CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. NIAL FENNELLY

présentées le 11 mai 2000 *

1. La demande préjudicielle que nous examinons porte sur la question de savoir si des conventions collectives de travail relatives aux contributions versées par les employeurs à une assurance libre complémentaire en matière de soins de santé au bénéfice de leurs travailleurs salariés relèvent du champ d'application des règles communautaires de concurrence. Dans ses arrêts Albany, Brentjens' et Drijvende Bokken [1], la Cour a estimé qu'il était constant que l'article 85 du traité CE (devenu article 81 CE) ne s'applique pas à des conventions collectives de travail, à tout le moins lorsque celles-ci poursuivent des objectifs authentiquement sociaux.

I — Le contexte juridique et factuel

2. M. van der Woude est employé en qualité de chef du service technique de la fondation Stichting Beatrixoord, laquelle exploite une institution de soins. M. van der Woude n'est membre d'aucun syndicat. Toutefois, son contrat de travail est régi entre autres par la Collectieve arbeidsovereenkomst voor het Ziekenhuiswezen [2] (convention collective de travail du secteur hospitalier, ci-après la «convention collective de travail»).

3. La loi du 24 décembre 1927, relative aux conventions collectives de travail [3] (ci-après la «loi relative aux conventions collectives de travail»), dans sa version modifiée, prévoit la possibilité, pour les représentants des travailleurs et des employeurs, de régler collectivement les conditions de travail. L'article 14 de la loi relative aux conventions collectives de travail prévoit que l'employeur lié par une telle convention est obligé de respecter les dispositions de celle-ci même en ce qui concerne les travailleurs qui, eux-mêmes, ne sont pas liés par la convention collective de travail.

* Langue originale: l'anglais.

1 — Voir les arrêts du 21 septembre 1999, Albany (C-67/96, Rec. p. I-5751); Brentjens' (C-115/97 à C-117/97, Rec. p. I-6025), et Maatschappij Drijvende Bokken/Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (C-219/97, Rec. p. I-6121). Pour des raisons de facilité, nous ferons référence globalement à ces arrêts sous la dénomination les «arrêts Albany».

2 — Bien que la juridiction nationale se réfère à la convention concernée en l'espèce en mentionnant simplement la convention collective de travail, il semblerait, au vu des observations écrites de la Commission, que cette convention soit plus précisément communément appelée CCT-H. Pour éviter toute confusion, nous emploierons cependant la terminologie utilisée par la juridiction nationale. La convention collective de travail est demeurée en vigueur jusqu'au 31 mars 1998.

3 — *Staatsblad* 415.

4. L'article 32 de la convention collective de travail stipule:

« Régime IZZ des frais de maladie

1. Le travailleur... peut être affilié au régime (ou aux régimes) IZZ couvrant les soins de santé.

Le règlement relatif aux frais de maladie de la fondation IZZ (ci-après le 'règlement') détermine les conditions d'affiliation du travailleur et de son coaffilié éventuel (ou de ses coaffiliés éventuels).

Le règlement règle la détermination de la cotisation. Après concertation avec les parties à la présente convention collective de travail, le règlement relatif aux soins de santé est établi et modifié par le conseil d'administration de la fondation mentionnée au paragraphe 2.

Le montant de la contribution éventuelle (ou des contributions éventuelles) de l'employeur à la cotisation au régime de maladie concerné (ou aux régimes de maladie concernés) est fixé par les parties à la présente convention collective de travail...

2. Les dispositions du paragraphe 1 sont mises en œuvre par l'Instituut Ziektekostenvoorziening Ziekenhuiswezen (IZZ — organisme d'assurance maladie du secteur hospitalier). Les parties à la présente convention collective de travail sont représentées au conseil d'administration de cette fondation.

La fondation peut faire exécuter ses tâches, totalement ou partiellement, par un ou plusieurs assureurs contre la maladie ne poursuivant pas de but lucratif.

3. La fondation IZZ détermine, après concertation avec les parties à la présente convention collective de travail, le montant total par affilié de la cotisation due au titre de l'affiliation du travailleur (de l'ancien travailleur) au régime IZZ de frais de maladie. Ce montant est versé par l'employeur à la caisse de maladie gérée par ladite fondation, sauf si le règlement en dispose autrement. »

5. Effectivement, les articles 1er, paragraphe 4, et 10, paragraphe 1, du règlement n'obligent les employeurs à verser des cotisations qu'au regard des travailleurs (ou des anciens travailleurs) affiliés au régime IZZ.

6. L'article II, sous G, de la convention collective de travail, qui en détermine la portée, précise:

«Sauf s'il en est disposé autrement, l'employeur n'est pas autorisé à déroger aux dispositions de la présente convention collective de travail ou à convenir avec le travailleur de conditions non prévues par la présente convention collective de travail.»

7. L'article 32, paragraphe 1, de la convention collective de travail oblige Beatrixoord, si l'un de ses travailleurs choisit de souscrire une police d'assurance soins de santé complémentaire avec le régime IZZ des frais de maladie, de verser 50 % de la prime due.

8. Aux Pays-Bas, les dispositions de conventions collectives de travail ayant un caractère contraignant peuvent être rendues obligatoires à l'ensemble du secteur ou sur une partie du territoire par le ministre des Affaires sociales, agissant conformément à la loi du 25 mai 1937 sur la déclaration du caractère obligatoire ou non obligatoire général des dispositions de conventions collectives de travail[4]. Bien que l'ordonnance de renvoi ne mentionne pas que la convention collective de travail ait fait l'objet d'une telle déclaration de caractère obligatoire, il s'avère que, néanmoins, la convention collective de travail revêt un caractère obligatoire: en effet, ladite ordonnance mentionne que «Beatrixoord est dès lors en principe liée par le régime de frais de maladie inscrit à l'article 32 de la convention collective de travail».

9. L'IZZ ne fournit pas lui-même l'assurance. Il a sous-traité ce service à l'Onderlinge Waarboorgmaatschappij VGZ (ci-après la «VGZ»), une société mutuelle d'assurances. Comme nous l'avons mentionné précédemment, la convention collective de travail autorise l'IZZ à recourir à une organisation sans but lucratif du domaine des frais de maladie. Au total, ce sont environ 750 000 personnes (260 000 travailleurs et leurs familles) qui sont assurées, dont on estime que 40 % sont assurées à titre privé.

10. Aux Pays-Bas, l'Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (la loi générale sur les frais exceptionnels de maladie — ci-après l'«AWBZ»), qui s'applique à tous les résidents, assure la gratuité des soins de santé de base. La Ziekenfondswet (loi sur les caisses de maladie) procure un droit aux services de soins de santé dans la mesure où ceux-ci ne sont pas couverts par l'AWBZ. Il semble qu'il s'agisse d'un régime obligatoire d'assurance soins de santé s'appliquant aux travailleurs gagnant moins de 62 200 NLG par an[5]. De manière générale, la cotisation de l'employeur était fixée à 50 %.

4 — *Staatsblad* 801.

5 — À l'époque concernée par le litige, les personnes gagnant plus de 62 200 NLG n'étaient pas soumises à l'obligation édictée par la loi sur les caisses de maladie et pouvaient décider de s'assurer ou non contre les risques couverts par cette loi. Il s'avère que les revenus de M. van der Woude ne dépassaient pas ce seuil.

11. M. van der Woude (ci-après le «demandeur au principal»), à l'heure actuelle affilié au régime de l'IZZ, souhaite souscrire une assurance complémentaire soins de santé auprès d'un autre assureur des frais de maladies, RZG. Le demandeur au principal verse, au total, par mois (y compris la contribution versée par Beatrixoord) 133 NLG pour le régime de base et 33 NLG pour une assurance complémentaire alors que, soutient-il, s'il était assuré auprès de RZG, ces cotisations seraient respectivement de 128,50 NLG et de 19,50 NLG. Devant subir un traitement dentaire d'importance (six couronnes revenant environ 800 NLG pièce), il souhaite transférer son assurance à RZG. Celui-ci prendrait en charge la totalité du coût du traitement, alors que, selon le règlement IZZ en vigueur, il a droit à un remboursement limité à 450 NLG par dent. Le bénéfice potentiel d'une assurance auprès de RZG s'élèverait à 2 100 NLG (soit six fois 350 NLG).

12. Le demandeur au principal a formé un recours devant le Kantongerecht te Groningen (tribunal d'instance, ci-après la «juridiction nationale»), en soutenant que Beatrixoord serait tenue de contribuer au coût de son assurance complémentaire soins de santé même s'il décidait de la transférer de l'IZZ à RZG. Il considère que les parties à la convention collective de travail peuvent être qualifiées d'entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1 du traité. Pour le demandeur au principal, l'article 32 de la convention collective de travail restreint le jeu de la concurrence entre les assureurs offrant aux particuliers une couverture des frais de maladie ou, en tout cas, confère à une entreprise déterminée (IZZ/VGZ) un avantage sur ses concurrents. Le refus, par l'IZZ/VGZ, de permettre la réintégration ultérieure des anciens affiliés de son régime qui, à un moment quelconque, ont souscrit une assurance auprès d'un autre assureur, constitue lui aussi une restriction à la concurrence. Le demandeur au principal soutient en outre que la création de l'IZZ/VGZ a eu pour conséquence de placer celle-ci dans une position dominante dont elle a fait un usage abusif en fournissant des prestations moins importantes et en réclamant des cotisations plus élevées que d'autres assureurs des frais de maladie.

13. La juridiction nationale considère que Beatrixoord ne peut être tenue de verser la cotisation à une autre société d'assurances que si les dispositions concernées de la convention collective de travail ne sont pas valides. Selon l'ordonnance de renvoi, «le litige s'articule autour de la question de savoir si les dispositions combinées de l'article II, sous G, et de l'article 32 de la convention collective de travail sont nulles en vertu des dispositions des articles 85 et 86 du traité CE». Elle soumet à la Cour la question suivante:

«Les dispositions combinées de l'article II, sous G (interdisant de déroger à la convention collective de travail), et de l'article 32 (qui énonce les règles applicables en matière de frais de maladie) de la convention collective de travail sont-elles contraires aux articles 85 et 86 du traité CE?»

14. Interrogée par la Cour de justice après le prononcé de l'ordonnance de renvoi, à la suite de la communication des arrêts rendus

par la Cour dans les affaires Albany, la juridiction nationale maintient sa demande préjudicielle. Elle fait observer que, à la différence de ces dernières affaires, en l'occurrence, l'activité d'assurance avait été sous-traitée à l'IZZ qui, à son tour, a eu recours à VGZ, (qualifiée de «commerciële verzekeraar» — assureur commercial) pour fournir l'assurance concernée. La juridiction nationale n'a toutefois pas laissé entendre que VGZ ne serait pas une organisation mutuelle d'assurance du type de celle décrite dans les observations du gouvernement néerlandais.

II — Observations

15. Le demandeur au principal, les royaumes des Pays-Bas et de Suède, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord ainsi que la Commission ont présenté des observations écrites et orales. Nous pouvons brièvement résumer ces observations de la manière suivante.

16. Le demandeur, et lui seul, soutient que la convention collective de travail relève de l'article 85 du traité. Il estime que l'exception à l'application de cet article que la Cour a admise dans l'arrêt Albany est d'interprétation restrictive et ne s'applique pas à l'assurance soins de santé. Si les pensions font partie intégrante de la rémunération directe du travail, le versement d'une cotisation à des fins d'assurance soins de santé ne relève pas de l'essence même des dispositions normalement établies dans le cadre des conventions collectives de travail. En outre, pour le demandeur au principal, exclure l'octroi de ce type d'assurance du champ d'application de l'article 85 ne répondrait à aucune nécessité: en effet, à la différence des pensions, pour lesquelles il est nécessaire de conserver une assiette large pour permettre de faire face aux engagements à venir, les obligations futures des fournisseurs d'assurance soins de santé et, partant, les cotisations qu'ils doivent exiger peuvent être calculées avec beaucoup plus de certitude.

17. Le gouvernement néerlandais, soutenu par la Commission, le gouvernement suédois et celui du Royaume-Uni, soutient que les conventions collectives de travail régissant l'octroi d'une assurance complémentaire soins de santé font partie intégrante du système de démocratie des relations industrielles visant la protection des droits des travailleurs et relèvent du champ d'application des dispositions normalement prévues par les conventions collectives de travail. L'octroi aux travailleurs d'une assurance adéquate des frais de maladie répond à un souci légitime des employeurs.

III — Analyse

18. En substance, le demandeur au principal reproche au régime de la convention collective de travail, tel qu'il est appliqué par l'IZZ et VGZ, de ne pas autoriser Beatrixoord à verser les cotisations d'employeur à une autre compagnie d'assurances, qu'il aurait choisie. Le demandeur au principal est bien évidemment libre de

s'adresser à un autre assureur mais, dans ce cas, il ne peut plus bénéficier de la cotisation de son employeur. Qui plus est, un employé ayant eu recours à ce droit ne peut plus être réintégré dans le régime IZZ.

A — *L'article 85 du traité*

19. Le présent litige s'articule autour de la question de savoir si une disposition telle que l'article 32 de la convention collective de travail relève de l'article 85 du traité. Il sera donc nécessaire de rappeler la jurisprudence des arrêts Albany. Certes, nous ne proposerons pas de revenir sur les importantes questions de principe sur lesquelles la Cour s'est prononcée dans ces arrêts. Nous souhaitons nous limiter au point de savoir si le cas de figure dont nous avons à connaître en l'espèce relève de ces principes ou doit en être distingué. La jurisprudence Albany concernait l'affiliation obligatoire d'employeurs et employés à un régime sectoriel de pension. Des employeurs ont reproché au régime d'être contraire aux règles de concurrence parce que, tout d'abord, il privait les entreprises du secteur concerné du droit de s'affilier à un autre régime et, ensuite, il excluait les assureurs autres que le fonds institué dans le cadre des conventions collectives concernées «d'une partie substantielle du marché de l'assurance pension» [6].

20. Pour répondre à la demande qui lui avait été soumise, la Cour s'est tout d'abord demandée si une décision collective instituant un fonds de pension obligatoire relevait du champ d'application de l'article 85 du traité. Rappelant les deux premiers paragraphes de cet article, la Cour a énoncé une exception très importante au champ d'application matériel des accords visés par ces dispositions. Le raisonnement qu'elle tient procède d'une large analyse systématique du traité dans son ensemble. Les points cruciaux de ce raisonnement méritent d'être cités in extenso, car c'est autour de ces points que devra s'articuler la décision que la Cour est appelée à prendre en l'espèce [7]:

«54. Il importe de rappeler ensuite que, aux termes de l'article 3, sous g) et i), du traité CE [devenu, après modification, article 3, paragraphe 1, sous g) et j), CE], l'action de la Communauté comporte non seulement un 'régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur', mais également 'une politique dans le domaine social'. L'article 2 du traité CE (devenu, après modification, article 2 CE) énonce en effet que la Communauté a pour mission, notamment, 'de promouvoir un développement harmonieux et équilibré des activités économiques' et 'un niveau d'emploi et de protection sociale élevé'.

55. À cet égard, l'article 118 du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE et 143 CE) dispose que la Commission a pour

6 — Point 48 de l'arrêt Albany. Signalons que toutes les références spécifiques ci-après concernent l'arrêt Albany.

7 — Points 54 à 60.

mission de promouvoir une collaboration étroite entre les États membres dans le domaine social, notamment dans les matières relatives au droit syndical et aux négociations collectives entre employeurs et travailleurs.

56. L'article 118 B du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE) ajoute que la Commission s'efforce de développer le dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen, pouvant déboucher, si ces derniers l'estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles.

57. En outre, l'article 1er de l'accord sur la politique sociale (JO 1992, C 191, p. 91, ci-après l'"accord sur la politique sociale') énonce que la Communauté et les États membres ont pour objectifs, notamment, l'amélioration des conditions de vie et de travail, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions.

58. Conformément à l'article 4, paragraphes 1 et 2, de l'accord sur la politique sociale, le dialogue entre partenaires sociaux au niveau communautaire peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords, dont la mise en œuvre intervient soit selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres, soit, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission.

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

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

21. La conclusion à laquelle la Cour aboutit dans le dernier point de cette citation implique que des accords tout d'abord «conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux» et ensuite «en vue de tels objectifs» [sociaux] soient considérés comme «ne relevant pas

de l'article 85, paragraphe 1, du traité». Manifestement, l'exception n'est donc pas limitée aux accords relatifs à l'affiliation obligatoire à des régimes sectoriels de pension.

22. La Cour en vient alors à «examiner si la nature et l'objet de l'accord en cause au principal justifient qu'il soit soustrait au champ d'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité» [8].

La Cour énonce d'abord que [9]:

«... à l'instar de la catégorie des accords visés ci-dessus, générés par le dialogue social, l'accord en cause au principal a été conclu sous la forme d'une convention collective et constitue le résultat d'une négociation collective entre les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs.»

L'accord répond donc à la première condition.

23. La Cour relève ensuite [10]:

«... quant à son objet, l'accord en cause au principal met en place, dans un secteur déterminé, un régime de pension complémentaire géré par un fonds de pension auquel l'affiliation peut être rendue obligatoire. Un tel régime vise, dans son ensemble, à garantir un certain niveau de pension à tous les travailleurs de ce secteur et contribue dès lors directement à l'amélioration de l'une des conditions de travail des travailleurs, à savoir leur rémunération.»

L'accord répond donc également à la seconde condition.

La Cour peut dès lors constater que «l'accord en cause au principal ne relève pas, en raison de sa nature et de son objet, de l'article 85, paragraphe 1, du traité» [11].

24. Il est constant que la convention collective de travail concernée en l'occurrence est une convention collective; cette qualification lui est donnée dans l'ordonnance de renvoi [12]. Elle répond clairement, dans sa forme et sa nature, à la première condition d'application de l'exception. Il convient en outre de vérifier que l'objet de cette convention permet de répondre à la seconde condition énoncée par la Cour dans l'arrêt Albany, exigeant qu'elle pour-

8 — Point 61.

9 — Point 62.

10 — Point 63.

11 — Point 64.

12 — Le gouvernement néerlandais relève que les parties à la convention collective de travail sont, d'une part, 6 organisations d'employeurs et, d'autre part, 28 organisations représentatives des travailleurs.

suive des objectifs de politique sociale propres à justifier l'inapplication des règles de concurrence [13].

25. Il est vrai qu'une pension peut être considérée comme plus directement liée au salaire, entendu au sens de la rémunération directe, que ne l'est une assurance soins de santé. Cela ne saurait toutefois suffire pour refuser à un accord portant sur l'assurance soins de santé le caractère d'accord relatif aux conditions de travail. Un accord conclu entre représentants des employeurs et des travailleurs portant sur l'octroi d'une assurance soins de santé vise l'amélioration des conditions de travail des travailleurs, tant directement qu'indirectement, en dissipant ou en atténuant l'inquiétude qu'ils peuvent ressentir quant aux moyens nécessaires pour faire face à des frais de maladie.

26. Les employeurs ont eux aussi un intérêt légitime à la garantie offerte aux travailleurs de pouvoir bénéficier de soins de santé appropriés, permettant de réduire au minimum le nombre de jours perdus pour cause de maladie. Comme le conseil du Royaume-Uni l'a soutenu à l'audience, l'avantage que l'on peut attendre de négociations sociales inclut la réduction des dépenses qui, à défaut, auraient dû être supportées par un travailleur. La concession faite par les employeurs dans le cadre de la convention collective de travail augmente effectivement le salaire de travailleurs tels que le demandeur au principal. Il est permis de supposer que, à défaut de convention collective, les employeurs du secteur concerné n'auraient pas été d'accord pour verser la cotisation concernée ou, à tout le moins, une cotisation du même niveau (50 %).

27. À l'audience, le demandeur au principal s'est référé au critère proposé par l'avocat général Jacobs dans les affaires Albany. Nous n'apercevons pas de contradiction entre les vues que ce dernier a exposées et le point de vue adopté par la Cour à propos de la portée légitime, ratione materiae, des conventions collectives. L'un et l'autre ont admis que les conventions collectives de travail pouvaient porter sur les «conditions de travail» et ne devaient pas se limiter purement et simplement aux objets directement liés à la rémunération [14]. Nous sommes convaincu que l'assurance soins de santé des travailleurs constitue l'une des matières «qui sont de l'essence même des négociations collectives» [15]. Il n'est pas possible, à notre sens, de soutenir pertinemment le point de vue contraire.

28. Le demandeur au principal soutient que les exceptions énoncées dans la jurisprudence Albany sont d'interprétation stricte et en particulier qu'elles doivent s'appliquer

13 — À l'audience, le gouvernement du Royaume-Uni a demandé à la Cour de préciser si cette même exception à l'application de l'article 85 du traité était susceptible de s'appliquer à des conventions conclues entre partenaires sociaux au niveau de l'entreprise, et non plus du secteur. Bien qu'une telle question n'ait pas été soulevée en l'espèce, dans les circonstances actuelles, nous n'apercevons pas de motif, en principe, pour refuser à de tels accords qui, comme la Cour en a été informée, sont largement répandus au Royaume-Uni, le bénéfice de l'exception énoncée dans la jurisprudence Albany, pourvu qu'ils résultent de vraies négociations collectives entre représentants de l'employeur et des travailleurs et qu'ils ne portent que sur les conditions de travail.

14 — Voir, en particulier, le point 182 des conclusions.

15 — Ibidem, point 178.

dans le respect du principe de proportionnalité. Tel est manifestement le cas. Toutefois, il soutient en outre que les obligations actuarielles liées à l'octroi d'une assurance soins de santé sont plus difficiles à calculer que celles qui sont liées au service de pensions complémentaires. Le demandeur au principal considère que, s'agissant de prestations de services d'assurance émanant de tiers, l'exclusion du champ d'application de l'article 85 du traité dont bénéficient les conventions collectives proprement dites devrait se limiter au service de pensions ou, à tout le moins, aux situations dans lesquelles la constitution et la pérennité de l'assurance à fournir requièrent d'importants fonds de réserve. Le demandeur au principal soutient que tel n'est pas le cas de l'assurance complémentaire soins de santé.

29. Cette distinction, à notre sens, ne peut reposer sur aucun fondement qui soit dicté par la logique ou par l'expérience. Il convient indéniablement d'appliquer des méthodes de calcul différentes en fonction des données disponibles selon qu'il s'agit, respectivement, de l'établissement des cotisations à verser aux fonds de pension ou aux régimes de soins de santé. Ces systèmes visent néanmoins tous deux à assurer à un groupe de particuliers une protection qui est l'expression d'une nécessité sociale. Le gouvernement néerlandais a souligné le rôle social important joué aux Pays-Bas par les conventions collectives à propos de l'octroi d'une assurance soins de santé complémentaire. Il se réfère à cet effet au niveau relativement faible de couverture obligatoire au titre de l'AWBZ et à la circonstance qu'un grand nombre de personnes à hauts revenus sont exclues de la couverture au titre de la loi sur les caisses de maladie.

30. Dans ces conditions, pensons-nous, il convient de considérer que l'accord relève du champ d'application de l'exception à la prohibition de l'article 85 du traité, telle que cette exception a été définie dans la jurisprudence Albany. Le fait que VGZ soit une organisation mutuelle d'assurance n'est pas déterminant dans ce contexte; la Cour a considéré que «la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement» [16] y. Un organisme sans aucun but lucratif peut être une entreprise lorsqu'il gère un régime facultatif de pension complémentaire [17]. Ainsi, si nous nous accordons avec l'avocat général Jacobs pour estimer, ainsi qu'il l'a énoncé dans ses conclusions dans les affaires Pavlov e.a., que l'«exonération spéciale, réservée aux accords collectifs conclus entre partenaires sociaux, ne saurait être étendue, par analogie, à d'autres types d'accords ou de décisions», il ne saurait être question d'une telle extension en l'espèce, puisque l'accord relève bel et bien du champ d'application matériel de l'exception à la prohibition de l'article 85 du traité, telle que cette exception a été énoncée dans la jurisprudence Albany [18]. En l'espèce, la question soulevée est plutôt celle, distincte, de savoir si l'application de cette exception dépend de la mesure dans laquelle la mise en œuvre des dispositions qui, en principe, devraient constituer un accord bénéficiant de l'excep-

16 — Arrêt du 23 avril 1991, Höfner et Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979, point 21).

17 — Arrêt du 16 novembre 1995, FFSA e.a. (C-244/94, Rec. p. I-4013, point 22).

18 — Voir le point 99 des conclusions présentées le 23 mars 2000 dans les affaires Pavlov e.a. (C-180/98 à C-189/98, affaires en délibéré).

tion de la jurisprudence Albany, relève de la responsabilité des partenaires sociaux.

31. Il s'avère que le grief essentiel du demandeur au principal (précisé à l'audience) ne porte pas tellement sur l'obligation imposée aux employeurs par la convention collective de travail de verser une cotisation déterminée au titre d'une assurance soins de santé complémentaire, mais plutôt sur l'obligation qui leur est imposée de verser cette cotisation à un assureur spécifique, soit l'IZZ ou celui choisi par ce dernier. En réalité, le demandeur au principal cherche à bénéficier tant de l'avantage lié à l'engagement collectif des employeurs de verser 50 % de la cotisation que de la liberté de déterminer le destinataire de ce versement. Cette considération fait écho à la préoccupation, exprimée par la juridiction nationale dans la réponse à la demande qui lui a été adressée par la Cour (voir ci-dessus, point 14), relative au point de savoir si la sous-traitance de l'activité d'assurance concernée de l'IZZ/VGZ affecte l'applicabilité des principes énoncés dans la jurisprudence Albany.

32. Une limitation à ce point large du champ d'application de l'exclusion des négociations collectives de la prohibition de l'article 85 du traité restreindrait nécessairement la liberté, pour les partenaires sociaux, de tenter d'arriver à un consensus sur les conditions de travail par la voie de conventions conclues dans ce cadre. Elle minerait en outre la solidarité qui est inhérente aux négociations collectives. Nous considérons que le champ d'application de l'exception déterminé par la jurisprudence Albany, qui se fonde sur la nécessité de garantir l'efficacité des conventions collectives authentiquement liées au travail, est suffisamment étendu pour englober des conventions telles que la convention collective de travail concernée en l'espèce. Il est significatif, à cet égard, que, lorsque, dans l'arrêt Albany, la Cour a défini le champ d'application de l'exception à l'application de l'article 85 du traité, elle n'a pas admis, à tout le moins explicitement, la troisième condition suggérée par l'avocat général Jacobs, qui aurait voulu que ces conventions n'affectent pas « directement les rapports entre les employeurs et des tiers tels que les clients, les fournisseurs, les employeurs concurrents ou les consommateurs » [19]. Cela ne signifie pas que des conventions collectives affectant sensiblement la concurrence seraient dispensées d'« un examen au titre du droit de la concurrence, effectué par la Commission ou par d'autres autorités compétentes » [20], puisqu'il convient d'interpréter de manière restrictive l'exception énoncée dans la jurisprudence Albany, au regard du champ d'application général de l'article 85 du traité [21] y. Ceux qui, tel le demandeur au principal, se prétendent préjudiciés par une telle restriction à la concurrence ont toujours la possibilité de les attaquer au motif que l'accord ne poursuivrait pas un objectif authentiquement social parce que les restrictions qui en résultent iraient au-delà de ce qui est nécessaire à la poursuite dudit objectif.

33. Il est toutefois permis, croyons-nous, aux partenaires sociaux respectifs, de

19 — Point 193 des conclusions dans l'affaire Albany.

20 — Ibidem.

21 — Voir le point de vue analogue exprimé par l'avocat général Jacobs dans ses conclusions dans les affaires Pavlov e.a., précitées à la note 18, en particulier au point 101.

convenir d'un aspect particulier des conditions de travail, tel que l'octroi de pensions ou d'une assurance soins de santé, tout comme il est permis à un État membre de rendre cette affiliation obligatoire, que ce soit directement comme dans les affaires Albany, ou indirectement comme cela s'avère être le cas dans le litige au principal. Il s'ensuit, pensons-nous, que les parties à un tel accord doivent avoir la faculté de créer un organisme distinct, tel que l'IZZ, pour mettre en œuvre cet accord. La circonstance que cet organisme ait recours à un autre assureur n'affecte pas l'exclusion de la convention collective concernée de la prohibition énoncée par l'article 85 du traité. Le bénéfice général réalisé pour les travailleurs grâce à une convention collective serait compromis si chaque travailleur avait individuellement la faculté de rechercher son propre intérêt en privant le régime de sa cotisation personnelle et de celle de son employeur pour répondre à d'autres offres concurrentes et en réclamant le droit de ne réintégrer ledit régime que lorsque ses dispositions seront plus attrayantes. Une telle attitude de travailleurs, agissant «à la carte», minerait les principes régissant normalement l'assurance mutuelle.

34. Faire relever de cette disposition des accords conclus en aval, tels que celui liant l'IZZ à VGZ, qui se bornent à conférer à un tiers la responsabilité de pourvoir à la couverture d'assurance exigée par la convention collective, reviendrait à mettre à néant l'autonomie des parties qui se sont engagées dans la procédure de la convention collective. C'est pourquoi nous ne sommes pas d'accord avec le demandeur au principal lorsque celui-ci soutient que le droit communautaire requiert que de tels contrats fassent l'objet d'un appel d'offres. Le champ d'application de l'exception à la prohibition énoncée par l'article 85 du traité ne se limite donc pas aux matières dont les parties à la convention sont en mesure de s'occuper elles-mêmes.

35. Si, d'autre part, les termes du mandat excédaient ce qui était nécessaire pour réaliser l'objectif social de la convention, par exemple si l'assureur commercial était en outre retenu pour accomplir d'autres services en matière d'assurance au bénéfice des seuls employeurs, il n'y aurait plus lieu de la faire échapper au champ d'application de l'article 85 du traité. Il n'a pas été suggéré, en l'espèce, que le contrat accordé à VGZ irait au-delà de l'octroi de la couverture d'assurance convenue dans la convention collective de travail. Quand bien même elle serait soutenue par la juridiction nationale, l'allégation du demandeur au principal prétendant que le niveau des services fournis par l'IZZ, par l'intermédiaire de VGZ, serait inférieur à celui que pourraient fournir les concurrents de VGZ ne saurait faire relever le choix de VGZ en qualité de prestataire de service de l'article 85 du traité. Indépendamment de l'application éventuelle à l'IZZ/VGZ de l'article 86 du traité CE (devenu article 82 CE), l'appréciation du caractère adéquat du service qu'il fournit constitue, en réalité, une question relevant des parties à la convention collective de travail, lesquelles sont naturellement représentées dans le conseil d'administration de l'IZZ.

B — *L'article 86 du traité*

36. La question déférée par la juridiction nationale se réfère également à l'article 86 du traité. Relevons toutefois que, dans les observations qu'il a présentées devant la Cour, le demandeur au principal fonde son point de vue uniquement sur la prétendue infraction à l'article 85 du traité et suggère qu'il n'est pas nécessaire de répondre à la question soumise à la Cour dans la mesure où celle-ci porte sur l'article 86 du traité. Eu égard à la thèse, que nous avons adoptée, de l'inapplicabilité de l'article 85 du traité à une convention collective telle que la convention collective de travail concernée en l'espèce, il serait pourtant manifestement de l'intérêt de la juridiction nationale que nous envisagions également la question de l'applicabilité de l'article 86 du traité.

37. Il convient d'observer à titre liminaire que l'exception à l'application de l'article 85 du traité énoncée par la Cour dans sa jurisprudence Albany ne s'étend pas à l'article 86 du traité. Dans le cadre de la réponse à la première question qui lui avait été soumise dans l'arrêt Albany, la Cour a considéré que «un fonds sectoriel de pension, tel que celui en cause au principal, exerce une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurances» et que, dès lors, «l'absence de but lucratif ainsi que les éléments de solidarité avancés par le Fonds et les gouvernements intervenants ne suffisent pas à enlever au fonds sectoriel de pension sa qualité d'entreprise au sens des règles de concurrence du traité» [22]. Si de telles contraintes «pourraient justifier le droit exclusif d'un tel organisme de gérer un régime de pension complémentaire», elles n'empêchent pas, toutefois, de considérer l'activité exercée par ledit fonds comme une activité économique [23]. La Cour a ensuite examiné le problème soulevé par la troisième question posée, soit le point de savoir si les dispositions combinées de l'article 86 du traité et de l'article 90 du traité CE (devenu article 86 CE) s'opposent à ce que les pouvoirs publics confèrent à un fonds de pension le droit exclusif de gérer un régime de pension complémentaire. La Cour a logiquement précisé que, nonobstant l'objectif social poursuivi par le régime, les activités du fonds relevaient de l'article 86.

38. Dans ses observations écrites, la Commission considère que, si l'on admet que les résultats de négociations collectives portant sur les conditions de travail ne relèvent pas de l'article 85 du traité, la Cour devrait faire preuve d'une très grande réserve avant de considérer que ces actes enfreignent l'article 86 du traité. Nous rejoignons l'inquiétude sous-jacente à cette remarque. Si, bien entendu, il ne saurait nullement être question d'une quelconque «exemption» de l'interdiction d'un abus de position dominante, des actes à but purement social accomplis par un organisme créé dans le cadre d'une convention collective de travail et disposant d'une position dominante ne devraient pas pouvoir être aisément qualifiés d'abusifs. Ce n'est que si les actes litigieux vont au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation de cet objectif et ne

22 — Arrêt Albany, précité, points 84 et 85.

23 — Arrêt Albany, point 86. Voir également les conclusions de l'avocat général Jacobs dans les affaires Pavlov e.a., précitées à la note 18, point 175.

peuvent pas se justifier d'une autre manière qu'il est permis de parler d'abus.

39. Il convient, en l'espèce, de prendre en compte le seul article 86 du traité, puisque la convention collective de travail n'a conféré aucun droit exclusif à l'IZZ et que pas plus la juridiction nationale que le demandeur au principal ne font référence à l'article 90 du traité. Si ce n'est une référence au nombre de personnes assurées auprès de l'IZZ, la juridiction nationale n'a fourni à la Cour aucune information précise à propos du marché sur lequel l'IZZ serait supposé disposer d'une position dominante. Bien qu'il soit manifeste, en particulier à la lumière de la jurisprudence Albany, que l'IZZ puisse être considéré comme une entreprise aux fins de l'article 86 du traité et même si, comme le soutient raisonnablement le demandeur, il peut être admis que le service d'une assurance soins de santé aux travailleurs constitue un sous-marché d'assurance distinct, dont les limites géographiques coïncident avec le territoire des Pays-bas, le dossier ne fournit pas à la Cour des informations suffisantes pour lui permettre de formuler un quelconque point de vue définitif à propos du pouvoir relatif dont dispose l'IZZ sur le marché concerné, grâce à son contrat avec VGZ, vis-à-vis de fournisseurs concurrents d'une assurance de ce type, tels que RZG, l'assureur choisi par le demandeur. C'est la raison pour laquelle nous pouvons distinguer le présent cas de figure de celui de l'arrêt Albany, dans lequel la Cour a considéré que « un fonds sectoriel de pension... qui dispose du droit exclusif de gérer un régime de pension complémentaire dans un secteur industriel d'un État membre et, partant, dans une partie substantielle du marché commun peut dès lors être considéré comme occupant une position dominante au sens de l'article 86 du traité » [24]. Il appartient dès lors à la juridiction nationale de déterminer si, nonobstant la concurrence à laquelle l'IZZ est exposé de la part d'assureurs concurrents, tels que RZG, il jouit derechef d'un pouvoir économique tel qu'il lui fournit la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, se trouvant donc, dans ce cas, dans une position dominante au sens de l'article 86 du traité [25]. Le pouvoir de marché, pour autant qu'il en soit question, dont jouit l'IZZ/VGZ, ne pourrait provenir que de son droit « exclusif » de percevoir les cotisations d'employeur lorsque le travailleur choisit de souscrire à une police d'assurance complémentaire avec l'IZZ. À défaut d'un tel pouvoir de marché, il ne saurait y avoir abus au sens de l'article 86 du traité.

40. En outre, comme le relève la Commission dans ses observations écrites, la théorie de la dépendance économique, sur laquelle le demandeur au principal semble fonder sa thèse selon laquelle l'IZZ occupe une position dominante, n'est pas pertinente en l'espèce. Le simple fait que l'IZZ coûte à un travailleur tel que le demandeur 69 NLG de moins en cotisation mensuelle que celle proposée par RZG (sans le bénéfice de la cotisation de l'employeur) ne rend pas encore ces travailleurs économiquement dépendants de l'IZZ aux fins de la souscription d'une assurance soins de santé complémentaire. Dans le cas du demandeur au principal, en admettant que RZG lui rembourse 2 100 NLG de plus pour le traitement dentaire envisagé, il est difficile de

24 — Point 92 de l'arrêt Albany.

25 — C'est ainsi que la Cour a défini le concept de position dominante dans l'arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission (85/76, Rec. p. 461, point 38).

comprendre comment le supplément de cotisation de 69 NLG qu'il aurait à verser mensuellement pourrait suffire à le rendre dépendant économiquement de l'IZZ pour son assurance complémentaire soins de santé, à moins que, peut-être, son salaire ne soit vraiment très faible. Cela n'étaye certes pas l'assertion selon laquelle l'IZZ occupait une position dominante.

41. Même si la juridiction nationale était convaincue que l'IZZ jouissait d'une position dominante sur le marché néerlandais de l'assurance soins de santé, pour que le demandeur établisse l'existence d'une infraction à l'article 86 du traité, il lui aurait fallu démontrer que l'IZZ avait exploité de façon abusive cette position dominante. Le simple fait que, en faisant entrer en ligne de compte la contribution de l'employeur, la cotisation imposée par l'IZZ fût plus élevée que celle comptée par RZG et que la couverture conférée par l'IZZ fût apparemment moins complète sous certains aspects que celle offerte par RZG n'eût pas suffi à établir qu'il y ait eu un abus de position dominante. Ce serait d'autant moins concevable si, comme le gouvernement néerlandais ainsi que la Commission l'ont affirmé à l'audience, le régime de l'IZZ était fondé sur le principe de solidarité ou de prise en charge commune selon lequel la «contribution» représentée par les cotisations dues tant par l'employeur que par le travailleur demeurait fixe et n'était pas fonction du risque lié aux conditions de santé ou à l'âge de chaque travailleur pris individuellement. Dans le cadre d'une telle politique, il peut bien s'avérer nécessaire, pour un assureur, de limiter la part relative de remboursement de certaines dépenses médico-dentaires.

42. De la même façon, les règles empêchant les travailleurs qui choisissent de souscrire une assurance auprès d'autres assureurs que l'IZZ de réintégrer ce dernier régime pourraient bien être justifiées par la nécessité de sauvegarder la solidarité. Si les travailleurs étaient libres d'aller et venir entre les assureurs sans que des restrictions soient mises à leur réintégration, il serait naturellement facile pour des assureurs concurrents tels que RGZ d'écrémer les meilleurs risques [26]. Toutefois, dans l'hypothèse où la juridiction nationale serait convaincue que l'IZZ jouit d'une position dominante dont le bénéfice est transmis à VGZ, il lui appartiendrait de déterminer s'il existe un motif justifiant les règles restrictives stipulées par l'IZZ quant à la possibilité, pour d'anciens membres, de réintégrer son régime. Il conviendrait, dans cette perspective, d'accorder une attention particulière à la question de savoir si le régime serait susceptible de fonctionner en l'absence de ces règles et si ces règles étaient appliquées de manière uniforme et cohérente [27].

43. Eu égard à ces circonstances, nous en concluons que, à tout le moins en se fondant sur les informations dont nous disposons en l'espèce, il n'y a pas eu, en l'occurrence, exploitation abusive d'une position dominante.

26 — Voir en particulier, de ce point de vue, le point 108 de l'arrêt Albany.

27 — Voir point 121 de l'arrêt Albany.

IV — Conclusion

44. Nous recommanderons donc à la Cour de répondre de la manière suivante aux questions posées par le Kantongerecht te Groningen:

« 1) Une convention collective conclue entre les représentants d'employeurs et de travailleurs à l'issue de négociations collectives et liant les employeurs en vertu de la loi de l'État membre concerné ne relève pas de l'article 85 du traité CE (devenu article 81 CE), dès lors qu'elle se limite strictement à régir les conditions de travail.

2) Une convention par laquelle des employeurs s'engagent à verser une contribution financière déterminée aux coûts d'une assurance complémentaire soins de santé souscrite par des travailleurs constitue une convention collective de travail portant sur les conditions de travail aux fins de l'exception précitée à l'application de l'article 85 du traité. Les parties à une convention collective sont libres de déterminer l'organisme chargé du service des avantages en matière de conditions de travail qui font l'objet d'une telle convention. Un accord prévoyant la sous-traitance à un tiers du service de ces avantages ne relève pas, en soi, de l'article 85 du traité, pourvu que ses dispositions n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser l'objectif social poursuivi par la convention collective de travail.

3) Un tiers sous-traitant tel que celui dont question ci-dessus ne relève de l'article 86 du traité CE (devenu article 82 CE) que si le droit qui lui est accordé par les parties à la convention collective suffit pour lui conférer une position dominante sur un marché distinct et s'il exerce son pouvoir sur ce marché de telle façon qu'il outrepasse ce qui est nécessaire à la réalisation de l'objectif social poursuivi par la convention collective de travail, en l'absence de toute autre justification. »