de clarification », *Revue de droit social/Tijdschrift voor Sociaal Recht*, 2017, n° 1-2, pp. 331-364.

¹²⁵ *Ibid* ; C.J.U.E., 21 sept. 1999, *Albany*, aff. C-67/96.

¹²⁶ A. SANCHEZ-GRAELLS, « Competition and State aid implications of the *Spezzino* Judgement (C-113/13): the scope for inconsistency in assessing support for public services voluntary organisations », *op. cit.*, pp. 31-38 ; D. GUINARD, « Les services sanitaires et les dérogations aux impératifs concurrentiels du droit européen de la commande publique : retour sur l'arrêt *CASTA* », *Revue Lamy de la Concurrence*, 2016, n 52, pp. 43-47.

¹²⁷ L. SOMMERIJS, F. VLASSEMBROECK, *Pensions complémentaires dans le secteur publics*, *op. cit.*, p. 50.

¹²⁸ Art. 43 de la loi du 28 avril 2003, précitée, et A.R. du 14 novembre 2013 fixant les prestations de solidarité liées aux régimes de pension complémentaires sociaux. Voy. à ce propos M. VERWILGHEN et S. PALATE, « Les fonds de pension : enjeux de droit social » in *Le droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives*, *op. cit.*, pp. 155-216, spéc. p. 161.

57. Par ailleurs, le critère de l'efficacité budgétaire, également formulé par la Cour dans les deux arrêts précités, quoique passablement flou, pourrait être rencontré par la démonstration que les moyens financiers engagés dans le régime de pension sont consacrés de la meilleure des façons à la réalisation de l'objectif social. Sur ce point, il faut sans doute distinguer, comme nous l'avons déjà fait plus haut, selon que l'organisme de pension prend la forme soit d'une entreprise d'assurance, soit d'un O.F.P.¹²⁹. Pour ce qui a trait à l'allocation des ressources financières, la loi indique que l'objet social d'un O.F.P. doit être limité aux prestations de retraite. Il est donc garanti que l'O.F.P. se consacre entièrement à sa mission de financement de pensions¹³⁰. Une telle limitation de l'objet social à l'exécution d'un régime de pension n'est pas prévue pour les entreprises d'assurances. Dans les deux hypothèses par contre, les personnes qui exercent des fonctions clés et, le cas échéant, les personnes ou les entités auprès desquelles une fonction clé a été externalisée doivent satisfaire à des exigences de compétence et d'honorabilité¹³¹. Dans les deux cas également, la F.S.M.A. exerce un contrôle¹³². On peut y voir des gages de la bonne allocation des moyens financiers.

58. Enfin, la Cour exige que, lorsqu'ils interviennent dans ce cadre, les prestataires ne poursuivent pas d'autres objectifs que ceux mentionnés au point précédent, qu'ils ne réalisent aucun profit du fait de leurs prestations, indépendamment du remboursement des coûts variables, fixes et permanents nécessaires pour fournir celles-ci, et qu'ils ne procurent aucun profit à leurs membres¹³³. A ce sujet, il semble intéressant de remarquer que, lorsque le plan de pension est exécuté par un O.F.P., l'article 10 de la loi relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle prévoit que cet organisme ne peut procurer d'autre gain matériel que celui lié à la réalisation du but pour lequel il a été créé¹³⁴. L'allocation obligatoire de toutes les ressources financières à la mission sociale signifie que l'O.F.P. ne réalise aucun profit, ni n'en procure à ses membres et, dès lors, que le troisième critère avancé par la Cour pourrait être rencontré lorsque les partenaires sociaux font appel à ce type d'organisme de pension. Si l'allocation de l'entièreté du résultat financier à la poursuite de l'objet social répond ainsi à une obligation légale pour un O.F.P., il n'est pas impossible de penser qu'elle puisse aussi être une démarche volontaire dans le chef d'une société d'assurance.

59. En résumé, une nouvelle donne existe du fait de la jurisprudence récente de la Cour. Elle implique que, lorsque quatre critères sont remplis, les obligations de transparence et de non-discrimination ne trouvent pas à s'appliquer. Il semble possible d'argumenter que, dans l'hypothèse de l'attribution de la gestion d'un régime de pension, (i) le mandatement poursuit bien une finalité sociale et (ii) que les nombreux mécanismes de contrôle garantissent l'allocation des moyens de la meilleure des façons. (iii) L'unicité de l'objet social et le désintéressement financier sont des obligations qui reposent légalement sur un O.F.P. alors que, dans le cas d'une entreprise d'assurance, elles pourraient découler du cas d'espèce. Enfin (iv),

¹²⁹ Voy. *supra* n° 46.

¹³⁰ Article 10, al.1^{er} de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle, précitée.

¹³¹ Art. 24 de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle, précitée, et art. 40 de la loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance, précitée.

¹³² Art. 4 et 5 de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle, précitée, et art ; 45, § 1^{er}, 3^o, f. de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers.

¹³³ C.J.U.E., 11 déc. 2014, *Spezzino*, aff. C-113/13, § 61 ; A. SANCHEZ-GRAELLS, « Competition and State aid implications of the *Spezzino* Judgement (C-113/13) : the scope for inconsistency in assessing support for public services voluntary organisations », *op. cit.*

¹³⁴ Article 10, al. 2 de la loi du 27 octobre 2006 relative au contrôle des institutions de retraite professionnelle, précitée ; à ce sujet, voy. notamment H. BECQUART, « L'O.F.P., trois ans après : succès et incertitudes » in *Le droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives*, *op. cit.*, 2012, pp. 15-42, spéc. p. 27.

si un parallèle entre le droit de la commande publique et le droit de la concurrence est autorisé, les critères définis par l'arrêté royal du 14 novembre 2003, centrés principalement sur le relâchement du lien entre contribution et prestation, constituent alors une grille de lecture pertinente du niveau de solidarité d'un régime sectoriel. Cette argumentation reçue et tous les critères rencontrés, aucune contrainte de mise en concurrence ne viendrait alors interférer avec le processus de négociation collective dans ladite hypothèse.

Conclusions intermédiaires

60. Si la question de l'examen de l'existence d'un intérêt transfrontalier ne mène à aucun résultat probant, il va autrement des deux autres exceptions potentielles à l'obligation de transparence. De surcroît, on peut y voir une certaine convergence. En effet, tant dans le cas de l'examen de l'exception de quasi-régie que dans celui de l'attribution d'un droit exclusif aux entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, la sélection d'un O.F.P. (par préférence à une entreprise d'assurance) semble plus à même de donner lieu à la non-application de l'obligation de transparence. Cette affirmation souffre de peu d'hésitations au regard de l'exception de quasi-régie. En effet, les membres de la commission paritaires, par leur présence au sein du conseil d'administration de l'O.F.P., exercent une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de l'O.F.P. Pour ce qui concerne l'exception liée à la gestion d'un service d'intérêt économique général, l'O.F.P. devra démontrer que le seuil de solidarité exigé par le juge européen, dont nous lisons les contours grâce à l'arrêté royal du 14 novembre 2003, est rencontré. Une entreprise d'assurance n'est pas en soi exclue de cette seconde dérogation. Mais elle devra en outre faire la preuve, probablement difficile en pratique, de son désintéressement financier.

Seconde partie. Les voies de la conciliation entre les exigences de transparence et le droit de négociation collective

61. Dans les cas de figure où les exceptions à l'obligation de transparence ne trouvent pas à s'appliquer, les exigences qui découlent de cette obligation apportent, pour certaines d'entre elles au moins, des restrictions au droit de négociation collective tel que consacré par de nombreux instruments européens et internationaux. En s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de justice, cette seconde partie tend à proposer une articulation des exigences de transparence et du droit de négociation collective permettant le respect d'un juste équilibre entre leurs objectifs respectifs (chapitre I). Pour illustrer et concrétiser ces développements, nous commençons par présenter deux exemples, tirés de la pratique, du déroulement de négociations collectives en vue de la sélection du gestionnaire d'un régime de pension sectoriel (chapitre II).

Chapitre I. La sélection du gestionnaire d'un régime de pension sectoriel en Belgique : deux cas d'études

62. Les deux cas d'étude choisis pour illustrer les tensions existant entre les exigences de transparence et le droit de négociation collective sont tirés des procédures suivies par les partenaires sociaux dans deux secteurs : celui du commerce international, du transport et des activités connexes (Section 1) et celui de l'industrie chimique (Section 2). Les informations ont été récoltées grâce à des entretiens menés avec certains protagonistes de ces négociations.

Section 1. Secteur du commerce international, du transport et des activités connexes

63. Le secteur du commerce international, du transport et des activités connexes rassemble près de 3.500 employeurs et environ 45.000 travailleurs. La diversité des entreprises est telle que le secteur comprend tant le centre de logistique de Nike à Laakdal, avec ses 3.500 employés, que des petites agences d'expédition du port d'Anvers.

L'examen procède en deux temps. Dans un premier temps, la procédure de sélection d'un opérateur pour la gestion du régime de pension est décrite. Comme nous l'avons vu, elle tombe en principe sous l'application de l'obligation de transparence. Dans un second temps, certains éléments du régime lui-même seront expliqués, afin de détenir certaines informations pertinentes pour l'application des règles européennes.

Sous-section 1. Adoption

64. Dès 2003, le protocole d'accord biennal conclu par les partenaires sociaux du secteur fait état de la volonté d'instituer un plan de pension complémentaire. L'accord sectoriel charge le « *GT affaires générales* » de réaliser « *une étude de marché auprès des proposant de pensions extra-légales au niveau des secteurs d'activité* »¹³⁵. Le GT affaires générales est un groupe restreint institué par la commission paritaire 226, *via* son règlement d'ordre intérieur. Il est composé paritairement. La présidente de la commission paritaire en fait partie et ses membres sont désignés par ceux de la commission paritaire¹³⁶.

Les membres du GT affaires générales chargent un bureau de conseil de réaliser une étude de marché. Dans le même temps, ils déterminent les critères qui guideront la sélection de l'opérateur. Un nombre important de critères est établi, à la fois quantitatifs et qualitatifs¹³⁷. Le bureau de conseil est chargé d'identifier les principaux opérateurs économiques et de leur soumettre un questionnaire sur la base des critères choisis. D'une liste longue de dix opérateurs potentiels, le travail de consultance aboutit à la réduction du nombre de prestataires potentiels à deux : Intégrale et ING. C'est au cours d'une discussion menée au GT affaires générales qu'une modification de la pondération des critères permet d'écarter un dernier opérateur et de sortir du blocage. Une plus grande importance est alors donnée à la capacité de suivi administratif autonome de l'assureur. ING est sélectionné.

Adopté aux cours de la procédure de négociation, le protocole d'accord 2005-2006 répète la volonté d'ériger un régime de pension sectoriel. A cette occasion, le niveau de contribution est fixé à 0,50 % des salaires prévus par la loi. L'articulation avec les régimes d'entreprise préexistants est également définie, de la manière que nous expliquons ci-dessous¹³⁸.

C'est finalement le 4 avril 2006 que la convention collective de travail portant sur l'instauration d'un régime de pension complémentaire sectoriel est conclue¹³⁹. La force obligatoire de cette

¹³⁵ CCT n° 67673 du 14 mai 2003 conclue au sein de la CP 226.

¹³⁶ ROI CP 226.

¹³⁷ Doc. interne de la CP 226. Sur le plan quantitatif, outre le rendement, sa volatilité et les frais de gestion, les critères ont porté sur les garanties d'intérêt relative aux réserves constituées et aux primes futures. Des critères quantitatifs ont aussi porté sur la part des primes consacrée à des obligations de solidarité. Sur le plan qualitatif, ce sont les exigences de transparence, de flexibilité, d'expérience dans le domaine des pensions sectorielles qui ont été mis en avant, de même qu'une attention aux coûts indirects et de sortie, aux modes de communication et à l'automatisation des processus.

¹³⁸ CCT n° 75198 du 1^{er} juin 2005 conclue au sein de la CP 226.

¹³⁹ CCT n° 79875 du 4 avril 2006 conclue au sein de la CP 226.

convention est demandée. Un arrêté royal y pourvoit dès janvier 2007, apportant la touche finale au système¹⁴⁰. C'est à partir du 1^{er} du même mois que les premières cotisations sont récoltées.

Sous-section 2. Contenu

65. Les articles 6 et 7 de la CCT déterminent le sort des plans déjà existants dans certaines entreprises¹⁴¹. Ces dispositions sont dites “*buitentoeepassingsgebied*” dès lors qu'elles excluent du champ d'application de la convention collective les entreprises qui ont déjà organisé un plan de pension complémentaire, dans la mesure où celui-ci répond à des critères déterminés¹⁴². Il est intéressant de remarquer que cette mesure d'exclusion du champ d'application n'est pas automatique mais, qu'au contraire, la latitude est laissée à l'employeur de basculer dans le système sectoriel. C'est même l'option qui est retenue si l'employeur omet d'exprimer sa volonté par l'employeur conformément aux procédures définies¹⁴³.

Il faut donc voir dans cette mesure une nécessité technique d'éviter les doublons de plan de pension, couplée à la volonté de favoriser le plan sectoriel. A l'opposé, il ne faut pas y voir une mesure d' « opt-out », laquelle permet à un employeur de se désolidariser du système sectoriel et d'organiser son propre système équivalent¹⁴⁴. Un tel procédé est encadré par l'article 9 de la loi du 28 avril 2003 sur les pensions complémentaires. L'article 5 de la convention collective du secteur du transport international exclu d'ailleurs explicitement cette possibilité.

Conformément à la loi du 28 avril 2003 sur les pensions complémentaires, l'article 10 de la CCT désigne le fonds social du secteur comme organisateur¹⁴⁵. Sur base de l'article 8 du même texte de loi, l'article 11 de la convention attribue la mission à ING Insurance SA. Au 1^{er} janvier 2018, Vivium – P&V est devenu à la suite d'une reprise, l'organisme de pension.

En conclusion, les partenaires sociaux du secteur du commerce international, du transport et des activités connexes ont suivi une procédure interne de sélection. A son terme, ING Insurance SA est retenu afin de fournir un service de pension complémentaire aux travailleurs du secteur. Les possibilités d'y déroger des employeurs sont limitées. C'est d'autant plus le cas qu'une intervention de l'autorité a étendu la force obligatoire de la convention collective à tous les employeurs du secteur. C'est donc un bien un droit exclusif au sens du droit européen qui a été confié à ING Insurance pour la gestion du régime de pension complémentaire du secteur.

Section 2. Secteur de l'industrie chimique

66. L'industrie chimique est répartie entre une commission paritaire rassemblant les ouvriers, la commission paritaire 116, et une commission paritaire compétente pour le personnel sous statut d'employé, la commission paritaire 207. Au dernier quadrimestre de 2016, le secteur comptait 41.123 postes de travail ouvriers et 77.372 postes de travail employés¹⁴⁶. Derrière ces emplois, c'est un secteur à haute valeur ajoutée qui se dessine, avec un chiffre d'affaire de près

¹⁴⁰ A.-R. du 29 janv. 2007, *M.B.*, 20 mars 2007

¹⁴¹ CCT n° 79875 du 4 avril 2006 conclue au sein de la CP 226, rendue obligatoire par l'A.-R. du 29 janv. 2007, *M.B.*, 20 mars 2007, art. 6 et 7.

¹⁴² Le plan doit être « valable le 31 décembre 2006 », art. 6.2, 1) et 7.2, 1).

¹⁴³ Art. 6.5 et 7.3, al. 2.

¹⁴⁴ M. VERWILGHEN et S. PALATE, « Les fonds de pension : enjeux de droit social » in *Le droit belge des fonds de pension : enjeux et perspectives*, *op. cit.*, pp. 155-216, spéc. p. 174.

¹⁴⁵ Art. 3, § 1er, 5° de la loi du 28 avril 2003.

¹⁴⁶ Statistiques ONSS 2016, disponibles sur onssrszls.fgov.be.

de 65 milliards d'euros en 2016 et la Belgique qui se classe parmi les principaux exportateurs mondiaux de médicaments¹⁴⁷.

Comme pour le secteur du commerce international, du transport et des activités connexes, l'examen est divisé en deux étapes : d'abord le récit de la sélection de l'opérateur gestionnaire du régime de pension sectoriel, puis certaines informations relatives au contenu de celui-ci.

Sous-section 1. Adoption

67. Lorsque les partenaires sociaux de l'industrie pharmaceutique entament des négociations en vue de conclure un régime de pension complémentaire au cours de l'année 2007-08, la crise financière des « subprimes » bat son plein. Les fonds de pension ne sont pas épargnés¹⁴⁸. Dès lors, une certaine méfiance envers le monde financier s'installe parmi les responsables sectoriels. Elle les conduit à privilégier des opérateurs économiques qui présentent des garanties que la gestion d'un plan de pension ne sera pas détournée à d'autres fins¹⁴⁹.

A la suite de la décision d'apporter 250 euros par an et par travailleur au régime de pension, et après l'envoi d'un cahier des charges par l'intermédiaire d'un consultant, six opérateurs économiques se manifestent¹⁵⁰. Dans un premier temps, Intégrale emporte un certain consensus. Intégrale est alors une association d'assurances mutuelles belge (devenue entretemps une société anonyme) qui a pour métier principal les assurances de groupe, où employeurs et affiliés sont représentés dans le conseil d'administration et, enfin, qui utilise ses résultats financiers pour constituer les réserves de pensions¹⁵¹. Elle dispose en outre d'un agrément de la F.S.M.A. garantissant qu'elle fonctionne selon les principes de répartition du solde bénéficiaire aux affiliés fixés par un arrêté royal du 14 novembre 2003¹⁵². L'absence de distribution des gains annuels aux actionnaires ou aux travailleurs de l'organisme apparaît aux yeux des responsables du secteur de l'industrie comme un gage de probité.

Toutefois, la rupture de confiance n'est pas la seule conséquence de la crise financière. Bientôt, les règles entourant la proportion de fonds propres et la solvabilité des entreprises d'assurance sont renforcées¹⁵³. Des différences de solidité financière apparaissent entre entreprises¹⁵⁴. Par ailleurs, d'autres entreprises disposent de l'agrément F.S.M.A. indiquant qu'elles attribuent une part de leur solde bénéficiaire aux affiliés¹⁵⁵. Ce second prisme d'analyse encourage les

¹⁴⁷ Rapport « Chimie, matières plastiques et sciences de la vie en Belgique. Chiffres clés 2016 », Essenscia 2016 ; rapport « Chiffres Pharma. Décembre 2015 », Association générale de l'industrie pharmaceutique, 2015.

¹⁴⁸ Selon une étude menée par l'OCDE à partir des chiffres disponibles pour 23 pays, la valeur des avoirs des fonds de pension privés a chuté de 23% en moyenne durant l'année 2008. Voy. OCDE, « Pensions and the crisis - How should retirement income systems respond to financial and economic pressures », 2009.

¹⁴⁹ Le récit de l'adoption du plan de pension au sein des CP 116 et 207 se fonde sur un entretien avec Herman Baele, responsable national de secteur FGTB-CG, ayant eu lieu le 15 février 2018.

¹⁵⁰ AG insurance, AXA Banque, Ethias, Intégrale SA, l'Office national des Pensions, et Vivium (P&V).

¹⁵¹ Art. 11 (« *La Caisse est administrée par un Conseil de douze membres au moins composé en nombre égal de représentants des membres adhérents et des affiliés* ») et 21 (« *Le principe de base de la Caisse est la redistribution totale des résultats bénéficiaires aux affiliés* ») des statuts déposés au greffe du tribunal du commerce de Liège, le 5 juill. 2012.

¹⁵² Art. 15 et 16 de l'A.R. du 14 novembre 2003 concernant l'octroi d'avantages extra-légaux aux travailleurs salariés visés par l'arrêté royal n° 50 du 24 octobre 1967 relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs salariés et aux personnes visées à l'article 32, alinéa 1er, 1° et 2° du Code des Impôts sur les Revenus 1992, occupées en dehors d'un contrat de travail, *M.B.*, 14 nov. 2003.

¹⁵³ Dir. 2009/138 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II).

¹⁵⁴ « La liste des 30 sociétés représentant un risque systémique », dépêche Belga, le 30 nov. 2009.

¹⁵⁵ Sur la base des art. 2 et 3 de l'A.R. du 14 novembre 2003 déterminant les conditions d'agrément des entreprises et organismes d'assurances aux fins de l'exercice des activités d'assurances visées dans l'arrêté royal du 14

représentants des employeurs présents à la table de négociation à suggérer un autre opérateur économique : AXA Banque. Cette dernière proposition n'est pas du goût du banc syndical. En effet, AXA Banque était le premier actionnaire¹⁵⁶ de la banque d'affaires américaine Lehman Brothers, épicerie du scandale des « subprimes ».

L'application du critère de solvabilité à l'ensemble des candidats permet bientôt d'identifier un opérateur économique dont la solvabilité défie toute comparaison : l'Office national des Pensions (devenu, depuis le 1^{er} avril 2016, le Service fédéral des pensions)¹⁵⁷. L'organisme public propose en outre un rendement supérieur aux opérateurs privés, avantage que le banc syndical corrèle avec celui de ne pas devoir rémunérer d'actionnaire¹⁵⁸. En août 2010, L'Office remet une offre. Elle est retenue et, le 15 décembre 2010, les interlocuteurs sociaux des deux commissions paritaires concluent les conventions collectives portant désignation de l'organisme de pension¹⁵⁹. Afin de parachever le système, la force obligatoire de cette convention collective est demandée. Le Roi y pourvoit par arrêtés le 6 et le 12 juillet 2011¹⁶⁰.

Cette décision ne fut pas du goût des acteurs privés du secteur, déjà échaudés par l'offre des mutuelles en matière d'assurance maladie complémentaire¹⁶¹. L'offre de pensions complémentaires, en sus de sa mission de gestionnaire des pensions légales, par l'Office national de Pensions « fausse le jeu », selon le porte-parole d'Assuralia¹⁶². Ce dernier indique que l'absence de stricte différenciation des activités entre le premier et le deuxième piliers dans le chef de l'organisme public pourrait faire l'objet d'une plainte auprès des autorités européennes de la concurrence¹⁶³.

Le 18 décembre 2017, le Comité de Gestion du Service fédéral des Pensions prend la décision de se défaire de son activité de gestion de plans de pensions complémentaires. Ce choix est motivé par les impératifs de la directive 2009/138/CE, sans cesse plus formels, par la difficulté d'améliorer le ratio de solvabilité en raison de l'unicité de l'activité du Service fédéral des Pensions et par l'impossibilité de procéder à une recapitalisation¹⁶⁴. De manière générale, le climat financier n'est plus favorable à des petits opérateurs mono-activité¹⁶⁵. Que ce soit par la

novembre 2003 concernant l'octroi d'avantages extra-légaux aux travailleurs salariés visés par l'arrêté royal n° 50 du 24 octobre 1967 relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs salariés et aux personnes visées à l'article 32, alinéa 1er, 1° et 2° du Code des Impôts sur les Revenus 1992, occupées en dehors d'un contrat de travail, huit entreprises satisfont aux exigences de répartition du solde bénéficiaire telles que définies aux articles 15 et 16 de l'A.R. du 14 novembre 2003 concernant l'octroi d'avantages extra-légaux aux travailleurs salariés, précité. Au 6 septembre 2016, il s'agissait de AG Insurance (SA), Allianz Benelux (SA), AXA Belgium (SA), Intégrale (CCA), KBC Assurances (SA), La Fédérale Pensions (SA), le Service fédéral des pensions et SEPIA (SA) (voy. le site de la F.S.M.A. : www.fsma.be).

¹⁵⁶ Avec 9,46% du capital, capital.fr, publié le 15 septembre 2008.

¹⁵⁷ Le climat financier favorisait alors la solvabilité des entreprises actives dans le secteur «vie» ; entretien avec Marcel Savoye, Président du Service fédéral Pensions, le 28 février 2018.

¹⁵⁸ « Chemie verrast met pensioenplan », *De Standaard*, 3 décembre 2010

¹⁵⁹ Pour les ouvriers, CCT déposée le 17 décembre 2010 et enregistrée le 19 janvier 2011 sous le n° d'enregistrement 102859/CO/116, pour les employés, CCT déposée le 17 décembre 2010 et enregistrée le 19 janvier 2011 sous le n° d'enregistrement 102860/CO/207.

¹⁶⁰ Pour les ouvriers, A.R. du 12 juillet 2011, *M.B.*, 6 septembre 2011 et pour les employés, A.R. du 6 juillet, *M.B.*, 28 août 2011.

¹⁶¹ « Staat breekt door in tweede pensioenpijler », *De Tijd*, 3 décembre 2010 ; « Assureurs et mutuelles toujours pas sur un pied d'égalité », *L'Echo*, 8 décembre 2010.

¹⁶² « Open oorlog in pensioenland », *De Tijd*, 8 décembre 2010.

¹⁶³ « Rijksdienst Pensioenen speelt vals in tweede pensioenpijler », *De Tijd*, 8 décembre 2010.

¹⁶⁴ Procès-verbal de la réunion du 17 décembre 2017 du Comité de gestion du Service fédéral des Pensions, p. 8 ; La directive 2009/138/CE du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) est couramment désignée par l'expression « Solvency II ».

¹⁶⁵ Plus petit assureur du secteur des pensions complémentaires, le SFP n'a pas d'activités dans d'autres branches des assurances ; entretien avec Marcel Savoye, Président du Service fédéral Pensions, le 28 février 2018.

création d'un nouvel organisme de pension ou l'attribution à un acteur du marché, l'activité de l'organisme public devra être transférée. A défaut, une conséquence pourrait prendre la forme de la conversion des primes futures en augmentations salariales, applicables dès lors aussi aux entreprises exemptées sur la base des CCT¹⁶⁶.

Le récit de l'adoption du plan de pension complémentaire du secteur de la chimie montre la complexité du choix de l'organisme. A côté des critères classiques, comme le taux et les frais de gestion, d'autres critères d'attribution « sociaux » ont été mis en avant. Ces derniers sont, à première vue, moins directement liés à l'objet du marché. On relève par exemple l'attribution du solde bénéficiaire du régime à un fonds de répartition, la gestion paritaire de l'organisme ou, encore, l'absence de distribution des gains annuels aux actionnaires. Enfin, les critères classiques et les critères sociaux ont été associés à un critère de sélection qualitatif, visant à vérifier l'aptitude des soumissionnaires à effectuer la prestation faisant l'objet du marché, exprimé sous la forme de la solvabilité. L'ensemble des critères ont amené les partenaires sociaux à porter leur choix sur un opérateur public, le Service fédéral des Pensions. C'est *in fine* encore un autre critère de sélection qualitatif, cette fois lié à la capacité technique et professionnelle du Service fédéral des Pensions, qui a motivé en partie la décision du 17 décembre 2017 de désengagement de l'organisme public.

Sous-section 2. Contenu

68. Le régime de pension complémentaire est contenu dans deux CCT du 5 août 2010¹⁶⁷. Il confère à chaque travailleur du secteur un droit à une pension complémentaire. Les CCT prévoient un mécanisme dit "*buitentoeepassingsgebied*". En effet, l'article 2.2 des CCT excluent de leur champ d'application les employeurs et leurs travailleurs lorsque les travailleurs bénéficient déjà, au 1^{er} janvier 2011, d'un régime d'entreprise équivalent ou meilleur que celui que les CCT instituent.

De manière similaire au régime de la CP 226, cette mesure d'exclusion du champ d'application n'est pas automatique¹⁶⁸. Elle nécessite une déclaration de l'employeur dans les formes et les délais prescrits par les CCT¹⁶⁹.

De plus, tout comme dans le régime de la CP 226 déjà examiné, les CCT excluent l'« opt-out », lequel permet à un employeur de se désolidariser du système sectoriel et d'organiser son propre système équivalent¹⁷⁰. Ici aussi, un droit exclusif au sens du droit européen a donc été octroyé pour la gestion du régime de pension complémentaire du secteur.

Conformément à la loi du 28 avril 2003 sur les pensions complémentaires, l'article 6 des CCT désignent le fonds social du secteur comme organisateur¹⁷¹. Cet organisme perçoit le financement prélevé par l'ONSS, et le transfère « sans délai » à l'organisme de pension, moyennant un prélèvement de 2,5 % au titre de frais de gestion et afin de remédier au défaut de paiement de certaines entreprises, pour cause de faillite par exemple¹⁷². Sur base des articles 7 des mêmes textes, l'exécution du régime est attribuée à une assurance-groupe. Comme déjà indiqué, c'est l'Office National des Pensions (devenu Service fédéral des Pensions) qui est

¹⁶⁶ Entretien avec Herman Baele, responsable national de secteur FGTVB-CG, le 15 février 2018.

¹⁶⁷ CCT du 5 août 2010 conclue au sein de la CP 207, n° 101256, rendue obligatoire par l'A.R. du 13 mars 2011, *M.B.*, 4 avril 2011 ; CCT du 5 août 2010, conclue au sein de la CP 116, n° 101254, rendue obligatoire par l'A.R. du 13 mars 2011, *M.B.*, 4 avril 2011.

¹⁶⁸ Voy. *supra* n° 65.

¹⁶⁹ Art. 3 des CCT.

¹⁷⁰ Art. 5 des CCT.

¹⁷¹ Art. 3, § 1er, 5° de la loi du 28 avril 2003.

¹⁷² Art. 8.1 des CCT.

désigné en tant qu'organisme de pension en charge de l'exécution de l'engagement de pension complémentaire. Ce dernier finance sa propre gestion à hauteur de 1% des cotisations et offre alors un rendement garanti de 3,25 %¹⁷³.

Conclusions intermédiaires

69. En conclusion, l'exposé des procédures ayant mené à l'adoption d'un régime de pension dans les deux secteurs abordés montre la complexité de la démarche : une multiplicité d'acteurs, tant du côté de l'adjudicateur que des adjudicataires, des liens avec les pensions légales et les autres domaines de la négociation sectorielle ; de nombreux critères possibles, dont les liens à la mission de gestion du régime sont plus ou moins étroits. Une certaine souplesse dans la gestion de ces critères paraît faciliter l'entreprise, comme en témoigne le récit de l'adoption du régime de pension du secteur du commerce international, du transport et des activités connexes : une modification de la pondération des critères a été nécessaire pour sortir du blocage des négociations entre partenaires sociaux. Dans le secteur de la chimie, où les critères de sélection ont traduit des enjeux macro-économiques, la même souplesse semble avoir été utile.

Chapitre II. Concilier, dans la pratique, la liberté de négociation collective et les principes de transparence et de non-discrimination

70. Ce paragraphe vise à explorer comment une réconciliation est possible, dans la pratique, entre l'obligation de transparence dérivée du droit du marché intérieur et la liberté de négociation collective pour les cas où les exceptions à l'obligation de transparence exposées plus haut ne sont pas d'application. Cette démarche nécessite d'abord un éclairage théorique de l'articulation entre les libertés du marché intérieur et le droit fondamental de la négociation collective en droit européen (Section 1). Sous cet éclairage, nous examinons ensuite la question particulière de la conciliation entre les exigences de l'obligation de transparence et l'adoption d'un plan de pension complémentaire sectoriel par les partenaires sociaux, en formulant des remarques précises (Section 2).

Au fil de la première section, il s'agit de se pencher sur ce que recouvre le droit de négociation collective et de se rendre compte que la désignation d'organismes et d'entreprises dans une convention collective relève de son exercice (Sous-section 1). Dès lors que le conflit entre le droit fondamental social et une liberté économique est identifié, nous expliquons comment la Cour de justice y fait face, d'abord de manière conceptuelle (Sous-section 2) puis, au stade du contrôle de la proportionnalité d'une entrave (Sous-section 3).

La seconde section formule six remarques à propos d'une articulation conciliante des exigences de l'obligation de transparence et du droit de négociation collective, en suivant l'exposé réalisé plus haut du contenu de l'obligation de transparence. Nous commençons par pointer la facilité de la mise en place de mécanismes de publicité adaptés aux exigences de l'obligation de transparence. Dans un deuxième temps, nous nous penchons sur les tensions qui naissent de l'obligation de conclure une relation pour une durée limitée. Il est ensuite question du formalisme requis par le droit européen pour assurer la publicité. En quatrième lieu, il y a nous semble-t-il lieu d'insister sur le caractère non discriminatoire des critères de sélection. En avant-dernier et dernier lieu, ce sont des considérations relatives à la pondération des critères et, à la procédure à suivre pour la sélection d'un prestataire que nous avons voulu mettre en avant.

¹⁷³ Art. 2.2 des CCT. Le taux de 3,25 % correspond au minimum légal garanti. Il a été porté à 1,85 % par la loi du 18 décembre 2015 visant à garantir la pérennité et le caractère social des pensions complémentaires et visant à renforcer le caractère complémentaire par rapport aux pensions de retraite.

Section 1. Une approche théorique chaotique

71. L'affaire *UNIS et Beaudout* et, plus généralement, la question de l'extension de l'extension de la force obligatoire d'une convention collective portant désignation d'un opérateur de service doivent être vues autrement que par le seul prisme du droit du marché intérieur. Ni la Cour ni les requérants n'avancent sur le terrain du droit de négociation collective. Il nous paraît néanmoins difficilement contestable que la sélection par les partenaires sociaux d'un opérateur pour l'exécution d'un régime de pension relève de l'exercice de celui-ci. Il nous semble en effet pouvoir être soutenu que le droit de négociation collective englobe toutes les décisions que les partenaires sociaux, dans l'exercice de leur autonomie, ont trouvé opportunes de prendre, y compris pour l'organisation procédurale de la sélection d'un opérateur¹⁷⁴.

A défaut, on omettrait d'apercevoir dans cette question « la présence d'un droit fondamental, reconnu comme tel dans [la] jurisprudence » de la Cour¹⁷⁵. De fait, la sélection d'un prestataire de pensions ne relève pas de la simple gestion administrative. L'intervention des membres de la commission paritaire dans cette sélection est un rouage de l'exercice d'un droit fondamental : la négociation collective.

Sous-section 1. L'exercice d'un droit fondamental consacré et consistant

72. La négociation collective, au-delà de sa reconnaissance par la loi¹⁷⁶ et du poids de sa pratique¹⁷⁷, bénéficie d'une forte légitimité internationale¹⁷⁸. L'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union reconnaît le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés. L'article 6 du traité sur l'Union européenne confère à la Charte, et donc à l'article 28 la même valeur juridique que celle qui est reconnue aux traités¹⁷⁹. Cet article doit être lu dans la prolongation de l'article 12 qui consacre la liberté de réunion et d'association. La Charte sociale européenne garantit, quant à elle, en son article 6 le droit de négociation collective et exige, selon certains, le respect du principe de *standstill*¹⁸⁰. La Cour européenne des Droits de l'homme estime que « le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » énoncé à l'article 11 de la Convention »¹⁸¹. Doivent également être prises en compte les conventions et recommandations de l'Organisation internationale du Travail, dont les Conventions

¹⁷⁴ La dimension procédurale du droit de négociation collective est mentionnée notamment dans un rapport récent remis à la Commission emploi et affaires sociales du Parlement européen. Voy. D. SCHIEK *et al.*, « EU Social and Labour Rights and EU Internal Market Law », Commission Emploi et affaires sociales du Parlement européen, 2015., p. 34 (disponible en ligne : [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/563457/IPOL_STU\(2015\)563457_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/563457/IPOL_STU(2015)563457_EN.pdf))

¹⁷⁵ A. BAILLEUX, « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur », in *Politiques de l'Union européenne et droits fondamentaux*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 217-236, spéc. p. 232.

¹⁷⁶ L. du 5 déc. 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *M.B.*, 15 janv. 1969.

¹⁷⁷ Près de mille arrêté-royaux d'extension de la force obligatoire chaque année, SPF Emploi, Travail et Concertation Sociale, <http://www.emploi.belgique.be/searchCAO.aspx?id=4708>, le 21 mars 2017.

¹⁷⁸ B. GERNIGON, A. ODERO et H. GUIDO, *La négociation collective. Normes de l'OIT et principes des organes de contrôle*, Genève, Bureau international du Travail, 2000 ; J.-M. THOUVENIN et A. TREBILCOCK, A. (dir.), *Droit international social. Droits économiques, sociaux et culturels*, Bruxelles, Bruylant, 2013 ; G. DENEZ, « La judiciarisation des conflits sociaux », in E. ARCQ, M. CAPRON, E. LEONARD et P. REMAN (dir.), *Dynamiques de la concertation sociale*, Bruxelles, CRISP, 2010, pp. 487-511, spéc. p. 510.

¹⁷⁹ C.J.U.E., 15 juillet 2010, *Commission contre Allemagne*, aff. C-271/08, § 37 ; P. RODIERE, « Article 28. Droit de négociation et d'actions collectives », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article* (dir. S. Van Drooghenbroek et F. Picod), *op. cit.*, spéc. p. 629.

¹⁸⁰ I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 33.

¹⁸¹ P. RODIERE, « Article 28. Droit de négociation et d'actions collectives », *op. cit.*, spéc. p. 628 ; Cour eur. D.H., 12 nov. 2008, *Demir et Bakaya c. Turquie*, 34503/97, § 154.

fondamentales n° 87 sur la liberté syndicale (1949) et n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective (1949), ratifiées par tous les Etats membres de l'Union¹⁸². Selon l'article G de la Charte sociale européenne et l'article 52.1 de la Charte des droits fondamentaux, les limites à ce droit ne peuvent résulter que d'une loi au sens formel du terme ou de conventions collectives de travail, ces deux instruments devant respecter les principes de finalité et de proportionnalité¹⁸³.

En vertu de l'article 4 de la convention n° 98 de l'OIT, la négociation collective doit être libre et volontaire et doit respecter le principe de l'autonomie des parties¹⁸⁴. C'est un aspect fondamental des principes de la liberté syndicale¹⁸⁵. Selon les experts de l'OIT, une réglementation minutieuse de la négociation inscrite dans la législation porterait atteinte à l'autonomie des parties¹⁸⁶. Certaines règles et procédures peuvent certes faciliter le déroulement de la négociation collective et contribuer à sa promotion. Toutes les législations qui instituent des organismes et des procédures de médiation et de conciliation destinés à faciliter la négociation entre partenaires sociaux doivent toutefois sauvegarder l'autonomie des parties à la négociation¹⁸⁷. Le caractère volontaire ne s'accorde en effet pas avec une réglementation minutieuse de la négociation prévue dans de nombreuses législations qui obligent les parties à s'en tenir à une procédure unique prévoyant toutes les étapes et les incidents du processus de négociation¹⁸⁸.

73. De plus, plusieurs textes de l'OIT insistent sur l'obligation positive reposant sur les Etats en matière de promotion de la négociation collective. En ce sens, la recommandation 163 de 1981 sur la négociation collective indique que « les mesures adaptées aux circonstances nationales devraient, si nécessaire, être prises pour que la négociation collective soit possible à quelque niveau que ce soit, notamment ceux de l'établissement, de l'entreprise, de la branche d'activité, de l'industrie, ou aux niveaux régional ou national »¹⁸⁹. La commission des experts pour l'application des conventions et des recommandations (CEACR) précise sur ce plan que « quel que soit le type de système retenu, il devrait avoir pour but premier d'encourager par tous les moyens possibles la négociation collective libre et volontaire entre les parties, en leur laissant la plus grande autonomie possible, mais tout en établissant un cadre législatif et un appareil administratif auquel elles peuvent recourir, sous une forme volontaire et d'un commun accord, pour faciliter la conclusion d'une convention collective »¹⁹⁰. Dans le même sens, les

¹⁸² Les dernières ratifications sont celles de la Lituanie, le 26 septembre 1994.

¹⁸³ G. DOMEZ, « La judiciarisation des conflits sociaux », *op. cit.*, spéc. p. 510.

¹⁸⁴ N. VALTICOS, *Droit international du travail*, Paris, Dalloz, 1970, p. 268 ; B. GERNIGON, A. ODERO et H. GUIDO, *op. cit.*, p. 27 ; Digest de jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux, 2008, Conclusions I, Observation interprétative de l'article 6§2, p. 36.

¹⁸⁵ Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, Genève, Bureau international du Travail, cinquième édition (révisée), 2006, § 925.

¹⁸⁶ Etude d'ensemble sur les conventions fondamentales concernant les droits au travail à la lumière de la Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, 2008, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, 2008, Rapport III (Partie 1B), § 200.

¹⁸⁷ Etude d'ensemble Etude d'ensemble des rapports sur la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, et la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, 1994, Rapport III (Partie 4B), § 247 ; Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, Genève, Bureau international du Travail, quatrième édition (révisée), 1996, §§ 858 et 859.

¹⁸⁸ B. GERNIGON, A. ODERO et H. GUIDO, *op. cit.*, p. 29.

¹⁸⁹ Recommandation OIT n° 163 sur la négociation collective (1981), art. 4, 1.

¹⁹⁰ Etude d'ensemble Etude d'ensemble des rapports sur la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, et la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, 1994, Rapport III (Partie 4B), § 247.

experts de la CEACR expliquent que les organismes et procédures existants doivent être destinés à faciliter la négociation entre les partenaires sociaux, ces derniers restant libres de leur négociation¹⁹¹.

Toutefois, la *ratio legis* de l'obligation de transparence n'est pas de promouvoir la négociation collective. Il ne s'agit pas, comme le prévoit l'article 4 de la convention n° 98 de l'OIT, de mesures « prise pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges des 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 ». Il ne s'agit pas non plus, d'un système qui a « pour but premier d'encourager par tous les moyens possibles la négociation collective libre et volontaire entre les parties, en leur laissant la plus grande autonomie possible », en établissant un cadre législatif auquel elles peuvent recourir, « sous une forme volontaire »¹⁹². L'objectif – nous l'avons écrit – est de réaliser le marché intérieur¹⁹³.

74. Dès lors, les exigences subséquentes aux principes de transparence et de non-discrimination, ou certaines d'entre elles au moins, apparaissent comme une entrave à l'exercice d'un droit fondamental. En imposant le respect de ces principes lors de la détermination de l'organisation procédurale des négociations collectives (et au sens large donc, lors de la fixation de conditions d'emploi), la Cour s'immisce dans la sphère de la négociation collective pour y introduire des mécanismes de marché visant à la stimulation de la concurrence¹⁹⁴. Le droit de négociation collective, et plus spécialement la large autonomie dont jouissent ses protagonistes, s'en trouvent entravés¹⁹⁵.

75. Pour résumer, la liberté de négociation collective est reconnue par de nombreux ordres juridiques. Elle requiert de conférer une large autonomie aux partenaires sociaux. Mais les autorités publiques ne sont pas seulement tenues de « laisser-faire » : elles doivent aussi prendre des mesures positives pour la promouvoir. Lors de l'adoption d'un plan de pension complémentaire, qui relève de l'exercice du droit de négociation collective, les autorités publiques sont tenues à ces deux obligations. Mais, dans l'affaire *UNIS et Beaudout*, la Cour de Justice enjoint aux Etats membres de contraindre les partenaires sociaux d'utiliser des procédés issus d'une autre sphère : le marché intérieur et la liberté économique. L'action des autorités publique apparaît alors plus comme une entrave à la liberté de négociation collective que comme un adjuvant à sa réalisation. Ce constat invite à contrôler ces mesures de droit européenne et les dispositions nationales qui les mettent en œuvre au regard de leur conformité aux droits fondamentaux communautaires¹⁹⁶.

¹⁹¹ *Ibid.*, § 248.

¹⁹² Etude d'ensemble Etude d'ensemble des rapports sur la convention (n° 87) sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, et la convention (n° 98) sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, 1994, Rapport III (Partie 4B), § 247.

¹⁹³ *Voy. supra* n° 28.

¹⁹⁴ A propos de l'argument du gain d'efficience que serait censé permettre l'immixtion de mécanismes concurrentiels dans la sphère de la négociation collective, nous renvoyons à E. MACKAAY, S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Paris, Dalloz, 2008 ; I. MARTIN, « L'efficience ou la quête de neutralité normative au cœur de l'analyse économique du droit », in *Juriste sans frontières. Mélanges Ejan Mackaay* (dir. S. Rousseau), Montréal, Thémis, 2015, pp. 19-48 et à l'ouvrage de M. WALZER, *Sphères de Justice. Une défense du pluralisme et de l'égalité*, Paris, Seuil, 1997.

¹⁹⁵ J.-B. MAISIN, « Affaire UNIS : octroyer des droits exclusifs par la négociation collective requiert une mise en concurrence ? », *op. cit.*

¹⁹⁶ F. PICOD, « Article 51 - Champ d'application », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article* (dir. S. Van Drooghenbroek et F. Picod), *op. cit.*, pp. 1059-1082 ; A. ALEMANNI, « A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droit fondamentaux dans le cadre du marché

Sous-section 2. A la recherche d'un juste équilibre

76. Dès lors qu'une liberté fondamentale et un droit fondamental entrent en confrontation, comment les concilier ? Lorsque la Cour identifie un conflit entre libre circulation et droits fondamentaux, il s'en faut de beaucoup qu'elle le résolve selon une méthodologie bien établie. Tantôt considérées comme de « simples » exigences impératives d'intérêt général, tantôt élevées au rang de raisons expresses prévues par le Traité, tantôt conçues comme des motifs de dérogation *sui generis* ou comme des barrières à l'application du droit communautaire, les justifications fondées sur la protection des droits de l'homme bousculent les concepts¹⁹⁷.

Une jurisprudence entamée en 2003 et qui continue d'imprégner certaines décisions de la Cour, suggère qu'un équilibre doit être trouvé entre la réalisation du marché intérieur et la protection des droits fondamentaux. Dans l'arrêt *Schmidberger*, le juge communautaire se trouve confronté pour la première fois, comme le fait remarquer l'avocat général, à un conflit direct entre les deux intérêts. Elle estime à cette occasion que la nécessité de protéger un droit fondamental justifie des restrictions au commerce¹⁹⁸. Les droits fondamentaux n'apparaissent alors pas seulement comme des motifs de dérogation aux libertés de circulation, mais également comme des intérêts concurrents – et équivalents – à celles-ci étant « de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le Traité »¹⁹⁹. Dans l'arrêt *Schmidberger*, la Cour laisse donc entendre qu'il ne faut pas traiter les conflits entre libre circulation et droits fondamentaux sur le mode du principe et de l'exception²⁰⁰. Il faut plutôt, pour reprendre les termes de l'Avocat général Trstenjak dans une affaire *Commission c. Allemagne* de 2010 relative au droit de négociation collective, considérer que ces « deux notions juridiques ont un rang égal »²⁰¹. L'Avocat général Trstenjak poursuit en affirmant que « cette égalité de principe signifie, d'une part, que les libertés fondamentales peuvent être restreintes dans l'intérêt des droits fondamentaux. Mais elle implique aussi, d'autre part, que l'exercice des libertés fondamentales

intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts « Schmidberger » et « Omega » », *Revue du droit de l'Union européenne*, 2004, pp. 709-751, spéc. p. 715.

¹⁹⁷ A. BAILLEUX, « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur », *op. cit.*, pp. 217-236, spéc. p. 233 ; A. ALEMANNI, « A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droit fondamental dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts « Schmidberger » et « Omega » », *op. cit.*, pp. 709-751, spéc. p. 736.

¹⁹⁸ C.J.U.E. *Schmidberger*, 12 juin 2003, aff. C-112/00 ; C. VIAL, « Observations. Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *Rev. Trim. Dr. H.*, 2004, pp. 439-459, spéc. p. 439 ; F. RONKES AGERBEEK, « Freedom of expression and free movement in the Brenner corridor : the *Schmidberger* case », *E. L. Rev.*, 2004, pp. 255-266, spéc. p. 262 ; N. STOFFEL VALLOTTON, « Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículo 10 y 11 del CEDH). A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto "Schmidberger/República de Austria" de 12 de junio 2003 », *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, pp. 483-506 et spéc. p. 498 ; A. BIONDI, « Free trade, a Mountain Road and the Right to Protest : European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights », *E.H.R.L.R.*, 2004, pp. 51-61 et spéc. p. 57.

¹⁹⁹ J.-P. MARGUENAUD, J. RAYNARD, « La conciliation de la libre circulation des marchandises et des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (CJCE 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger* », *R.T.D.civ.*, 2003, pp. 773-774 ; N. STOFFEL VALLOTTON, « Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículo 10 y 11 del CEDH). A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto "Schmidberger/República de Austria" de 12 de junio 2003 », *op. cit.*, pp. 483-506 et spéc. p. 499 ; A. BIONDI, « Free trade, a Mountain Road and the Right to Protest : European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights », *op. cit.*, pp. 51-61 et spéc. p. 58.

²⁰⁰ C.J.U.E. *Schmidberger*, 12 juin 2003, aff. C-112/00 ; A. ALEMANNI, « A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droit fondamental dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts « Schmidberger » et « Omega » », *op. cit.*, pp. 709-751, spéc. p. 733.

²⁰¹ Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 14 avril 2010 précédant l'arrêt *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08. Sur l'affaire *Commission c. Allemagne*, voy. *supra* la doctrine référencée à la note n° 16.

peut justifier une restriction des droits fondamentaux »²⁰². La recherche d'un juste équilibre devrait donc, selon l'Avocat général, être l'objectif de la Cour. Celle-ci semble avoir suivi les conclusions de l'Avocat général dans son arrêt sur cette affaire, rendu en grande chambre. Elle y admet la nécessité de vérifier qu'« un juste équilibre a été observé dans la prise en considération des intérêts respectifs en présence »²⁰³. Toutefois, il faut noter que la décision finale de la Cour rejoint *in fine* le résultat des arrêts *Viking* et *Laval*.

Selon l'approche mise en avant ici, il ne s'agit donc pas de faire échapper par définition l'exercice d'un droit fondamental au champ d'application des libertés de circulation. La Cour a toujours rejeté de telles propositions, estimant que l'exercice de ces droits, lesquels ne sont pas des prérogatives absolues, devait au contraire se concilier avec les impératifs de libre circulation²⁰⁴. Il s'agit par contre d'insister sur la nécessité d'opérer une « conciliation » pour laquelle « il convient de mettre en balance les intérêts en présence et de déterminer, eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts ». La protection des droits fondamentaux serait alors une raison impérieuse plus importante que les autres²⁰⁵.

Cette approche, où les effets des mesures du marché intérieur sur les droits sociaux fondamentaux sont pris en compte, permet de dépasser le prisme unilatéral des libertés intérieures adopté dans le célèbre arrêt *Viking*²⁰⁶. En effet, dans cette approche, la question du caractère justifié et proportionné de l'atteinte au droit social fondamental par la liberté de circulation se pose également, tandis que le contrôle de proportionnalité de la restriction à une liberté de circulation tel qu'il est mené par la Cour donne une plus grande marge de manœuvre à l'Etat membre²⁰⁷. On peut toutefois se demander si cette jurisprudence de la Cour ne fait pas illusion en parlant de « conciliation » et de « juste équilibre »²⁰⁸, d'autant, qu'il n'est pas

²⁰² Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK du 14 avril 2010 précédant l'arrêt *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08, §§ 81 et 84 ; A. BAILLEUX, « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur », *op. cit.*, pp. 217-236, spéc. p. 222 ; A. BAILLEUX, « La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ? », in *La flexibilité des sanctions* (sous la dir. D. KAMINSKI), XXIèmes journées juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 519-539, spéc. p. 534 ; N. STOFFEL VALLOTTON, « Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículo 10 y 11 del CEDH). A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto "Schmidberger/República de Austria" de 12 de junio 2003 », *op. cit.*, pp. 483-506 et spéc. p. 501.

²⁰³ C.J.U.E., 15 juillet 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08, § 52. Sur l'affaire *Commission c. Allemagne*, voy. *supra* la doctrine référencée à la note n° **Erreur ! Signet non défini.**

²⁰⁴ A. BAILLEUX, « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur », *op. cit.*, pp. 217-236, spéc. p. 221 ; N. STOFFEL VALLOTTON, « Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículo 10 y 11 del CEDH). A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto "Schmidberger/República de Austria" de 12 de junio 2003 », *op. cit.*, pp. 483-506 et spéc. p. 501.

²⁰⁵ C.J.U.E. *Schmidberger*, 12 juin 2003, aff. C-112/00, § 77 ; J.-P. MARGUENAUD, J. RAYNARD, « La conciliation de la libre circulation des marchandises et des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (CJCE 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger* », *op. cit.*, pp. 773-774 et spéc. p. 774 ; A. BAILLEUX, « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur », *op. cit.*, pp. 217-236, spéc. p. 237 ; A. BIONDI, « Free trade, a Mountain Road and the Right to Protest : European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights », *op. cit.*, pp. 51-61 et spéc. p. 59.

²⁰⁶ P. RODIERE, « Article 28. Droit de négociation et d'actions collectives » in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article* (dir. S. Van Drooghenbroek et F. Picod), *op. cit.*, pp. 624-647, spéc. p. 638 ; A. BAILLEUX, *Les interactions entre libre circulation et droits fondamentaux dans la jurisprudence communautaire : essai sur la figure du juge traducteur*, Bruxelles, FUSL, 2009, p. 431 ; P. SYRPIS, « Reconciling Economic Freedom and Social Rights – the Potential of *Commission v Germany* (Case C-271/08, Judgement of 15 July 2010) », *op. cit.*, p. 227.

²⁰⁷ P. SYRPIS, « Reconciling Economic Freedom and Social Rights – the Potential of *Commission v Germany* (Case C-271/08, Judgement of 15 July 2010) », *op. cit.*, p. 229 ; A. BIONDI, « Free trade, a Mountain Road and the Right to Protest : European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights », *op. cit.*, pp. 51-61 et spéc. p. 59.

²⁰⁸ P. RODIERE, « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », *R.T.D.Eur.*, 2008, pp. 47-66 et spéc. p. 58.

inconcevable que le mécanisme de conciliation à double sens ait « quelques occasions de tourner un peu à vide »²⁰⁹.

En résumé, une certaine jurisprudence de la Cour estime que, sur le plan des principes, les libertés économiques et les droits fondamentaux n'entretiennent pas un rapport hiérarchique à l'avantage des premières. Lorsqu'ils viennent à s'opposer, c'est la recherche d'un juste équilibre et d'une mise en balance qui doit prévaloir. Cette approche peut s'appliquer notamment au droit de négociation collective. Elle n'indique toutefois pas le traitement conféré aux droits fondamentaux dans la pratique. C'est en effet au stade du contrôle de proportionnalité, mené par la Cour, des restrictions réciproques entre les droits fondamentaux et les libertés économiques que l'effectivité de cette approche non hiérarchisée peut être véritablement appréciée.

Sous-section 3. Contrôle de proportionnalité et marge de manœuvre pour les Etats

77. Que ce soit en matière de négociation collective ou relativement à d'autres droits fondamentaux, les juges du Kirchberg examinent généralement les motifs tirés du respect des droits de l'homme avec une grande circonspection²¹⁰. Combattant un usage souvent rhétorique des droits fondamentaux, ils n'hésitent pas à mettre en doute l'existence même d'une atteinte à l'un de ceux-ci²¹¹. Le scepticisme de la Cour ne s'arrête pas là. Les motifs tirés d'une violation des droits fondamentaux qui surmontent ce premier obstacle se heurtent en effet à l'écueil de la proportionnalité²¹². La Cour n'a jamais cessé de rappeler que loin de constituer des prérogatives absolues, les droits fondamentaux « doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société ». Si leur exercice cause des restrictions aux libertés économiques, ces restrictions sont admises pourvu qu'elles « répondent effectivement à des objectifs d'intérêts général poursuivis et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits ainsi garantis »²¹³. La mise en balance des intérêts en présence constitue alors le stade ultime d'un contrôle de proportionnalité étendu, lequel implique non seulement de vérifier l'existence d'un lien de causalité et l'absence de mesures alternatives, mais également de procéder à une conciliation des différents objectifs poursuivis²¹⁴.

²⁰⁹ J.-P. MARGUENAUD et J. RAYNARD, « La conciliation de la libre circulation des marchandises et des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (CJCE 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger* », *op. cit.*, pp. 773-774 et spéc. p. 774.

²¹⁰ A. ALEMANNI, « A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droit fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts « Schmidberger » et « Omega » », *op. cit.*, pp. 709-751, spéc. p. 715.

²¹¹ Comme dans C.J.U.E. 15 juill. 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08, § 49, où il n'y a, selon la Cour, pas d'atteinte à la substance du droit.

²¹² N. STOFFEL VALLOTTON, « Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículo 10 y 11 del CEDH). A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto “Schmidberger/República de Austria” de 12 de junio 2003 », *op. cit.*, pp. 483-506 et spéc. p. 501 ; A. BIONDI, « Free trade, a Mountain Road and the Right to Protest : European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights », *op. cit.*, pp. 51-61 et spéc. p. 58.

²¹³ A. BIONDI, « Free trade, a Mountain Road and the Right to Protest : European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights », *op. cit.*, pp. 51-61 et spéc. p. 59. ; A. BAILLEUX, « Les droits fondamentaux dans le jardin du marché intérieur », *op. cit.*, pp. 217-236, spéc. p. 228 ; C. VIAL, « Observations. Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *op. cit.*, pp. 439-459, spéc. p. 439.

²¹⁴ C. VIAL, « Observations. Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *op. cit.*, pp. 439-459, spéc. p. 454.

78. Malgré tout, la Cour octroie parfois aux Etats une marge d'appréciation singulièrement étendue lorsqu'ils se prévalent du souci de protéger un droit fondamental²¹⁵. Malgré une jurisprudence erratique, il semble ressortir que la marge d'appréciation consiste en une marge de manœuvre laissée aux Etats membres dans la poursuite d'objectifs d'intérêt général entraînant une atteinte *prima facie* à l'une des libertés de circulation²¹⁶. Ainsi, « la marge d'appréciation est utilisée lorsque l'Etat invoque, à l'appui d'une atteinte à l'une des libertés de circulation, le nécessaire respect d'un droit, d'un principe ou d'un objectif réputé d'égale valeur » auxdites libertés. Face à ces 'dilemmes constitutionnels', la marge d'appréciation permet au juge européen de 'botter en touche' et de laisser à l'autorité nationale le soin de procéder au délicat arbitrage, sous réserve d'un contrôle marginal de proportionnalité »²¹⁷. Le rendant marginal, la Cour tend donc à limiter les effets négatifs que pourrait avoir un contrôle de proportionnalité trop strict²¹⁸. C'est le juge national qui serait alors le mieux placé pour examiner le conflit entre la liberté économique et le droit fondamental²¹⁹. Il vérifiera que le « juste équilibre » est atteint. Sans porter d'atteinte déraisonnable à la liberté économique, il écartera le droit du marché intérieur si celui-ci est inconciliable avec la réalisation de l'objectif social²²⁰.

79. Vu les développements antérieurs, il paraît difficile de mettre en cause la légitimité de l'action de l'Etat lorsqu'il prend des mesures afin de promouvoir la liberté de négociation collective. Nous avons en effet mis en avant les consécutions multiples de cette liberté en droit européen et international, de même que l'autonomie qu'elle recouvre et l'obligation positive de l'Etat de participer à sa réalisation²²¹. En outre, en regardant le problème du point de vue du droit social fondamental plutôt que depuis celui des libertés de circulation, les limites au droit de négociation collective doivent elles aussi respecter les principes de finalité et de proportionnalité²²². Reste à explorer, au regard de la pratique nationale, en quoi pourrait consister le « juste équilibre » entre le droit social fondamental et les exigences de transparence dérivées du droit du marché intérieur.

Section 2. Dans la pratique, six remarques pour trouver une voie conciliatoire

80. La voie conciliatoire rendue possible par la jurisprudence de la Cour et consistant à chercher un « juste équilibre » entre libertés économiques et droits fondamentaux, si on la prend

²¹⁵ F. RONKES AGERBEEK, « Freedom of expression and free movement in the Brenner corridor : the *Schmidberger* case », *op. cit.*, spéc. p. 263 ; N. STOFFEL VALLOTTON, « Los ecologistas, el tránsito de mercancías y la protección de derechos fundamentales (artículo 10 y 11 del CEDH). A propósito de la sentencia del TJCE en el asunto "Schmidberger/República de Austria" de 12 de junio 2003 », *op. cit.*, pp. 483-506 et spéc. p. 502 ; C. VIAL, « Observations. Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *op. cit.*, pp. 439-459, spéc. p. 454.

²¹⁶ A. BAILLEUX, « La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ? », *op. cit.*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 519-539, spéc. p. 525.

²¹⁷ *Ibid.* p. 527 ; F. RONKES AGERBEEK, « Freedom of expression and free movement in the Brenner corridor : the *Schmidberger* case », *op. cit.*, pp. 255-266, spéc. p. 257 ; A. ALEMANNI, « A la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droit fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts « Schmidberger » et « Omega » », *op. cit.*, pp. 709-751, spéc. p. 743.

²¹⁸ C. VIAL, « Observations. Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *op. cit.*, 2004, pp. 439-459, spéc. p. 455.

²¹⁹ A. BIONDI, « Free trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights », *op. cit.*, pp. 51-61 et spéc. p. 61.

²²⁰ *Ibid.*, p. 60 ; C. VIAL, « Observations. Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *op. cit.*, pp. 439-459, spéc. p. 456 ; C.J.U.E., 15 juill. 2010, *Commission c. Allemagne*, aff. C-271/08, §§ 52 et 67.

²²¹ Voy. *supra* n° 72 et s..

²²² Voy. *supra* n° 76 et s.

au sérieux, suppose donc de ne pas rejeter les principes de transparence et de non-discrimination tels qu'identifiés par la Cour en bloc au motif qu'ils constitueraient des restrictions potentielles au droit de négociation collective. Au contraire, la marge de manœuvre dont disposent les autorités nationales autorise à « donner aux autorités nationales – censées mieux placées que le juge européen pour protéger leur identité constitutionnelle – une marge de manœuvre accrue pour juger du caractère nécessaire et proportionné » de la restriction²²³.

Dans cette mesure, le contenu de l'obligation de transparence doit être appliqué tant qu'il ne cause pas une atteinte inacceptable à l'exercice du droit de négociation collective et à l'autonomie des interlocuteurs sociaux qu'il emporte. En suivant l'exposé que nous avons déjà réalisé du contenu de l'obligation de transparence, on formulera six remarques, accompagnées de propositions, à cet égard.

Sous-section 1. Le mode et les moments de la communication

81. La première remarque porte sur le degré de publicité à respecter lors de l'attribution du droit exclusif de gérer un régime de pension sectoriel. Le degré de publicité exigé par le droit européen peut être facilement atteint par une publicité préalable de l'intention de négocier un plan d'assurance collectif, laquelle publicité préalable ne semble pas susceptible de perturber le processus de négociation collective (pas plus qu'une publicité *ex post*). Par exemple, lors de la mise en place du régime sectoriel du secteur du commerce international, du transport et des activités connexes et de celui du secteur de la chimie, une publicité préalable à la sélection et au contact des opérateurs économiques de référence par le bureau de conseil n'aurait certainement pas changé les rapports entre partenaires sociaux, ni leurs objectifs respectifs²²⁴.

Comme déjà mentionné plus haut, suite à l'arrêt *UNIS et Beaudout* une forme de publicité préalable est désormais organisée par le Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale sur son site internet²²⁵. Ce procédé gagnerait peut-être à être systématisé, prenant la forme d'une communication sur un site web plus visible et accessible par tout opérateur économique susceptible d'être intéressé par le marché ou le droit que l'on prévoit d'octroyer. Certes, le site web de l'union professionnelle des entreprises d'assurances, qui représente la quasi-totalité des compagnies d'assurances belges et étrangères opérant sur le marché belge, renvoie également vers le site du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation²²⁶. Mais cette communication, que ce soit vis-à-vis des opérateurs belges ou des opérateurs actifs en Belgique, a un caractère national. Or, dans l'arrêt en grande chambre *Coname*, la Cour met en avant que l'autorité adjudicatrice doit veiller à ce que les entreprises situées dans d'autres Etats membres aient accès à une information appropriée « *de nature à permettre qu'une entreprise située sur le territoire d'un Etat membre autre que celui [de l'autorité adjudicatrice] puisse avoir accès aux informations adéquates relatives [au droit à octroyer] avant que [celui-ci] soit attribué de sorte que, si cette entreprise l'avait souhaité, elle aurait été en mesure de manifester son intérêt pour obtenir [ce droit]* »²²⁷. En bref, le degré de publicité adéquat « *doit être déterminé par référence au marché potentiel pour ce contrat* »²²⁸. Marché potentiel qui,

²²³ A. BAILLEUX, « La marge d'appréciation dans le contentieux des libertés de circulation. Quelle flexibilité au-delà du slogan ? », *op. cit.*, p. 519-539.

²²⁴ Voy. *supra* n° 64 et n° 67.

²²⁵ Voy. *supra* n° 29.

²²⁶ Voy. la rubrique « Contexte juridique » sur le site internet de l'union professionnelle : <https://www.assuralia.be/fr/infos-secteur/contexte-juridique>

²²⁷ A. BROWN, « EU Primary Law Requirements in Practice : Advertising, Procedures and Remedies for Public Contracts Outside the Procurement Directives », *op. cit.*, p. 171 ; C.J.U.E, 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, §§ 21 et 28.

²²⁸ § 83 des conclusions de l'avocat général Sharpston du 18 janvier 2007, rendues dans l'affaire Commission/Finlande (arrêt du 26 avril 2007, aff. C-195/04).

nous l'avons expliqué relativement à l'intérêt transfrontalier, dépasse les frontières nationales²²⁹.

82. Comme nous l'avons déjà indiqué, les partenaires sociaux ne doivent toutefois pas nécessairement prendre en compte les manifestations d'intérêt de tous les opérateurs économiques qui réagissent à la publication de leur intention d'établir un régime de pension. Selon la communication de la Commission mentionnée plus haut, une entité adjudicatrice « peut [en effet] limiter le nombre de candidats invités à soumettre une offre. Dans ce cas, elle fournit toutes les précisions nécessaires concernant les mécanismes de sélection des candidats » qui seront autorisés à présenter une offre détaillée après une première manifestation d'intérêt²³⁰.

Sous-section 2. L'objet de la communication

83. Nous avons déjà indiqué qu'une communication de l'intention des partenaires sociaux devrait à tout le moins contenir des informations sur le nombre (projeté) de personnes couvertes par le régime, sur la nature des prestations de retraite (à contributions ou à prestations définies, ou selon des modalités intermédiaires) envisagées et sur la durée nécessairement limitée de l'engagement²³¹.

Aucune de ces obligations ne semble interférer déraisonnablement avec l'exercice du droit de négociation collective. Il s'agit en effet de la diffusion d'une information descriptive, laquelle ne perturbe pas le déroulement de la négociation collective.

84. Toutefois, une remarque peut être formulée au sujet de l'interdiction de développer une relation avec l'opérateur économique sans limite temporelle. La mise en place d'un plan de pension est un projet au long cours. On peut parler de projet de long terme ou même à terme indéfini²³². Dans ce sens, l'article 10, § 1^{er}, 3^o de la loi relative aux pensions complémentaires prévoit que la convention collective de travail sectorielle par laquelle un régime de pension sectoriel est instauré est de durée indéterminée et prévoit des obstacles à son abrogation²³³. La relation contractuelle avec l'opérateur économique a également vocation à s'inscrire dans ce temps long. Une relation commerciale harmonieuse se noue parfois, permettant d'adapter, jour après jour, le plan sectoriel aux besoins des travailleurs²³⁴. Toutefois, les obligations de transparence et de non-discrimination imposent de réévaluer fréquemment le partenariat, voire de le remettre en cause *via* un nouvel appel au marché. En effet, il a été jugé par la Cour que l'octroi d'un droit exclusif pour un terme illimité ou pour une durée particulièrement longue peut constituer une restriction disproportionnée à la libre prestation des services²³⁵. De manière idéale, le processus d'évaluation à intervalles réguliers et de remise en concurrence sera décrit dès l'attribution du droit exclusif. Les ressorts de la négociation collective prennent alors la forme d'une évaluation périodique assortie de la capacité, après avoir interrogé le marché, de renégocier le plan ou de le rompre²³⁶. Notre deuxième remarque est donc qu'un processus

²²⁹ Voy. *supra* n° 36-37.

²³⁰ Communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics », COM 2006/C 179/02.

²³¹ Voy. *supra* n° 21.

²³² F. VLASSEMBROECK, L. SOMMERIJNS, « Problemen en vragen in het kader van overheidsopdrachten inzake aanvullende pensioenen », *op. cit.*, pp. 457-845, spéc. p. 483.

²³³ L. du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale.

²³⁴ Entretien avec Jean-Michel Kupper, directeur de la branche Employee Benefits / Health Care d'AG Insurance, ayant eu lieu le 19 sept. 2017.

²³⁵ Voy. *supra* n° 22.

²³⁶ F. VLASSEMBROECK, L. SOMMERIJNS, « Problemen en vragen in het kader van overheidsopdrachten inzake aanvullende pensioenen », *op. cit.*, pp. 457-845, spéc. p. 484.

d'évaluation régulier et de remise en concurrence le cas échéant doit exister si le droit exclusif est attribué sans limite temporelle.

Sous-section 3. Forme de la communication

85. Relativement à la forme que doit prendre la communication, l'obligation de transparence ne peut être interprétée de manière rigide. L'obligation de transparence (ou plus précisément le principe de non-discrimination en raison de la nationalité dont elle découle) n'impose en effet pas de suivre une forme particulière de communication ; en particulier, il n'est pas exigé, pour respecter cette obligation, de procéder à un appel d'offres selon les formes prévues par le droit dérivé de l'Union européenne²³⁷. C'est l'objet de notre troisième remarque : on ne peut déduire du droit européen un quelconque formalisme à respecter par les partenaires sociaux pour leur communication. Selon l'avocat-général Stix-Hackl, « ce serait d'ailleurs lire les principes de transparence et de non-discrimination au-delà de ce que la Cour en entend. Aucun formulaire spécifique, aucune communication structurée n'est requise. Cela irait à l'encontre du caractère adéquat de la publicité, déterminé selon la Cour par l'autorité adjudicatrice. En effet, le droit primaire n'oblige en rien à fournir les indications que les modèles d'avis de marché prévus dans les directives relatives aux marchés publics prescrivent »²³⁸.

Sous-section 4. Le contenu de la communication

86. Si tous les opérateurs ne doivent pas être invités à négocier, tous doivent par contre connaître les critères qui conduisent à la table des négociations. Ces derniers doivent donc être contenus dans la publication.

Une quatrième remarque vise à relever que le respect de l'autonomie de la négociation collective ne permet certainement pas en tant que telle aux partenaires sociaux de fixer des critères discriminatoires pour la sélection d'un opérateur. Cela signifierait qu'il existe par principe des zones franches, de non-droit, exemptes du droit européen, ce qui n'est pas le cas. Cette exigence de l'emploi de critères non-discriminatoires ne nous semble pas contradictoire avec le droit de négociation collective. A ce titre, les exemples tirés de la pratique présentés plus haut montrent la variété des critères utilisés par les partenaires sociaux, et ce dans le respect du droit européen. Les interlocuteurs sociaux du secteur du commerce international, du transport et des activités connexes ont retenu des critères qualitatifs et quantitatifs. Sur le plan quantitatif, outre le rendement, sa volatilité et les frais de gestion, les critères ont porté sur les garanties d'intérêt relatives aux réserves constituées et aux primes futures. Des critères quantitatifs ont aussi porté sur la part des primes consacrées à des obligations de solidarité²³⁹. Sur le plan qualitatif, ce sont les exigences de transparence, de flexibilité, d'expérience dans le domaine des pensions sectorielles qui ont été mis en avant, de même qu'une attention aux coûts indirects et de sortie, aux modes de communication et à l'automatisation des processus.

Parmi cette multiplicité de critères possibles, les interlocuteurs sociaux pourront puiser leur préférence et y joindre des critères originaux. Il reviendra à l'administration de vérifier, à l'occasion du contrôle de légalité accompagnant l'extension de la force obligatoire, si les critères originaux rencontrent l'exigence européenne de non-discrimination et s'ils ont été correctement mis en œuvre. Elle y pourvoira tant pour éviter de donner une caution publique,

²³⁷ Voy. *supra* n° 0.

²³⁸ Conclusions de l'avocat général Stix-Hackl du 14 septembre 2006 dans l'affaire Commission/Irlande (arrêt du 18 décembre 2007, aff. C-532/03, §§ 70 et 82) ; C.J.U.E., 21 juil. 2005, *Coname*, aff. C-231/03, para 69 et s.

²³⁹ Sur les obligations de solidarité, voy. *supra* n° 55.

via l'extension de la force obligatoire, à des procédés discriminatoires qu'en raison de l'effet direct horizontal des articles 49 et 56 du TFUE²⁴⁰.

Une autre question est celle de la nature des critères qui peuvent être utilisés par les partenaires sociaux. Sur ce point, une intervention du droit européen serait source de tensions plus importantes avec le droit de négociation collective. Le récit de l'adoption du plan dans le secteur de l'industrie chimique montre en effet combien la mise en place d'un régime sectoriel peut receler d'enjeux larges²⁴¹. Ainsi, selon nous, la limitation des critères valides à des critères liés à l'objet du marché, comme en droit de la commande publique²⁴², restreindrait assurément l'autonomie des partenaires sociaux. Par ailleurs, nous avons également argumenté plus haut que l'exigence d'un contrôle de l'impartialité de la procédure suivie par les partenaires sociaux ne nécessite pas que les critères de sélection de l'opérateur appliqué par les partenaires sociaux soient fixés par quelqu'un d'autre qu'eux-mêmes²⁴³.

87. Au sujet des critères, il faut insister également, et c'est l'objet de la cinquième remarque, sur l'absence d'exigence de publicité, en droit européen, de la pondération des critères²⁴⁴ : l'obligation de rendre publics les critères de sélection n'est pas accompagnée par l'obligation d'indiquer leur pondération relative. Ce point est d'importance pour le respect de l'autonomie des parties à la négociation collective²⁴⁵. La pratique a illustré, comme dans le secteur du commerce international, du transport et des activités connexes, que la modification de la pondération, en cours de négociation, peut être nécessaire pour atteindre un consensus²⁴⁶. La négociation collective est en effet un mode de gouvernement dont la mission complexe est de rapprocher des points de vue divergents et de rendre compatibles des intérêts antagonistes²⁴⁷. Cette dynamique requiert la capacité de modifier les règles du jeu en cours de route, afin de satisfaire *in fine* aux exigences de toutes les parties. Tant l'absence d'obligation de publicité initiale d'une pondération que la possibilité pour les partenaires sociaux de modifier celle-ci au dernier moment encore sont donc des éléments de première importance en considération de l'autonomie de la négociation collective prévue par les textes internationaux. La jurisprudence actuelle de la Cour de justice permet sur ce point une conciliation harmonieuse de l'obligation de transparence et du droit de négociation collective.

88. Comme nous l'expliquons, les critères ne sont pas les seuls à devoir figurer dans la communication. L'obligation de transparence exige en effet également qu'une procédure soit prévue par les partenaires sociaux, qui ouvre l'attribution du marché ou du droit exclusif à la concurrence, et que le déroulement et les caractéristiques essentielles de cette procédure soit annoncé *a priori* aux opérateurs économiques²⁴⁸. L'absence de formalisme, déjà mis en avant à propos du mode de communication à employer, s'exprime ici aussi par l'absence d'exigence en droit européen que la procédure respecte un canevas unique. Seule la prévisibilité compte. Si les procédures sont différentes dans chaque secteur, mais que cette prévisibilité est

²⁴⁰ P. RODIERE, « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation collective », *op. cit.*, pp. 47-66, spéc. p. 59.

²⁴¹ Voy. *supra* n° 67.

²⁴² Le droit dérivé européen a toutefois connu des évolutions récentes sur cette question, avec l'adoption de nouvelles directives en 2014. Sur cette question, voy. notamment C. BARNARD, « To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement », *Industrial Law Journal*, 2017, vol. 46, n° 2, pp. 208-244.

²⁴³ Voy. *supra* n° 0-29.

²⁴⁴ Voy. *supra* n° 21.

²⁴⁵ Voy. *supra* n° 72.

²⁴⁶ Voy. *supra* n° 64.

²⁴⁷ P. REMAN, G. LIENARD, « La place de la concertation sociale dans une démocratie approfondie », in E. ARCQ, M. CAPRON, E. LEONARD, P. REMAN (dir.), *Dynamiques de la concertation sociale*, Bruxelles, CRISP, 2010, pp. 559-575, spéc. p. 560.

²⁴⁸ Voy. *supra* n° 21.

suffisamment rencontrée grâce à la publicité qui est faite de chacune de ces procédures, le droit européen n'y trouvera rien à redire.

Force est toutefois de constater que, ni le site internet du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale, ni les deux cas pratiques décrits plus haut ne font état d'une procédure publique. Notre sixième et dernière remarque suggère donc de mettre en place une meilleure publicité des procédures de sélection. À la lumière de la pratique, il semble opportun de suivre des procédures en deux temps. Après la publication de l'intention de désigner un opérateur pour la gestion du régime sectoriel, une première phase consisterait en la sélection d'un nombre limité d'opérateurs par un cabinet restreint émanant des membres de la commission paritaire ou du fonds de sécurité d'existence. Elle serait suivie d'une phase au cours de laquelle un dialogue entre les opérateurs retenus et les interlocuteurs sociaux a lieu, le passage de la première à la seconde phase s'opérant sur la base des critères publiés et à une date prédéfinie. Il s'agirait également de ne pas omettre la mention de l'organe décisionnel souverain en matière d'attribution, souvent les membres de la commission ou du fonds précité.

Conclusions générales

89. Dans un arrêt *UNIS et Beaudout* de décembre 2015, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé qu'une obligation de transparence doit être respectée par les partenaires sociaux lorsqu'ils confient, par un accord collectif rendu obligatoire, la gestion d'un régime complémentaire de sécurité sociale pour travailleurs salariés à un opérateur économique unique. Inspirée du droit des marchés publics, l'obligation de transparence poursuit deux objectifs. D'une part, elle vise à rendre possible la concurrence en assurant que l'intention de désigner un opérateur économique pour la gestion d'un régime complémentaire de sécurité sociale fait l'objet d'une certaine publicité. D'autre part, elle doit permettre le contrôle de l'impartialité de la procédure par laquelle un opérateur a été désigné pour la gestion dudit régime. Dans notre étude, nous avons examiné les implications de cette jurisprudence pour le cas particulier de la constitution d'un régime de pension sectoriel par les partenaires sociaux, mais plusieurs de nos développements peuvent s'appliquer également à d'autres dispositifs par lesquels les partenaires sociaux confient, dans un accord collectif rendu obligatoire, l'exécution d'une mission à un prestataire unique. Nous avons organisé nos développements en deux parties.

90. Dans une première partie, nous nous sommes penchés sur l'histoire, les débiteurs et le contenu de l'obligation de transparence, ainsi que sur les situations dans lesquelles elle n'est pas applicable.

L'histoire de l'obligation a mis en lumière que celle-ci s'ancre dans le droit européen de la commande publique. D'abord affirmée comme un principe devant guider l'interprétation des directives relatives aux marchés publics, l'obligation de transparence a ensuite été déclarée applicable aux commandes publiques ne relevant pas du champ de ces directives, pour être enfin étendue, au-delà du domaine de la commande publique, aux cas d'octroi d'un droit exclusif à un opérateur économique en général, peu importe les raisons de cet octroi. L'arrêt *UNIS et Beaudout* appartient à ce dernier cas de figure.

Dans cet arrêt, la Cour semble avoir soutenu, sur avis conforme de l'avocat général, que l'obligation de transparence ne pèse, en droit, que sur l'autorité étatique qui étend la force obligatoire d'un accord collectif. Toutefois, nous sommes d'avis que, dans les faits, la mise en œuvre de cette obligation de transparence repose principalement sur les partenaires sociaux.

La jurisprudence antérieure de la Cour ainsi qu'une communication de la Commission européenne ont permis de compléter les rares informations relatives aux implications concrètes de l'obligation de transparence que contient l'arrêt *UNIS et Beaudout*. A notre sens, il faut

distinguer les implications qui concernent le stade de la négociation collective entre partenaires sociaux et celles qui concernent le stade de l'extension de la force obligatoire de l'accord collectif. A propos de ces dernières, nous avons estimé, entre autres obligations concrètes dérivant de l'obligation générale de transparence, que l'autorité compétente peut se limiter à contrôler le respect par les partenaires sociaux des critères qu'ils ont eux-mêmes fixés pour la désignation de l'opérateur économique ; l'obligation de transparence n'exige pas qu'elle puisse substituer ses propres critères à ceux-ci.

91. Après avoir détaillé le contenu de l'obligation de transparence, nous avons présenté les situations dans lesquelles l'obligation de transparence ne trouve pas à s'appliquer. Elles sont au nombre de trois : l'absence d'un intérêt transfrontalier certain du marché considéré, l'application d'une exception dite de quasi-régie et l'application d'une exception liée à la gestion d'un service d'intérêt économique général. A propos de la première de ces situations, nous avons noté qu'il est très probable que l'existence d'un intérêt transfrontalier certain soit reconnu lors de la constitution d'un régime de pension sectoriel, et par conséquent que l'obligation de transparence trouve en principe à s'appliquer. L'examen des deux autres exceptions potentielles à l'obligation de transparence nous a par contre menés à d'autres conclusions. De surcroît, il a mis en lumière une certaine convergence. En effet, tant dans le cas de l'examen de l'exception de quasi-régie que dans celui de l'attribution d'un droit exclusif aux entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, la sélection d'un O.F.P. (par préférence à une entreprise d'assurance) semble plus à même de donner lieu à la non-application de l'obligation de transparence. Cette affirmation souffre de peu d'hésitations au regard de l'exception « quasi in house ». En effet, les membres de la commission paritaires, par leur présence au sein du conseil d'administration de l'O.F.P., exercent une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de l'O.F.P. Dans ce cas de figure par contre, il est possible que l'obligation de transparence repose *in fine* sur l'O.F.P., à l'étape de la sélection de ses propres prestataires. Pour ce qui concerne l'exception liée à la gestion d'un service d'intérêt économique général, l'obligation de transparence ne s'applique pas si le seuil de solidarité exigé par le juge européen, qui n'est pas identique au seuil de solidarité exigé en droit belge pour qualifier un régime de pension de « sociale », est rencontré dans le régime de pension concerné. Il ne nous semble pas tout à fait exclu que cette exception soit également disponible en cas de sélection d'une entreprise d'assurance. Mais celle-ci devrait en outre faire la preuve de son désintéressement financier, qui paraît improbable en pratique.

92. Dans la seconde partie de notre étude, nous avons proposé une manière de concilier les exigences de l'obligation de transparence avec celles du droit de négociation collective, consacré par plusieurs instruments européens et internationaux, pour les situations où aucune des trois exceptions à l'obligation ne trouverait à s'appliquer. Afin de donner un tour plus concret à ces considérations, nous avons commencé par présenter deux exemples tirés de la pratique du déroulé d'une négociation collective visant à l'instauration d'un régime de pension sectoriel et à la désignation du gestionnaire de ce régime.

L'exposé des négociations ayant mené à l'adoption d'un régime de pension dans deux secteurs, celui du commerce international, du transport et des activités connexes et celui de l'industrie chimique, a montré la complexité de ce type de négociation : une multiplicité d'acteurs, tant du côté de l'adjudicateur que des adjudicataires, des liens avec les pensions légales et les autres domaines de la négociation sectorielle. Les critères de sélection possibles sont variés et leurs liens à l'exécution du régime de pension sont plus ou moins étroits. Ainsi, dans le secteur de la chimie, les critères de sélection ont aussi traduit des enjeux macro-économiques, politiques. Une certaine souplesse dans la gestion de ces critères paraît faciliter l'entreprise, comme en témoigne le récit de l'adoption du régime de pension du secteur du commerce international, du

transport et des activités connexes : une modification de la pondération des critères a été nécessaire pour sortir du blocage des négociations entre partenaires sociaux.

Au-delà de son importance pratique, nous avons rappelé que la liberté de négociation collective est reconnue par de nombreux instruments internationaux. En vertu de ces instruments, le droit de négociation collective requiert non-seulement qu'une large autonomie soit accordée aux partenaires sociaux pour mener leurs négociations, mais aussi que les autorités publiques promeuvent celles-ci. Toutefois, l'encadrement normatif imposé par l'obligation de transparence poursuit d'autres finalités, à savoir la mise en concurrence et la suppression des obstacles à la liberté économique. Ce faisant, l'autorité, sur qui repose la responsabilité au regard du droit européen de faire respecter l'obligation de transparence, prend le risque de créer des entraves aux droits sociaux fondamentaux, en lieu et place de jouer le rôle d'adjuvant à leur réalisation.

Pour penser une conciliation possible entre l'obligation de transparence et le droit de négociation collective, nous avons commencé par pointer que sur le plan de principes, la Cour de justice ne hiérarchise pas les libertés économiques et les droits fondamentaux entre eux. En outre, dans une certaine jurisprudence, la Cour affirme que lorsqu'ils viennent à s'opposer, c'est la recherche d'un juste équilibre et d'une mise en balance des uns par les autres et inversement qui doit prévaloir. Selon cette jurisprudence, un conflit entre le droit social fondamental et le droit du marché intérieur peut être appréhendé du point de vue du premier, ce qui signifie que les limites qui lui sont apportées doivent elles aussi respecter les principes de finalité et de proportionnalité.

Dans cette approche, la notion de conciliation est utilisée comme l'étape ultime du raisonnement habituel basé sur la proportionnalité des restrictions apportées à une liberté fondamentale ; elle permet à la Cour de renvoyer l'arbitrage entre les deux intérêts conflictuels aux autorités nationales. Ces dernières pourront, sous le regard du juge européen, déterminer le « juste équilibre » entre le droit fondamental et la liberté économique.

La recherche de ce « juste équilibre » entre les droits sociaux fondamentaux et le droit du marché intérieur dans le cadre belge nous a amenés à formuler une série de remarques. Elles ont trait à des éléments de procédure. L'exigence d'une publication *ex ante* de l'intention de sélectionner un opérateur unique pour la gestion d'un régime de pension sectoriel ne nous semble pas compromettre l'autonomie des partenaires sociaux. Par ailleurs, la publication *ex ante* doit mentionner les critères de sélection et décrire la procédure d'attribution. Les mêmes exigences s'appliquent à la réévaluation périodique du droit exclusif conféré pour un terme indéfini. Dans la mesure où le choix des critères appartient aux partenaires sociaux et que seuls les éléments essentiels de la procédure doivent être rendus publics, l'essence du droit de négociation collective semble préservée. L'atteinte au droit serait selon nous disproportionnée en cas de obligation de négocier une relation à durée limitée, d'imposition de formes précises, telles des formulaires, pour assurer la publicité, ou encore d'obligation de faire connaître et de respecter une pondération préétablie des critères fixés par les partenaires sociaux pour la sélection du gestionnaire du régime de pension.

93. La conciliation de l'obligation de transparence et du droit de négociation collective paraît donc pouvoir être réalisée au prix d'aménagements réciproques, d'ampleur somme toute raisonnable. Malgré tout, la question risque de se poser, incessante, d'une atteinte à la substance du droit de négociation collective, tant les équilibres en cette matière sont précaires. Par ailleurs, à mesure que des contraintes nouvelles viennent encadrer la négociation collective, des logiques s'installent, qui pourraient finir par modifier plus profondément les rapports entre les partenaires sociaux eux-mêmes, et entre les partenaires sociaux et les tiers auxquels ils font appel pour la poursuite de leurs objectifs. Quoique le risque nous paraisse réduit, en l'état actuel

des choses, pour ce qui regarde la mise en œuvre de l'obligation de transparence, on relèvera avec Alain Supiot que « *les mécanismes juridiques propres à la démocratie, qu'il s'agisse de liberté électorale ou de liberté syndicale, permettent de métaboliser les ressources de la violence politique ou sociale et de convertir les rapports de force en rapports de droit* »²⁴⁹ ; tous ont donc certainement intérêt à éviter que cette nouvelle incursion européenne dans le droit de négociation collective ne soit le grain de sable qui, ajouté aux autres, finit par enrayer la machine.

²⁴⁹ A. SUPIOT, « L'Europe gagnée par l'économie communisme du marché », *Revue du MAUSS permanente*, 30 janvier 2008.