CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. F. G. JACOBS

présentées le 28 janvier 1999 *

Table des matières

I — Introduction ... I-5755

II — Le contexte légal national ... I-5756

III — Les faits dans la procédure au principal ... I-5762

A — Affaire C-67/96: Albany International ... I-5762

B — Affaires jointes C-115/97, C-116/97 et C-117/97: Brentjens' Handelsonderneming ... I-5764

C — Affaire C-219/97: Maatschappij Drijvende Bokken ... I-5766

IV — Recevabilité ... I-5769

V — La portée des questions posées ... I-5771

VI — L'article 85, paragraphe 1, du traité ... I-5772

A — Aperçu comparatif ... I-5774

B — Applicabilité ratione materiae de l'article 85, paragraphe 1, du traité ... I-5784

1. Existe-t-il une exception générale en faveur du domaine social? ... I-5785

2. Existe-t-il une exception en faveur des conventions collectives conclues entre partenaires sociaux? ... I-5787

a) Existe-t-il un droit fondamental à la négociation collective? ... I-5787

b) L'encouragement des négociations collectives en droit communautaire I-5794

C — Accord entre entreprises ... I-5802

1. Entreprise ou association d'entreprises ... I-5802

a) Les travailleurs salariés ... I-5803

b) Les syndicats ... I-5805

c) Les employeurs ... I-5807

2. Accord ou autre forme de concertation ... I-5808

D — Restriction à la concurrence ... I-5809

1. L'accord visant la constitution d'un fonds de pension unique que les employeurs gèrent conjointement avec les syndicats ... I-5811

a) Restriction à la concurrence en ce qui concerne les employeurs ... I-5812

b) Restrictions à l'égard des compagnies d'assurance pension ... I-5816

* Langue originale: l'anglais.

2. L'accord relatif à l'introduction, conjointement avec les syndicats, d'une requête visant à rendre l'affiliation obligatoire pour toutes les entreprises du secteur I-5818

VII — Les articles 5 et 85 ..... I-5820

VIII — La qualification d'entreprises donnée aux fonds sectoriels de pension néerlandais I-5822

IX — Les articles 90 et 86 ..... I-5835

A — Applicabilité de l'article 90, paragraphe 1: entreprises bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux I-5840

B — Applicabilité de l'article 86: position dominante dans une partie substantielle du marché commun I-5841

C — Mesures nationales contraires aux articles 90 et 86 ..... I-5842

1. Compatibilité de l'affiliation obligatoire avec les articles 90 et 86 ..... I-5842

a) Les arrêts du type ERT I-5844

b) Les arrêts du type Höfner et Elser I-5846

c) Les arrêts du type Corbeau I-5849

2. Les dispositions relatives au pouvoir discrétionnaire aux fins de l'octroi des dispenses de l'affiliation obligatoire I-5853

X — Les effets en droit de l'arrêt de la Cour I-5858

XI — Conclusion I-5861

I — Introduction

1. Dans les affaires que nous examinons, qui vous sont soumises par trois juridictions néerlandaises, le Hoge Raad der Nederlanden, le Kantongerecht (Tribunal d'instance) Roermond et le Kantongerecht Arnhem, les juridictions de renvoi demandent à la Cour de statuer à titre préjudiciel sur un certain nombre de questions portant sur la compatibilité avec les règles de concurrence du traité CE d'un système d'affiliation obligatoire à des fonds sectoriels de pension. Ces questions sont soulevées dans le cadre de procédures introduites par trois entreprises attaquant des injonctions de paiement de cotisations à leurs régimes respectifs, émanant de fonds sectoriels de pension.

2. Ces affaires soulèvent plusieurs questions d'importance générale qu'il convient d'aborder avant de pouvoir se pencher sur les questions de fond plus spécifiques. Ces trois litiges posent la question de savoir si un système national dans le cadre duquel, sur la requête des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs d'un secteur économique particulier, l'affiliation à un fonds sectoriel de pension est rendue obligatoire pour toutes les entreprises du secteur est contraire aux dispositions ombi-

nées des articles 5 et 85 du traité CE ou aux dispositions combinées des articles 90, paragraphe 1, et 86 du traité CE. Dans le contexte des articles 5 et 85 du traité, les affaires que nous examinons soulèvent aussi la question de savoir si une convention collective conclue entre employeurs et travailleurs d'un secteur particulier, établissant un régime sectoriel de pension, relève de l'article 85, paragraphe 1, du traité. La Cour est donc appelée, pour la première fois, à statuer sur le rapport existant entre les règles de concurrence du traité et des accords qui résultent de négociations collectives entre partenaires sociaux d'un secteur. Une question supplémentaire, qui concerne l'application des articles 90, paragraphe 1, et 86, consiste à se demander si les fonds sectoriels de pension néerlandais qui fonctionnent dans le cadre de règles imposant l'affiliation obligatoire à un fonds sectoriel de pension constituent des entreprises aux fins de l'application des règles de concurrence du traité.

II — Le contexte légal national

3. Le système de pension néerlandais est fondé sur trois piliers:

— tout d'abord, une pension de base légale, accordée par l'État conformément à l'Algemene Ouderdomswet [1] (loi néerlandaise instituant un régime général de pension de vieillesse, ci-après l'«AOW») et à l'Algemene Nabestaandenwet (loi néerlandaise sur l'assurance généralisée des survivants), offre à l'ensemble de la population une prestation dont le montant est fixe et correspond à une quote-part déterminée du salaire minimal; la participation à ce pilier est obligatoire;

— en second lieu, dans la majorité des cas, la pension de base est complétée par des pensions complémentaires, fournies en relation avec une activité professionnelle salariée ou indépendante. Ces pensions complémentaires sont généralement gérées dans le cadre de régimes collectifs s'appliquant à un secteur de l'économie, à une profession, ou aux travailleurs d'une entreprise;

— enfin, il est possible de conclure des contrats individuels d'assurance pension ou d'assurance vie sur une base volontaire.

4. Les affaires que nous examinons ont toutes trait à des régimes de pension sectoriels, relevant du second pilier, accordant des pensions complémentaires aux travailleurs salariés. Ces régimes diffèrent, de ce point de vue, du régime de pension complémentaire dont il a été question dans l'affaire Van Schijndel et Van Veen [2], qui

1 — *Stbl.* 1956, 281.

2 — Arrêt du 14 décembre 1995 (C-430/93 et C-431/93, Rec. p. I-4705).

accordait des pensions aux membres d'une profession.

5. En droit néerlandais, les employeurs sont en principe libres de décider d'offrir ou non des pensions complémentaires à leurs travailleurs. Si tel est leur souhait, ils ont la possibilité d'instaurer un régime de pension d'entreprise, soit sous la forme d'un fonds de pension d'entreprise, soit sous la forme d'un contrat d'assurance groupe conclu avec une compagnie d'assurances. Ils peuvent aussi, en se joignant à d'autres employeurs, créer un régime sectoriel de pension ou rejoindre un régime sectoriel existant.

6. Toutefois, dans la pratique, les employeurs sont souvent obligés d'affilier leurs travailleurs à un fonds sectoriel de pension obligatoire. Ces fonds sont constitués en vertu d'une convention collective conclue entre partenaires sociaux au sein d'un secteur économique spécifique. L'État rend alors obligatoire l'affiliation au régime offert par ces fonds.

7. Le premier ensemble de règles qui s'applique à un tel régime est formé par les dispositions de la Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds [3] (loi néerlandaise du 17 mars 1949 sur l'affiliation obligatoire à un fonds sectoriel de pension, ci-après la «BPW»), dans la version qui résulte des différentes modifications opérées.

8. La disposition qui est au centre de cet ensemble de règles est l'article 3, paragraphe 1. Elle habilite le ministre des Affaires sociales, agissant à la demande d'un groupe d'associations d'employeurs et de syndicats qu'il estime suffisamment représentatif, à adopter un arrêté obligeant toutes les catégories de personnes relevant d'un secteur d'activité déterminé à s'affilier à un fonds sectoriel de pension. A défaut d'introduction d'une requête spécifique à cet effet, le ministre ne dispose pas de ladite faculté. Avant de prendre sa décision, le ministre responsable consulte notamment le Conseil économique et social (Sociaal-Economische Raad) et la chambre des assurances (Verzekeringskamer), chargée de la surveillance des fonds d'assurance et de pension.

9. Conformément à l'article 3, paragraphe 2, de la BPW, toutes les personnes visées par l'arrêté ainsi que leurs employeurs sont tenus par les règles du fonds sectoriel de pension pertinent. Les obligations imposées par ces règles, y compris l'obligation de verser les cotisations, sont pourvues d'une force légale exécutoire. L'article 18 habilite le fonds de pension à émettre un ordre exécutoire à des fins de recouvrement des primes non versées.

10. Dans le cadre des travaux parlementaires ayant conduit à l'adoption de la BPW, le gouvernement néerlandais a expliqué de la

3 — *Stbl.* 1949, J 121.

façon suivante les objectifs poursuivis par les règles relatives à l'affiliation obligatoire [4]:

«... Le présent projet de loi a pour objet de définir, dans le domaine des régimes de pension de particuliers, des règles analogues à celles que comporte la loi relative à la déclaration du caractère obligatoire général de dispositions des conventions collectives de travail (Wet op het Algemeen Verbindend Verklaren van Bepalingen van Collectieve Arbeidsovereenkomsten) en ce qui concerne les conditions de travail. Il vise dès lors à éviter que certains employeurs d'un secteur ne cherchent à obtenir un avantage sur les autres employeurs en n'accordant pas de pensions...».

Le ministre des Affaires sociales de cette époque a déclaré [5]:

«L'assurance pension professionnelle selon les modalités prévues dans le projet de loi est particulièrement utile: en effet, le principe d'une assurance de ce type procède de l'idée d'assurance collective, en ce sens que les membres d'un secteur déterminé — employeurs et salariés — ... prennent collectivement la responsabilité de réunir les ressources nécessaires en vue d'assurer que quiconque a travaillé durant un nombre suffisant d'années dans ledit secteur et a atteint un âge déterminé puisse recevoir les prestations dont il a besoin. Lorsque cette démarche est laissée purement et simplement à l'initiative individuelle — ce qui est parfois effectivement le cas —, les personnes qui se trouvent dans les circonstances les plus favorables arrivent à s'assurer elles-mêmes assez facilement, ce qui n'est pas le cas de celles qui connaissent des circonstances moins favorables.»

11. Conformément à l'article 5, paragraphe 2, de la BPW, un certain nombre de conditions doivent être remplies pour que le ministre puisse rendre l'affiliation obligatoire. L'article 5, paragraphe 2, prévoit, par exemple, au point IV, que les représentants des employeurs et ceux des travailleurs doivent siéger en nombre égal au sein du comité de gestion et, au point V, que les fonds de pension doivent posséder la personnalité morale.

12. L'article 5, paragraphe 2, de la BPW énumère, au point II, un certain nombre de questions qui doivent être réglées dans le cadre des statuts et des règlements du fonds professionnel de pension. Plus particulièrement, en vertu de l'article 5, paragraphe 2, point II, sous l), les statuts et règlements du fonds doivent prévoir la possibilité, dans certaines circonstances, de dispenser de l'affiliation obligatoire ou, à tout le moins, de dispenser de certaines obligations résultant de l'affiliation.

13. L'article 5, paragraphe 3, habilite le ministre des Affaires sociales à adopter des directives («richtlijnen») relatives à la

4 — Kamerstukken (documents parlementaires) II 1948-1949, 785, n° 5, p. 2.

5 — Annales parlementaires II, 1er février 1949, p. 1101.

dispense de l'affiliation obligatoire. C'est sur le fondement de cette disposition que le ministre responsable a pris la Beschikking van 29 décembre 1952 betreffende de vaststelling van de richtlijnen voor de vrijstelling van deelneming in een bedrijfspensioenfonds wegens een bijzondere pensioenvoorziening [6] (ordonnance portant établissement des directives relatives à la dispense d'affiliation à un fonds sectoriel de pension, en raison de l'affiliation à un régime spécial de pension, ci-après les «directives en matière de dispense» ou les «directives»). Ce texte a fait l'objet de plusieurs modifications.

14. Conformément à l'article 1er de ces directives, dans la version applicable aux faits des procédures au principal, c'est le fonds sectoriel de pension lui-même qui octroie les dispenses. Celles-ci doivent être demandées soit par un travailleur, à titre individuel, soit, comme c'est le cas dans les affaires au principal, par un employeur, pour l'ensemble de ses travailleurs.

15. L'article 1er confère au fonds un pouvoir discrétionnaire, lui permettant d'accorder la dispense de l'affiliation obligatoire lorsque l'entreprise concernée possède son propre régime de pension et pour autant que soient réunies les conditions énoncées à l'article 1er, sous a) à d). L'article 1er, sous a), énumère les types de régimes de pension qui sont admis en lieu et place, à savoir un fonds de pension d'entreprise, un autre fonds sectoriel de pension ou une police d'assurance groupe conclue auprès d'un assureur privé. L'article 1er, sous b), énonce que les prestations servies par les régimes particuliers de pension de l'entreprise doivent être au moins équivalentes à celles accordées par le fonds sectoriel de pension. L'article 1er, sous c), exige que le régime qui s'y substitue offre suffisamment de garanties d'exécution de ses obligations en matière de pension. L'article 1er, sous d), prévoit le versement d'une compensation raisonnable pour la perte actuarielle subie si la dispense entraîne le retrait de travailleurs du fonds.

16. L'article 5 des directives prévoit que le fonds doit accorder une dispense lorsque le régime particulier de pension de l'entreprise concernée satisfait aux trois premières conditions précitées et était déjà applicable six mois avant l'introduction de la demande à la suite de laquelle l'affiliation au fonds de pension a été déclarée obligatoire.

17. En vertu de l'article 8 des directives, toute décision prise sur une demande de dispense doit être motivée et une copie doit en être adressée à la chambre des assurances.

18. L'article 9 des directives prévoit la possibilité d'introduire une réclamation («bezwaar») à l'encontre d'une décision d'un fonds de pension refusant d'accorder une dispense. Le réclamant est alors entendu par la chambre des assurances. Selon le gouvernement néerlandais, la décision de la chambre des assurances ne constitue qu'une proposition de conciliа-

6 — *Staatscourant* 1953, 1.

tion et ne revêt pas force légale. La décision de la chambre des assurances n'est pas susceptible de recours.

19. Selon le gouvernement néerlandais, des dispenses peuvent jadis avoir été accordées à des entreprises qui faisaient partie d'un groupe d'entreprises ayant sa politique propre en matière de conditions de travail ou en faveur d'un employeur qui ne relevait que temporairement de l'affiliation obligatoire. En revanche, à l'audience, les entreprises demanderesses au principal ont soutenu qu'en réalité la dispense n'était jamais accordée, ou ne l'était que très rarement. Nous reviendrons ultérieurement sur les amendements récents relatifs aux dispenses.

20. L'article 3, paragraphe 4, de la loi sur les fonds sectoriels de pension permet au ministre responsable de mettre fin à l'affiliation obligatoire pour l'ensemble d'un secteur. L'article 3, paragraphe 5, de la loi sur les fonds sectoriels de pension prévoit que, lors de toute modification des règles régissant le fonds de pension, le ministre responsable est tenu de mettre fin à l'affiliation obligatoire, sauf s'il déclare ne pas avoir d'objections à formuler à l'encontre des modifications.

21. Le deuxième ensemble de dispositions applicables aux fonds sectoriels de pension figure dans la Wet van 15 mei 1962 houdende regelen betreffende pensioen- en spaarvoorzieningen (loi néerlandaise du 15 mai 1962 sur les fonds de pension et les fonds d'épargne, ci-après la «PSW»). Cette loi définit un cadre général valant pour toutes les catégories de fonds de pension et de fonds d'épargne. La loi vise à protéger les assurés, lorsqu'un employeur prend de tels engagements, en veillant à garantir que les fonds destinés aux pensions soient réellement utilisés à cette fin.

22. Dans ce but, l'article 2, paragraphe 1, de la PSW oblige les employeurs à choisir l'un des trois régimes destinés à séparer les fonds récoltés à des fins de pension du reste des avoirs de l'entreprise. L'employeur peut adhérer à un fonds sectoriel de pension, constituer un fonds de pension d'entreprise, ou souscrire des polices d'assurance groupe ou individuelles auprès d'une compagnie d'assurances.

23. L'article 1er, paragraphe 6, de la PSW précise qu'elle s'applique également aux fonds sectoriels de pension auxquels l'affiliation a été rendue obligatoire en vertu de la BPW.

24. Les articles 6a et 6b de la PSW, qui ont été introduits en 1990, prévoient que le comité de gestion de chaque fonds est tenu d'instituer, à la demande d'un certain nombre d'affiliés, un «conseil des affiliés» («deelnemersraad»), investi d'une mission d'avis relative à la gestion du fonds.

25. Dans l'intérêt des affiliés au régime, les articles 9 et 10 de la PSW définissent les modalités de gestion des fonds récoltés. La

règle générale en la matière est énoncée à l'article 9, qui oblige les fonds de pension à transférer le risque relatif aux engagements liés aux pensions ou à le réassurer. Donc, pour éliminer le risque de mauvaise gestion du fonds ou d'investissements malheureux de sa part, la loi prévoit que celui-ci ne peut employer les sommes récoltées qu'aux fins de conventions conclues avec des compagnies d'assurances.

26. Par dérogation à cette dernière règle, l'article 10 permet aux fonds de gérer et d'investir eux-mêmes les capitaux récoltés, à leurs propres risques. Pour être autorisé à procéder de la sorte, le fonds doit présenter aux autorités responsables un plan de gestion exposant dans le détail la façon dont il se propose de faire face au risque actuariel et au risque financier. Le plan doit être approuvé par la chambre des assurances. En outre, la surveillance exercée sur les fonds est permanente. Les comptes actuariels de résultats du régime doivent être régulièrement soumis pour approbation à la chambre des assurances. Il semble que, dans la pratique, tous les fonds sectoriels de pension existants gèrent eux-mêmes, à leurs propres risques, les cotisations de pension récoltées et que l'exception soit donc devenue la règle [7].

27. Les articles 13 à 16 de la PSW énoncent les règles relatives à l'investissement des sommes récoltées. En vertu de l'article 13, les avoirs du régime augmentés des prévisions de recettes doivent être suffisants pour couvrir les engagements en matière de pension. L'article 14 énonce que les placements doivent être effectués prudemment («op solide wijze»).

28. Les règles fiscales néerlandaises présentent aussi un certain intérêt aux fins des présentes affaires. Selon la Commission, les avantages accordés en matière de pension par la législation fiscale néerlandaise se limitent aux hypothèses dans lesquelles le montant total de la pension n'excède pas un niveau «raisonnable». Dans la pratique, ce niveau s'élève, pour une carrière de 40 ans, à 70 % du traitement individuel de fin de carrière. Donc, en réalité, ces dispositions ont pour effet de limiter le niveau des prestations qui peuvent être accordées dans le cadre de régimes de pension.

29. Selon le gouvernement néerlandais, il y a, à l'heure actuelle, 81 fonds sectoriels de pension, dont 66 auxquels l'affiliation est obligatoire. Selon les fonds parties défenderesses au principal, les fonds auxquels l'affiliation est obligatoire regroupent 91,6 % des personnes affiliées à un fonds sectoriel de pension. Aux Pays-Bas, 80 % des travailleurs salariés sont soumis à l'affiliation obligatoire à un fonds sectoriel de pension.

30. Selon le gouvernement néerlandais, parmi les 15 fonds sectoriels de pension auxquels l'affiliation n'a pas été rendue obligatoire par l'État, il en est beaucoup pour lesquels l'intervention de l'État n'est

7 — Lutjens, E.: *Pensioenvoorzieningen voor werknemers: juridische beschouwingen over ouderdomspensioen*, Zwolle, 1989, p. 364.

pas nécessaire, le plus souvent par suite des conventions collectives obligeant en fait tous les employeurs du secteur à affilier leurs travailleurs ou par suite de l'existence d'un nombre limité de gros employeurs dans le secteur concerné, qui ont de toute façon choisi d'affilier leurs travailleurs au fonds sectoriel concerné. Le gouvernement néerlandais affirme que les fonds sectoriels auxquels l'affiliation est restée purement volontaire ne concernent qu'un nombre limité de petits secteurs ou de secteurs qui ne connaissent plus d'activité économique significative.

III — Les faits dans la procédure au principal

A — *L'affaire C-67/96: Albany International*

31. La partie défenderesse au principal, la Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (ci-après le «Fonds de l'industrie textile» ou le «Fonds») est un fonds sectoriel de pension, au sens de la BPW, qui couvre l'industrie textile. Le demandeur au principal, Albany International BV (ci-après «Albany») est une entreprise active entre autres dans ce secteur industriel.

32. Les parties au principal et le gouvernement néerlandais s'accordent pour reconnaître que l'affiliation à différents fonds de pension couvrant chacun une partie différente de l'industrie textile a été rendue obligatoire, à la demande des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs, par un arrêté promulgué en 1952. Un certain nombre de fusions sont intervenues et, en 1975, la fusion des deux fonds qui demeuraient pour l'industrie textile, donnant naissance à un fonds unique pour l'ensemble de ce secteur industriel, a rendu nécessaire l'adoption d'un nouvel arrêté rendant obligatoire l'affiliation au fonds défendeur au principal. Depuis 1975, Albany s'est conformée à son obligation de s'affilier à ce régime.

33. A partir de 1975, le Fonds a opéré sur la base de ce qu'il est convenu d'appeler un système forfaitaire. Les prestations de pension n'étaient pas liées aux salaires des travailleurs, mais représentaient un montant fixe pour chaque travailleur par année de service. Selon Albany, le montant maximal de la pension qu'un travailleur pouvait espérer après 50 années de service ne s'élevait qu'à 200 HFL par mois.

34. C'est la raison pour laquelle en 1981, Albany a mis sur pied un régime complémentaire de pension géré par une compagnie d'assurances. Ce régime accordait aux travailleurs des prestations qui, combinées à la pension de base au titre de l'«AOW» et à la pension complémentaire servie par le Fonds, atteignaient, après 40 années de service, un montant total de pension représentant 70 % de leur dernier salaire.

35. A la suite de négociations entre les partenaires sociaux du secteur, le Fonds a

modifié les règles qui s'appliquaient à son régime complémentaire de pension et a introduit un régime de pensions liées aux salaires prenant effet le 1er janvier 1989. L'objectif de ce régime est analogue à celui du régime complémentaire d'Albany: faire en sorte que les travailleurs jouissent de prestations totales de pension s'élevant à 70 % de leur dernier salaire s'ils ont travaillé 40 ans.

36. Albany a considéré que son régime de pension restait plus généreux que le nouveau régime et que les changements qui devaient être apportés à son propre régime par suite de la modification du régime sectoriel obligatoire étaient disproportionnés et trop onéreux. C'est pourquoi Albany a demandé au Fonds d'être dispensée de l'affiliation.

37. Cette demande de dispense a été rejetée par le Fonds le 28 décembre 1990. Celui-ci fondait sa décision entre autres sur le motif que les directives relatives à l'octroi de dispenses ne l'obligeaient pas à accorder une dispense, car le régime particulier de pension prévu par Albany n'était pas en vigueur depuis six mois lors de l'introduction de la requête visant à rendre obligatoire l'affiliation au régime de pension. Albany n'aurait donc pu bénéficier d'une dispense que si elle avait créé son propre régime avant 1975.

38. Albany a introduit une réclamation contre cette décision devant la chambre des assurances. Dans une lettre adressée aux parties le 18 mars 1992, la chambre des assurances a constaté que, en vertu des directives en matière de dispense, le Fonds avait le droit de considérer qu'il n'était pas tenu d'accorder une dispense.

39. Toutefois, la chambre des assurances a ajouté:

« Attendu que, au moment de l'introduction de la modification des règles (le 1er janvier 1989), la réclamante avait déjà, depuis plusieurs années, offert à son personnel un régime de pension complémentaire au moins comparable à celui instauré à cette date par le Fonds, la chambre des assurances estime qu'il y a lieu de demander au Fonds de faire usage de son pouvoir d'accorder une dispense ou, à tout le moins, un délai de préavis, pour le cas où il serait démontré aux yeux de la chambre des assurances, ce qui ne l'a pas encore été à l'heure actuelle, qu'une attitude souple ne serait pas justifiée en l'occurrence. »

40. Malgré cet avis, le Fonds n'est pas revenu sur sa décision et, le 11 novembre 1992, à la requête du Fonds, une contrainte a été signifiée à Albany, lui enjoignant, conformément à l'article 18 de la BPW, de verser les cotisations réglementaires de 1989, majorées des intérêts ainsi que des frais d'encaissement.

41. Albany a formé opposition contre cette injonction devant le Kantongerecht Arn-

hem, en soutenant entre autres que le système néerlandais d'affiliation obligatoire était contraire aux règles de concurrence du traité.

42. Le Kantongerecht a adopté le point de vue de la chambre des assurances, selon lequel le régime d'Albany était au moins comparable aux dispositions instaurées dans le cadre du Fonds depuis le 1er janvier 1989. Le Kantongerecht a en outre estimé que les relations entre un fonds sectoriel de pension et ses affiliés étaient régies par «les exigences de la raison et de l'équité ainsi que par les principes généraux d'une saine administration». Dès lors, pour décider d'accorder ou non une dispense, un fonds sectoriel de pension devrait tenir compte dans une large mesure de l'avis d'une autorité indépendante désignée par la loi, telle que la chambre des assurances.

43. Eu égard à la violation alléguée du droit communautaire, par ordonnance du 4 mars 1996, le Kantongerecht a demandé à la Cour de justice de statuer sur les questions préjudicielles suivantes:

«1. Un fonds sectoriel de pension au sens de l'article 1er, paragraphe 1, sous b) de la Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds (loi sur l'affiliation obligatoire à un régime sectoriel de pension) est-il une entreprise au sens des articles 85, 86 ou 90 du traité CE?

2. S'il est répondu par l'affirmative à la question visée sous a), le fait de rendre obligatoire l'affiliation d'entreprises industrielles constitue-t-il une mesure prise par un État membre, qui annihile l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises ?

3. S'il doit être répondu par la négative à la question visée sous b), d'autres circonstances peuvent-elles avoir pour conséquence que l'affiliation obligatoire est incompatible avec les dispositions de l'article 90 du traité et, dans cette hypothèse, quelles sont ces circonstances?»

B — *Affaires jointes C-115/97, C-116/97 et C-117/97: Brentjens' Handelsonderneming*

44. Faisant suite à la requête qui lui avait été adressée le 8 mars 1958 par des organisations représentatives du secteur du commerce des matériaux de construction, le secrétaire d'État aux Affaires sociales a, par arrêté du 28 juin 1958 (ci-après l'«arrêté de 1958» ou l'«arrêté»), rendu obligatoire l'affiliation à la Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen (ci-après le «Fonds de pension du commerce des matériaux de construction» ou le «Fonds»). Cet arrêté, qui a été pris au titre de la BPW, a depuis lors été modifié à plusieurs reprises. L'arrêté prévoit l'affiliation obligatoire des travailleurs âgés de 23 à 64 ans qui travaillent

dans une entreprise qui a pour seul objet ou pour objet principal le commerce en gros de matériaux de construction.

45. Selon les parties à la procédure au principal, le Fonds opère sur la base de ce qu'il est convenu d'appeler un système forfaitaire. Les prestations de pension accordées ne sont pas liées aux salaires, mais représentent un montant fixe, identique pour chaque travailleur, par année de service. Selon le Fonds, le montant maximal de la pension, qui est fonction de la durée de la carrière, s'élève à 5 300 HFL sur une base annuelle. Dans la pratique, la majorité des travailleurs du secteur obtiennent en fin de compte une pension d'un montant total s'élevant à 70 % de leur dernier salaire.

46. L'entreprise Brentjens' Handelsonderneming (ci-après «Brentjens») a entamé ses activités en 1963. Le 1er janvier 1968, Brentjens a convenu, pour ses travailleurs, d'un régime de pension avec la compagnie d'assurance vie «De NV LevensverzekeringsMaatschappij de Nederlanden van 1870», qui est devenue par la suite «Generali Levensverzekeringsmaatschappij NV» (ci-après «Generali»), une entreprise néerlandaise relevant de la loi de 1963 sur le contrôle des compagnies d'assurances (Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf) et appartenant au groupe italien Assicurazioni Generali.

47. En 1989, le Fonds a appris l'existence de Brentjens et l'a affiliée, à compter du 1er janvier 1990, en la dispensant du versement des termes échus des cotisations. Le Fonds s'est donc engagé à respecter le régime de pension qui était en vigueur au cours de la période s'étendant de 1963 au 1er janvier 1990.

48. Brentjens a estimé que le régime de pension convenu avec Generali était plus avantageux que celui offert par le Fonds quant au niveau des cotisations comme des prestations et elle a demandé à être dispensée de l'affiliation obligatoire. Par décision du 23 août 1994, le Fonds a rejeté la demande de Brentjens. Brentjens a introduit une réclamation devant la chambre des assurances. La chambre des assurances n'a pas été sensible aux griefs de Brentjens et, dans une décision du 18 mai 1995, elle a estimé que la décision du Fonds était correcte.

49. Ensuite, le 13 mai 1996, le Fonds a adressé à Brentjens trois sommations distinctes de verser les cotisations dues pour les années 1990 à 1994, 1995 et 1996, conformément à son règlement de pension.

50. Brentjens a introduit devant le Kantongerecht Roermond trois procédures distinctes, par lesquelles elle demandait l'annulation de ces sommations. Il s'avère que Brentjens et Generali, agissant conjointement, ont parallèlement déposé plainte auprès de la Commission, contre le royaume des Pays-Bas et le Fonds, pour

violation des articles 3, sous g), 5, et 85, 90 et 86, ainsi que 52 et 59 du traité CE.

51. Le 18 mars 1997, le Kantongerecht a prononcé trois ordonnances identiques, par lesquelles il rejetait trois des quatre moyens soulevés par Brentjens. Sur le quatrième moyen, tiré de l'incompatibilité avec le droit communautaire de l'affiliation obligatoire au Fonds, le Kantongerecht a posé à la Cour les questions suivantes:

« 1) Faut-il interpréter l'article 85, paragraphe 1, du traité CE en ce sens que l'on est en présence d'un accord ou d'une décision d'une association d'entreprises, qui restreint la concurrence ou affecte les échanges entre les États membres, dans le sens où l'article 85, paragraphe 1, du traité CE vise tous ces éléments, lorsque, au sein d'un secteur déterminé, des partenaires sociaux élaborent des accords intéressant les pensions en créant pour l'ensemble du secteur un seul fonds sectoriel de pension auquel tous les travailleurs du secteur professionnel seront en principe obligatoirement affiliés et qui se verra conférer le droit exclusif de gérer les fonds récoltés dans le secteur d'activité?

2) Faut-il interpréter les articles 3, sous g), 5 et 85 du traité CE, lus conjointement, en ce sens qu'ils sont méconnus lorsque les autorités imposent aux entreprises d'un secteur d'activité déterminé de s'affilier à un fonds sectoriel de pension tel que décrit sous 1?

3) Faut-il interpréter la notion d''entreprise', telle que visée dans les dispositions du traité CE relatives à la concurrence (articles 85 à 94 du traité CE), en ce sens qu'elle couvre un fonds sectoriel de pension au sens de la 'Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds'?

4) Faut-il interpréter les articles 86 et 90 du traité CE, lus conjointement, en ce sens que ces dispositions sont méconnues lorsque les autorités confèrent un droit exclusif à un fonds sectoriel de pension qui aboutit à restreindre sérieusement la liberté de confier un régime de pension à un assureur privé?»

C — *Affaire C-219/97: Maatschappij Drijvende Bokken*

52. Le demandeur au principal, la Maatschappij Drijvende Bokken BV (ci-après «Drijvende Bokken»), a pour activité la location de grues flottantes, normalement avec des remorqueurs. Ces grues et remorqueurs sont utilisés pour l'industrie offshore, pour les travaux de construction et du bâtiment, pour les constructions et les

réparations navales, pour l'industrie chimique et pour hisser les charges lourdes sur les pontons et les bateaux.

53. La partie défenderesse au principal, la Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer-en Havenbedrijven (Fonds de pension des entreprises de transport et portuaires, ci-après le « Fonds portuaire » ou le « Fonds ») est un fonds sectoriel de pension au sens de la BPW. Par arrêté du 9 septembre 1959 (ci-après l'« arrêté de 1959 » ou l'« arrêté »), le secrétaire d'État aux Affaires sociales et à la Santé publique, agissant au nom du ministre des Affaires sociales, a rendu obligatoire l'affiliation au Fonds pour les travailleurs masculins de 18 ans et plus, occupés de manière habituelle dans une entreprise portuaire de la zone portuaire de Rotterdam. L'arrêté du 17 décembre 1991 en a étendu le champ d'application aux travailleurs occupés de manière habituelle dans une entreprise portuaire ou assimilée.

54. Selon Drijvende Bokken, le Fonds opère sur la base d'un système forfaitaire dans lequel les prestations de pension ne sont pas liées aux salaires des travailleurs.

55. Drijvende Bokken a estimé qu'elle ne relevait pas du champ d'application de l'arrêté et s'est dès lors affiliée à un autre fonds de pension. A la suite de l'extension du champ d'application de l'arrêté, intervenue en 1991, le Fonds a soutenu que Drijvende Bokken relevait du champ d'application de l'arrêté et que son affiliation au Fonds des travailleurs était obligatoire. C'est pourquoi le Fonds a finalement enjoint Drijvende Bokken de lui verser un montant de 132 000 HFL au titre des cotisations de pensions, intérêts et frais.

56. Drijvende Bokken a fait opposition contre cette injonction devant le Kantongerecht. Drijvende Bokken a soutenu, en premier lieu, qu'elle ne relevait pas du champ d'application de l'arrêté et, ensuite, que l'affiliation obligatoire était contraire aux règles de concurrence de la Communauté.

57. Le Kantongerecht a estimé que les salariés de Drijvende Bokken n'étaient pas employés dans une entreprise portuaire au sens de l'arrêté et a déclaré fondée l'opposition formée par Drijvende Bokken.

58. Le Fonds a fait appel de cette ordonnance devant l'Arrondissementsrechtbank (Tribunal de grande instance). Cette juridiction a estimé que les salariés de Drijvende Bokken travaillaient dans une entreprise portuaire ou assimilée et relevaient par conséquent du champ d'application de l'arrêté. L'Arrondissementsrechtbank a en outre rejeté le moyen de Drijvende Bokken tiré de l'incompatibilité avec les règles communautaires de concurrence de l'affiliation obligatoire au Fonds, estimant que le Fonds ne pouvait pas être considéré

comme une entreprise au sens des articles 85 et 86 du traité et avait plutôt le caractère d'une institution sociale.

59. Drijvende Bokken s'est pourvue devant le Hoge Raad, sur le moyen unique tiré de l'incompatibilité avec le droit communautaire de la règle de l'affiliation obligatoire. Le Hoge Raad a alors décidé de déférer à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

« 1) Un fonds sectoriel de pension, tel que [le Fonds], auquel, en vertu et conformément à la [BPW], la participation a été rendue obligatoire pour toutes les catégories de ceux qui sont associés à la vie de l'entreprise ou pour une ou plusieurs catégories déterminées, doit-il être considéré comme une entreprise au sens des articles 85, 86 ou 90 du traité CE?

2) Lorsqu'un certain nombre d'organisations, qui ont été ensuite considérées par le ministre comme constituant une représentation suffisante des organisations d'employeurs et des travailleurs au sens du premier paragraphe de l'article 3 de la [BPW], demandent au ministre, sur la base de cette disposition légale, de rendre obligatoire la participation à un fonds de pension déterminé, au sens de cette loi, cette action commune de ces organisations doit-elle alors être considérée comme un accord entre entreprises, comme une décision d'associations d'entreprises ou comme une pratique concertée au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité CE qui — au sens de cette disposition du traité — 1° est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres et 2° a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun?

3) Le fait de rendre la participation obligatoire comme nous l'avons mentionné doit-il être considéré comme une mesure susceptible de rendre inopérant l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises ou du moins comme une mesure qui revient à ce qu'un État membre impose ou favorise l'adoption d'accords incompatibles avec l'article 85 ou renforce leur effet ou bien cela n'est-il le cas que dans certaines circonstances et, dans ce cas, dans quelles circonstances?

4) Si la dernière question doit recevoir une réponse négative, d'autres circonstances peuvent-elles avoir pour conséquence que ce fait de rendre la participation obligatoire devient incompatible avec l'article 90 du traité CE et, dans ce cas, quelles sont ces circonstances?

5) Le fait de rendre la participation obligatoire peut-il être considéré comme étant un octroi à un fonds sectoriel de

pension d'un droit exclusif au sens de l'article 90, paragraphe 1, du traité CE et un tel fonds de pension obtient-il de ce fait une position dominante dont il abuse par le simple exercice du droit exclusif qui lui a été accordé, en particulier parce que le fait de rendre la participation obligatoire est susceptible d'affecter le commerce entre les États membres et parce que, en contradiction avec l'article 86, paragraphe 2, sous b), le service est limité au préjudice des entreprises obligatoirement affiliées et, le cas échéant, des travailleurs salariés? Ou bien le fait de rendre la participation obligatoire peut-il engendrer une situation dans laquelle un fonds de pension est amené à commettre un tel abus ou du moins est mis dans une situation dans laquelle il ne pourrait pas se mettre sans violer à cet égard l'article 86, tandis qu'en tout cas il n'y a pas de garantie d'avoir un système de concurrence non faussée?

6) Si le fait de rendre la participation obligatoire est incompatible avec le droit communautaire, cela implique-t-il que ce fait de rendre la participation obligatoire n'est pas valide en droit?»

IV — Recevabilité

60. Dans l'affaire Albany (C-97/96), les gouvernements français et néerlandais, citant les arrêts Meilicke [8], et Telemarsicabbruzzo e.a. [9] et l'ordonnance Max Mara [10], suggèrent que les questions pourraient être irrecevables au motif que la juridiction de renvoi ne décrit pas suffisamment le contexte juridique et factuel dans lequel ses questions sont soulevées. La Commission exprime elle aussi des doutes à ce sujet. Dans les affaires Brentjens (C-115/97 à C-117/97), le gouvernement français soulève une objection analogue.

61. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que les informations relatives au contexte factuel et juridique fournies dans les demandes préjudicielles poursuivent essentiellement deux objectifs.

62. En premier lieu, elles permettent à la Cour de parvenir à une interprétation du droit communautaire qui soit utile pour le juge national [11]. Comme l'a relevé la Cour, ces exigences valent tout particulièrement dans certains domaines, comme celui de la concurrence, qui sont caractérisés par des situations de fait et de droit complexes [12]. A cet égard, les parties au principal, le gouvernement néerlandais et la Commis-

8 — Arrêt du 16 juillet 1992 (C-83/91, Rec. p. I-4871).

9 — Arrêt du 26 janvier 1993 (C-320/90 à C-322/90, Rec. p. I-393).

10 — Ordonnance du 21 décembre 1995 (C-307/95, Rec. p. I-5083).

11 — Voir les arrêts Meilicke, précité à la note 8, point 26, et Telemarsicabbruzzo e.a., précité à la note 9, point 6.

12 — Arrêt Telemarsicabbruzzo e.a., précité à la note 9, point 7, et ordonnance du 19 mars 1993, Banchero (C-157/92, Rec. p. I-1085, point 5).

sion ont, dans leurs observations respectives, fourni à la Cour un nombre considérable d'informations sur les circonstances de fait qui ont donné lieu au litige et sur la législation néerlandaise. Malgré certaines lacunes que peuvent présenter les ordonnances des juridictions de renvoi, nous estimons donc que la Cour est à même d'apporter une réponse utile aux questions posées par la juridiction nationale.

63. L'exigence d'informations appropriées sur le contexte juridique et factuel répond également à un deuxième objectif, à savoir donner aux gouvernements des États membres ainsi qu'aux autres parties intéressées la possibilité de présenter des observations conformément à l'article 20 du statut CE de la Cour de justice. Il incombe à la Cour de veiller à ce que cette possibilité soit sauvegardée [13]. Il convient de rappeler, à cet égard, que seules les décisions de renvoi sont notifiées aux parties intéressées [14].

64. S'agissant, en premier lieu, du contexte juridique, nous admettons, tout comme les deux gouvernements et la Commission que, dans l'affaire Albany, le Kantongerecht a donné relativement peu d'informations. Il se borne à mentionner un certain nombre de dispositions de la BPW qui sont applicables en l'espèce. Toutefois, les deux demandes préjudicielles parallèles des affaires Brentjens et Drijvende Bokken ont été notifiées aux gouvernements et à la Commission, respectivement, quatre mois et trois mois avant la fin de la procédure écrite dans l'affaire Albany, raison pour laquelle la procédure dans cette dernière affaire a été suspendue. L'ordonnance rendue par le Hoge Raad dans l'affaire Drijvende Bokken, en particulier, comporte un exposé détaillé du cadre légal aux Pays-Bas. Les gouvernements français et néerlandais, ainsi que la Commission ont présenté leurs observations écrites relatives à l'affaire Albany après celles relatives à l'affaire Brentjens et parallèlement à celles relatives à l'affaire Drijvende Bokken. Il ressort des observations qu'ils ont présentées dans l'affaire Albany qu'ils étaient au courant des deux autres demandes préjudicielles. Dans ces conditions, il est manifeste que ceux qui souhaitaient présenter des observations étaient suffisamment informés du contexte juridique du moment aux Pays-Bas pour prendre position sur les questions soulevées.

65. S'agissant ensuite du contexte factuel, nous ne pouvons pas admettre l'affirmation selon laquelle les ordonnances de renvoi rendues dans les affaires Albany et Brentjens ne sont pas suffisamment explicites. Ces ordonnances expliquent clairement les raisons pour lesquelles les juridictions de renvoi estiment qu'une interprétation du droit communautaire leur est nécessaire pour pouvoir rendre leur jugement dans les affaires dont elles sont saisies ainsi que le raisonnement étayant leurs questions.

66. Nous estimons dès lors que les questions déférées dans les trois procédures sont recevables.

13 – Ordonnance Max Mara, précitée à la note 10, point 8, et ordonnance du 13 mars 1996, Banco de Fomento e Exterior (C-326/95, Rec. p. I-1385, point 7).

14 – Voir l'ordonnance Max Mara, précitée à la note 10, point 8, ainsi que l'ordonnance du 20 mars 1996, Sunino et Data (C-2/96, Rec. p. I-1543, point 5).

V — La portée des questions posées

67. Nous sommes d'accord avec la Commission pour retenir que les demandes préjudicielles des juridictions de renvoi soulèvent cinq questions distinctes.

68. La première est celle de savoir s'il y a infraction à l'article 85, paragraphe 1, du traité, lorsque des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs d'un secteur économique particulier conviennent, dans un cadre collectif, de constituer un fonds sectoriel de pension unique disposant du droit exclusif de gérer les cotisations récoltées et lorsqu'elles demandent conjointement aux pouvoirs publics de rendre l'affiliation à ce fonds obligatoire pour toutes les personnes relevant de ce secteur [15]. La deuxième question consiste à se demander si un État membre enfreint les dispositions combinées des articles 5 et 85 du traité lorsque, à la demande des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs, il rend l'affiliation à un régime sectoriel de pension obligatoire pour toutes les entreprises relevant de ce secteur [16]. La troisième question a pour objet de déterminer si les fonds de pension sectoriels néerlandais sont des «entreprises» au sens des règles de concurrence du traité [17]. La quatrième question porte sur le point de savoir si un État membre méconnaît les dispositions combinées des articles 86 et 90 du traité lorsqu'il prévoit l'obligation de s'affilier à un fonds sectoriel de pension et confère au fonds de pension un droit exclusif en matière de gestion des cotisations récoltées [18]. Enfin, la cinquième question consiste à s'interroger, pour le cas où une telle obligation de s'affilier doit être considérée comme contraire au droit communautaire, sur les conséquences en droit d'une décision en ce sens [19].

69. Albany, Brentjens et Drijvende Bokken demandent à la Cour d'examiner, comme sixième question, la compatibilité de la législation néerlandaise avec les dispositions combinées de l'article 90 et des articles 52 ou 59 du traité. Ils soutiennent que le Kantongerecht Arnhem a indirectement soulevé ce problème dans la troisième question posée dans l'affaire Albany, en demandant si «d'autres circonstances» peuvent avoir pour conséquence de rendre l'affiliation obligatoire incompatible avec l'article 90 du traité.

70. Il ressort de l'ordonnance de renvoi dans l'affaire Albany que le Kantongerecht a rédigé ses questions sur le modèle des trois dernières questions posées par le Hoge Raad dans l'affaire Van Schijndel et Van Veen [20]. Pour des raisons de procédure, la Cour n'a pas répondu à ces questions. Il est tout aussi manifeste que le Kantongerecht concevait ces trois questions dans l'unique

15 — Première question dans l'affaire Brentjens et deuxième question dans l'affaire Drijvende Bokken.

16 — Deuxième question dans l'affaire Brentjens, troisième question dans l'affaire Drijvende Bokken et, dans une certaine mesure, deuxième question dans l'affaire Albany.

17 — Troisième question posée dans l'affaire Brentjens, première question dans l'affaire Drijvende Bokken et première question dans l'affaire Albany.

18 — Quatrième question posée dans l'affaire Brentjens, quatrième et cinquième questions dans l'affaire Drijvende Bokken et troisième question dans l'affaire Albany.

19 — Sixième question posée dans l'affaire Drijvende Bokken.

20 — Arrêt précité à la note 2.

contexte des règles de concurrence communautaires. Aucun élément du dossier n'indique que les parties ou la juridiction nationale aient débattu de l'applicabilité de l'article 52 ou de l'article 59 du traité, qui exigent la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services à l'intérieur de la Communauté. Contrairement à la situation qui se présente dans l'affaire Brentjens, dans laquelle une compagnie d'assurances étrangère agissant par l'intermédiaire de sa succursale néerlandaise est concernée, l'affaire Albany ne semble présenter aucun élément d'extranéité. Dès lors, bien que les termes utilisés aient une portée apparemment assez large, les questions posées par le Kantongerecht ne sauraient être interprétées en ce sens qu'elles incluent la question de l'applicabilité de l'article 52 ou de l'article 59 du traité.

VI — L'article 85, paragraphe 1, du traité

71. Nous examinerons à présent la première question, par laquelle nous nous demanderons s'il y a infraction à l'article 85, paragraphe 1, du traité, lorsque des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs d'un secteur économique particulier conviennent, dans un cadre collectif, de constituer un fonds sectoriel de pension unique disposant du droit exclusif de gérer les cotisations récoltées et lorsqu'elles demandent conjointement aux pouvoirs publics de rendre l'affiliation à ce fonds obligatoire pour toutes les personnes relevant de ce secteur.

72. Albany, Brentjens et Drijvende Bokken soutiennent que ces circonstances sont constitutives d'une infraction à l'article 85, paragraphe 1, commise par les employeurs du secteur concerné. Leur argumentation est la suivante.

73. Tout d'abord, il y a «accord entre entreprises», au sens de l'article 85, paragraphe 1. Toute convention collective conclue entre organisations représentatives des employeurs et des travailleurs implique que les employeurs s'accordent pour négocier conjointement et pour être liés par les résultats des négociations. Dans les affaires que nous examinons, tous les employeurs se sont engagés à affilier leurs employés à un fonds de pension unique et à se conformer aux règles de ce fonds.

74. En deuxième lieu, ces accords ont pour objet ou pour effet de «restreindre le jeu de la concurrence». Le jeu de la concurrence est restreint en ce qui concerne les entreprises des employeurs: en effet, un facteur de coût important fait l'objet d'une harmonisation dans l'ensemble d'un secteur, la liberté de choisir le régime de pension le plus favorable est limitée et les employeurs n'ont pas la possibilité d'attirer des travail-

leurs par des régimes de pension plus avantageux. S'agissant du secteur de l'assurance vie, les compagnies d'assurances se voient exclues d'une partie importante du marché.

75. En troisième lieu, les conventions sont également «susceptibles d'affecter le commerce entre États membres». Les employeurs concernés ont des activités internationales. En outre, lesdites conventions ont pour effet de dissuader les compagnies d'assurances étrangères d'offrir des services transfrontaliers et de s'établir elles-mêmes aux Pays-Bas par l'intermédiaire de succursales.

76. Enfin, les conventions affectent sensiblement la concurrence et le commerce entre États membres. Chaque fonds de pension couvre un secteur entier de l'économie. Par ailleurs, dès lors que ces conventions existent virtuellement dans tous les secteurs de l'économie néerlandaise, il convient de tenir compte de leur effet cumulatif.

77. La Commission, les trois gouvernements qui ont présenté à la Cour des observations sur ce point et les fonds qui sont parties dans la procédure au principal estiment tous qu'il n'y a pas infraction à l'article 85, paragraphe 1, du traité. Ils formulent différents arguments à l'appui de ce point de vue.

78. Ils soutiennent d'abord que l'article 85, paragraphe 1, n'est pas applicable ratione materiae aux conventions collectives conclues entre organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs. A titre subsidiaire, ils affirment, selon le cas, qu'il n'y a pas accord entre «entreprises», qu'il n'y a pas de restriction à la concurrence, que le commerce entre États membres n'en est pas affecté ou, en tout cas, que, eu égard à la règle de minimis, lesdites conventions ne sont pas visées par l'article 85, paragraphe 1, du traité, car leur effets sur la concurrence ou sur les échanges sont négligeables.

79. Ces arguments soulèvent la question fondamentale du rapport entre l'interdiction énoncée à l'article 85, paragraphe 1, du traité et les conventions collectives conclues entre organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, une question que la Cour n'a, à l'heure actuelle, pas encore eu l'occasion d'examiner[21]. Eu égard à la nouveauté relative de cette question et à l'étendue potentielle des implications de la réponse qui sera donnée par la Cour, il peut être utile d'examiner la manière dont les systèmes de droit des ententes de différents États membres et des États-Unis ont traité ce problème.

21 — Voir néanmoins les conclusions de l'avocat général M. Lenz sous l'arrêt du 15 décembre 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921, points 273 et 274); voir également la décision 86/507/CEE de la Commission, du 30 septembre 1986, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/31.362 - Irish Banks' Standing Committee) (JO L 295, p. 28), ainsi que la réponse à la question écrite n° 777/89 (JO 1990, C 328, p. 3). Nous reviendrons ultérieurement sur ces textes.

A — *Aperçu comparatif*

80. En France, l'interdiction des ententes [22] s'applique aux conventions collectives conclues entre partenaires sociaux. Pour le Conseil de la concurrence, les conventions collectives ne sauraient être exclues «par nature» du champ d'application des règles de concurrence. Le Conseil de la concurrence voit dans le droit à la négociation collective une simple variante de la liberté contractuelle, soumise aux mêmes limites générales que celle-ci, y compris l'interdiction des ententes [23]. Les syndicats de salariés sont considérés comme des opérateurs économiques susceptibles d'exercer, de concert avec les employeurs, une influence sur le jeu de la concurrence [24]. Toutefois, après en avoir examiné les effets restrictifs ou après avoir procédé à une appréciation globale des facteurs anticoncurrentiels qu'elles comportent et de leurs avantages sur le plan social, le Conseil de la concurrence a considéré que la plupart des clauses des conventions soumises à son examen étaient compatibles avec les règles françaises de la concurrence [25].

81. Nous trouvons un bon exemple d'un raisonnement de cet ordre dans l'avis rendu par le Conseil de la concurrence dans une affaire comparable à celles que nous examinons, qui portait sur le système français de prévoyance collective [26]. Ce système offre des prestations sociales complémentaires à celles du système d'État de la sécurité sociale. Il couvre trois types de risques: le premier est la maladie et la maternité, le deuxième l'incapacité de travail et l'invalidité, et le troisième le décès. Le système a été instauré, à tout le moins en partie, en vertu de conventions collectives sectorielles conclues entre partenaires sociaux. Ces conventions désignent notamment un organisme de prévoyance, chargé à titre exclusif de l'administration des fonds. Il arrive souvent que, sur la requête conjointe des partenaires sociaux, l'affiliation à ce système soit rendue obligatoire pour l'ensemble du secteur, par décision du ministre compétent.

82. Une association d'assureurs-conseils qui souhaitait offrir ses services sur le marché de la prévoyance s'est plainte auprès des autorités de la concurrence à propos de ces deux dernières caractéristiques du système, à savoir l'exclusivité de la partie contractante et l'affiliation obligatoire d'employeurs qui n'avaient pas pris part à la procédure de négociation collective. Le Conseil de la concurrence a considéré que les organismes de prévoyance étaient des prestataires de services soumis aux règles de la concurrence. Les employeurs et les employés étaient eux aussi soumis aux règles de concurrence, directement ou indirectement par l'intermédiaire de leurs représentants, quant au contenu des conventions collectives qu'ils avaient

22 — Article 7 de l'ordonnance n° 86-1243, du 1er décembre 1986.

23 — Conseil de la concurrence, 26 juin 1990, décision n° 90-D-21, Syndicats d'artistes -interprètes.

24 — Arrêt du 6 mars 1991 de la Cour d'appel de Paris, Syndicat français des artistes interprètes et autres, cité dans *Contrats-Concurrence-Consommation*, 1991, 108: «[L]a prohibition édictée par l'ordonnance... intéresse toute forme de concertation, quels qu'en soient les auteurs et les victimes directes, dès lors qu'objectivement elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché».

25 — Voir le raisonnement développé dans la décision du Conseil de la concurrence citée à la note 23.

26 — Conseil de la concurrence, avis n° 92-A-01, du 21 janvier 1992, Syndicat français des assureurs-conseils.

conclues. Toutefois, s'agissant de la désignation d'un partenaire contractuel unique, les organisations d'employeurs et de travailleurs ont simplement exercé leur droit normal de choisir le prestataire de services avec lequel ils entendaient contracter. S'agissant de l'extension de la convention à l'ensemble du secteur, le Conseil de la concurrence a considéré qu'une telle extension constituait un élément d'égalisation des conditions d'exploitation des entreprises du secteur en même temps qu'elle était un facteur de progrès économique et social. Il n'y avait dès lors pas d'infraction aux règles de la concurrence.

83. En Finlande, l'article 2, paragraphe 1, de la Laki kilpailunrajoituksista 480/1992 (loi sur la concurrence) exclut de son champ d'application les accords concernant le marché du travail. Selon les travaux préparatoires de la loi, les conventions collectives en matière de conditions de travail échappent aux règles de concurrence. Il y est toutefois question de la possibilité d'appliquer la loi aux dispositions des conventions collectives ne se rapportant pas aux conditions de travail, comme celles qui contiennent des restrictions concernant les relations commerciales entre l'employeur et ses clients [27].

84. Le korkein hallinto-oikeus (Cour administrative suprême de Finlande) a rendu une décision importante concernant la portée de cette exception. L'affaire dont elle avait à connaître [28] portait sur des dispositions d'une convention collective de l'industrie du papier, restreignant la possibilité, pour les employeurs, d'utiliser des sous-traitants indépendants pour accomplir certaines tâches (telles que le nettoyage) qui étaient traditionnellement effectuées par des travailleurs salariés. Le korkein hallintooikeus a considéré qu'étaient seules exclues du champ d'application de la prohibition des ententes les dispositions des conventions collectives portant directement sur les conditions de travail, telles que les dispositions concernant le salaire, le temps de travail et la protection contre le licenciement. Selon cette juridiction, les restrictions sur lesquelles elle avait à statuer n'étaient donc pas visées par l'exception. Pour le korkein hallinto-oikeus, les travailleurs étaient suffisamment protégés par la disposition légale prévoyant l'interdiction de licencier des travailleurs pour cause de recours à la sous-traitance.

85. Au Danemark, l'article 2, paragraphe 1, de la loi sur la concurrence [29], qui a récemment été adoptée, prévoit que la loi est applicable à tout type d'activité économique. Selon les travaux préparatoires, la notion d'activité économique doit être comprise au sens large et inclut toutes les formes d'activité économique sur un marché de biens ou de services. Il n'est pas nécessaire que l'activité en cause vise le profit et le choix d'une forme juridique n'est pas déterminant pour l'applicabilité de la loi.

86. L'article 3 prévoit que la loi n'est pas applicable aux conditions de rémunération et de travail. Selon les travaux préparatoi-

27 — Kom. 1987:4, p. 61; HE 148/1987 vp., p. 14 et HE 162/1991 vp., p. 9.

28 — KHO taltio 1586, 11 avril 1995.

29 — Lov n° 384 du 10 juin 1997.

res, l'exception prévue par l'article 3 s'applique uniquement dans le cadre des relations entre employeurs et travailleurs.

87. Il résulte également des travaux préparatoires que l'exception prévue par la nouvelle loi doit être interprétée conformément à l'interprétation donnée aux lois antérieures sur les monopoles. Il convient dès lors d'encore se référer à un arrêt du Højesteret (Cour suprême du Danemark) rendu en 1965 [30]. Cet arrêt portait sur des dispositions d'une convention collective ayant eu pour conséquence d'exclure certaines catégories de consommateurs de la fourniture de vêtements fabriqués d'une manière moins onéreuse. Le Højesteret a considéré que l'exception ne s'appliquait pas dès lors que les dispositions de la convention collective allaient au-delà des conditions de rémunération et de travail. Le Højesteret a également considéré que le champ d'application ratione personae de la loi s'étendait aux partenaires sociaux pour autant que ceux-ci traitent «d'intérêts économiques de ce type». Il en résulte qu'au Danemark l'interdiction des ententes s'applique aux dispositions d'une convention collective qui «ont trait à une activité économique» sans «porter sur les conditions de rémunération et de travail».

88. En Allemagne, le Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (loi fédérale contre les restrictions à la concurrence, ci-après le «GWB») exclut certains domaines de l'économie et certains accords de son champ d'application matériel. Toutefois, ni le marché du travail ni les conventions collectives ne sont expressément mentionnés.

89. L'interdiction générale des ententes ne concerne que les accords qui «sont susceptibles d'influencer la production ou les conditions du marché des biens ou des prestations de service à caractère commercial» [31]. Selon les travaux préparatoires, le travail salarié ne saurait être qualifié de «prestations à caractère commercial». Les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux en matière de salaires et de conditions de travail échapperaient donc à l'interdiction des ententes [32].

90. Les cours et tribunaux ainsi que le Bundeskartellamt (Office fédéral des ententes) ont été amenés, à plusieurs reprises, à apprécier la légalité d'accords collectifs entre partenaires sociaux qui portaient sur les horaires d'ouverture des commerces ou, plus généralement, les heures d'ouverture dans certains secteurs, déterminées soit directement, soit indirectement, par le régime des horaires de travail.

91. Le Bundesarbeitsgericht (Cour fédérale du travail) a dit pour droit [33] que les

30 – Ufr. 1965.634H, voir Ufr. 1965B.260.

31 – «... soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder *gewerblichen Leistungen* durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.»

32 – Amtliche Begründung für den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbs- beschränkungen, BT-Drucks. 2/1158, p. 30.

33 – Arrêt du 27 juin 1989, 1 AZR 404/88, partiellement reproduit dans WuW/E VG 347.

conventions collectives conclues entre partenaires sociaux échappaient en principe au champ d'application matériel des règles de concurrence. Le Bundesarbeitsgericht a fondé son point de vue sur plusieurs motifs. Le Bundesarbeitsgericht a constaté, à titre liminaire, que les négociations collectives constituaient l'une des activités protégées en vertu des droits fondamentaux conférés par l'article 9, paragraphe 3, du Grundgesetz (loi fondamentale allemande). En deuxième lieu, le marché du travail bénéficiait, politiquement, d'un statut spécial (ordnungspolitische Sonderstellung). En troisième lieu, les conditions d'application de l'article 1er du GWB n'étaient pas réunies: les syndicats ne pouvaient pas être qualifiés d'entreprises au sens du droit de la concurrence dès lors qu'ils n'opéraient pas sur les marchés des biens et des services. Les conventions collectives n'étaient donc pas des accords entre entreprises. Dès lors, les conditions préalables nécessaires à la conclusion de telles conventions, à savoir la décision des employeurs de négocier conjointement, devaient aussi bénéficier d'une exemption au titre du droit de la concurrence. Le quatrième motif était l'impossibilité d'une mise en balance des intérêts en l'absence de critères normatifs clairs. Enfin, le Bundesarbeitsgericht relevait que l'interdiction des ententes ne s'appliquerait qu'en cas de collusion abusive entre employeurs qui utiliseraient intentionnellement le cadre des conventions collectives pour couvrir une entente contraire à la concurrence sur des marchés de biens ou de services.

92. Le Bundeskartellamt a abouti à une conclusion différente. Dans un avis relatif à une convention collective qui harmonisait directement la fin des activités commerciales le samedi et pendant les périodes de vacances dans le secteur du commerce de gros [34], le Bundeskartellamt a considéré que de tels accords affectaient directement les marchés de biens et de prestations commerciales et, partant, n'échappaient pas a priori à l'application de l'article 1er du GWB. Le Bundeskartellamt a distingué ces accords de ceux qui se bornaient à réglementer le temps de travail.

93. Dans une deuxième affaire, le Bundeskartellamt est même allé plus loin [35]: dans le secteur du commerce de détail, les partenaires sociaux étaient convenus d'horaires de travail harmonisés qui, indirectement, empêchaient les propriétaires de magasins d'ouvrir après une heure déterminée. Le Bundeskartellamt a considéré qu'un régime d'horaires de travail découlant de négociations collectives constituait un cas particulier eu égard à sa nature double. D'une part, les heures d'ouverture constituaient un facteur de concurrence important dans le secteur du commerce de détail. Les syndicats et les employeurs influençaient indirectement, mais effectivement, l'activité des entreprises sur les marchés de biens et de services et exerçaient donc une activité économique. D'autre part, pour autant qu'elles concernent les conditions de travail, les négociations collectives étaient protégées en vertu de droits fondamentaux. Dans cette hypothèse de conflit spécifique et exceptionnelle, il n'y avait qu'une mise en balance des intérêts impliqués qui puisse déboucher sur une solution admissible.

34 — Lettre du Bundeskartellamt du 31 janvier 1961 - Z 2 - 121 000 - 465/60, reproduite dans WuW/E Bkarta 339.

35 — Observations écrites du Bundeskartellamt dans une procédure devant le Landgericht Berlin, du 3 avril 1989 - P. 178/88, sommaire dans WuW 1989, p. 563 et 564.

Dans le cas d'espèce, l'intérêt de la concurrence devait primer.

94. Le Kammergericht Berlin (juridiction régionale d'appel), statuant en degré d'appel [36] sur les clauses relatives aux horaires de travail qui avaient précisément fait l'objet de l'avis du Bundeskartellamt [37], a adopté un troisième type de raisonnement. Le Kammergericht a considéré que ni les conventions collectives ni les parties contractantes à de telles conventions n'étaient a priori exclues du champ d'application du droit allemand de la concurrence. Toutefois, l'article 1er du GWB reconnaissait la légalité de conventions collectives portant sur les conditions de travail et les salaires lorsque ces conventions n'étaient pas susceptibles d'influencer les «conditions du marché de biens ou de prestations de services à caractère commercial». S'agissant des conventions collectives spécifiques dont il était question en l'occurrence, le Kammergericht a estimé que l'influence restrictive, indirecte mais réelle, des heures d'ouverture des commerces sur le marché des biens conduisait en principe à une infraction à l'interdiction des ententes. Toutefois, les conventions relatives aux horaires de travail étaient inhérentes à la substance (im Kernbereich) du droit allemand fondamental de négociation collective. De telles conventions échappaient dès lors totalement aux interdictions énoncées dans des lois ordinaires.

95. Au Royaume-Uni, en vertu du Fair Trading Act 1973, le Secretary of State pouvait soumettre des pratiques restrictives en matière de travail à la Monopolies and Mergers Commission (commission des monopoles et des fusions) afin d'examiner leurs effets sur l'intérêt public. Jusqu'il y a peu, cette disposition n'avait jamais été invoquée: il était de tradition, au Royaume-Uni, que le droit de la concurrence ne soit pas invoqué pour traiter des questions de droit du travail [38]. La première procédure soumise à la Monopolies and Mergers Commission au titre du Fair Trading Act 1973 date de 1988: elle concernait des pratiques de travail dans le secteur de la télévision et du tournage de films. La Monopolies and Mergers Commission a conclu que les pratiques en question n'avaient pas d'effets contraires à l'intérêt public [39]. Il ne semble pas que la situation soit substantiellement différente en vertu du Competition Act 1998 (nouvelle loi sur la concurrence de 1998), qui s'inspire largement des articles 85 et 86 du traité.

96. Aux États-Unis, les activités des syndicats échappent en principe à l'interdiction des ententes énoncée à l'article 1er du Sherman Act [40], par suite d'une exemption des relations de travail de l'application des règles de concurrence («labor exemption»), résultant d'une part de la loi («statutory exemption») et d'autre part de la jurisprudence de la Cour suprême («non statutory

36 — Arrêt du Kammergericht du 21 février 1990 - Kart. U 4357/89, reproduit dans WuW/E OLG 4531.

37 — Voir note 35.

38 — Whish, R.: *Competition Law*, Butterworths, troisième édition, 1993, p. 77. Voir également, dans le cadre de l'ancien Restrictive Trade Practices Act 1976, les exceptions en matière de travail inscrites aux sections 9(6) (biens) et 18(6) (services): les accords relatifs aux salaires, aux conditions de travail, aux horaires de travail et aux conditions de travail ne devaient pas être notifiés.

39 — Labour Practices in TV and Film-making, Cm 666 (1989).

40 — «Sont interdits tous contrats, coalitions sous la forme de trust ou sous une autre forme, ou collusions en vue de restreindre les échanges entre les différents États ou avec des nations étrangères.» («Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations is hereby declared to be illegal.»)

exemption»). La portée respective de ces exceptions est néanmoins limitée.

97. S'agissant de l'exemption légale, dès 1914, le Congrès américain a adopté le Clayton Act, qui visait à faire échapper au droit de la concurrence les actes unilatéraux accomplis par les syndicats dans le cadre de conflits du travail. Le Clayton Act affirme entre autres que «le travail salarié ne saurait être traité comme un objet de commerce» («[t]he labour of a human being is not a commodity or article of commerce»). Comme la volonté du législateur a été en partie contrecarrée par l'interprétation restrictive donnée au Clayton Act par les cours fédérales[41], le Congrès a adopté, en 1932, le Norris-La Guardia Act, qui était destiné à étendre le champ d'application de l'exemption. Dans l'affaire United States/Hutcheson[42], la Cour suprême a défini les trois conditions d'application de cette exception légale. Tout d'abord, il faut qu'il y ait conflit de travail. En deuxième lieu, le syndicat doit agir dans le cadre de la poursuite de ses propres intérêts («self interest»). Enfin, le syndicat ne doit pas agir de concert avec des groupes non syndicaux, c'est-à-dire avec les employeurs.

98. Alors que l'exemption légale ne s'appliquait pas aux conventions conclues entre syndicats et employeurs, la Cour suprême a reconnu, dans une jurisprudence ultérieure, l'existence d'une exemption extralégale («non-statutory exemption»), limitée cependant aux accords portant sur les salaires et les conditions de travail. Dans l'arrêt Connell Construction/Plumbers and Steamfitters Local Union n° 100[43], la Cour suprême a affirmé:

«L'exemption extralégale trouve son origine dans la politique intense menée en matière de travail, qui favorise l'association de travailleurs en vue d'éliminer la concurrence dans le domaine des salaires et des conditions de travail. Lorsque les efforts entrepris par les syndicats en vue d'organiser les travailleurs et d'uniformiser les salaires sont couronnés de succès, la concurrence des prix entre employeurs en sera finalement affectée, mais les buts de la législation fédérale du travail ne seraient jamais atteints si ces effets sur le jeu de la concurrence entre entreprises étaient considérés comme une violation du droit des ententes. C'est pourquoi la Cour a reconnu que la politique menée en matière de travail appelait à une attitude de tolérance à l'égard de l'atténuation de la concurrence fondée sur les différences de salaires et de conditions de travail.... Toutefois, les impératifs de la politique sociale ne confèrent pas aux syndicats la faculté d'imposer directement des restrictions au jeu de la concurrence entre les entreprises dans lesquelles leurs membres travaillent. Ainsi, si l'exemption légale autorise les syndicats à mettre en œuvre certaines restrictions en agissant de manière unilatérale... l'exemption extralégale n'offre pas une protection analogue lorsqu'un syndicat et une partie non liée à l'intérêt des travailleurs s'entendent pour restreindre le jeu de la concurrence sur un marché de biens ou de services.»

41 — Duplex Printing Press Co./Deering, 254 US 443.

42 — 312 US 219.

43 — Arrêt du 2 juin 1975, 421 US 616.

(«The non-statutory exemption has its source in the strong labour policy favouring the association of employees to eliminate competition over wages and working conditions. Union success in organising workers and standardising wages ultimately will affect price competition among employers, but the goals of federal labour law never could be achieved if these effects on business competition were held a violation of the antitrust laws. The Court therefore has acknowledged that labour policy requires tolerance for the lessening of business competition based on differences in wages and working conditions.... Labour policy clearly does not require, however, that a union have freedom to impose direct restraints on competition among those who employ its members. Thus, while the statutory exemption allows unions to accomplish some restraints by acting unilaterally..., the non-statutory exemption offers no similar protection when a union and a non-labour party agree to restrain competition in a business market.»)

99. Il serait utile d'examiner brièvement trois décisions majeures de la Cour suprême des États-Unis, relatives à la portée de l'exemption extralégale.

100. L'affaire United Mine Workers of America/Pennington [44] portait sur une prétendue entente secrète entre les syndicats et de grandes compagnies du secteur du charbon visant à imposer, entre autres, les salaires prévus dans une convention collective à tous les opérateurs du secteur, en ne tenant pas compte de leur possibilité de les payer, et ce en vue de contraindre les petits employeurs à cesser leurs activités.

101. La majorité des juges (6 contre 3) a considéré que ce comportement ne saurait bénéficier d'une exemption de l'interdiction des ententes. L'exemption légale ne s'appliquait pas dès lors qu'il y avait accord entre un syndicat et des employeurs. Un accord collectif portant sur les prix de vente du charbon constituerait manifestement une violation des règles de concurrence. En revanche, les salaires sont de l'essence même des négociations collectives entre les employeurs et le syndicat. Aussi, l'effet sur le marché du produit de l'élimination de la concurrence en matière de salaires entre employeurs réunis pour négocier des conventions collectives relatives aux salaires ne constituait en principe pas le type de restrictions que le Congrès entendait interdire en adoptant le Sherman Act («not the kind of restraint Congress intended the Sherman Act to proscribe»). Un syndicat pouvait dès lors conclure un accord salarial dans le cadre de négociations collectives menées avec une entité regroupant un certain nombre d'employeurs et chercher, dans le cadre de la défense de ses propres intérêts, et non par voie d'accord avec tout ou partie des employeurs de cette organisation, à imposer des salaires identiques aux autres employeurs. Cependant, «il n'est pas permis à un groupe d'employeurs de s'entendre en vue d'éliminer des concurrents de la branche concernée et le syndicat est responsable au même titre que les employeurs s'il participe à l'entente» («one group of employers may not conspire to eliminate competitors from the industry and the union is liable with the employers if

44 – Arrêt du 7 juin 1965, 381 US 657.

it becomes a party to the conspiracy »). Il en résulte que l'accord allégué, conclu entre les syndicats et les grands producteurs de charbon en vue d'assurer des normes de travail uniformes dans l'ensemble du secteur, ne pouvait pas bénéficier d'une exemption des règles de la concurrence.

102. L'arrêt Meat Cutters/Jewel Tea Co. [45], rendu par la Cour suprême le même jour, portait sur les heures d'ouverture des commerces. Un syndicat local censé représenter tous les bouchers de la zone a conclu un accord avec une association commerciale de détaillants en alimentation prévoyant que les départements viandes des magasins d'alimentation ne seraient ouverts que de 9 heures à 18 heures, du lundi au samedi. Confronté à une menace de grève s'il ne ratifiait pas cet accord, un employeur a signé la convention pour ensuite attaquer en justice le syndicat en réclamant l'annulation de l'accord au titre du Sherman Act.

103. La majorité des juges (6 contre 3) a considéré que les règles du droit de la concurrence n'étaient pas applicables, mais ils ne sont pas tombés d'accord sur le raisonnement aboutissant à cette conclusion. Trois juges de la majorité ont estimé que la restriction des heures de vente était à ce point liée aux salaires, aux horaires de travail et aux conditions de travail que des négociations menées librement et de bonne foi à propos de ce type de dispositions bénéficiaient d'une exemption du Sherman Act. Les trois autres juges de la majorité, qui avaient émis une opinion dissidente dans l'affaire United Mine Workers of America/Pennington, ont considéré que, par leur nature même, des négociations collectives portant sur des objets pouvant légalement faire l'objet de négociations en vertu du droit du travail pertinent échappaient au droit de la concurrence. Ils ont soutenu, à titre principal, que les juges étaient tenus de respecter la volonté du législateur et qu'aucun critère normatif ne permettait à une juridiction de la concurrence d'opérer une distinction entre conventions collectives utiles à la concurrence et conventions collectives qui lui étaient préjudiciables.

104. La minorité a estimé que l'accord concernait directement le marché des produits en cause et ne comportait aucun effet bénéfique à la concurrence. Pour la minorité des juges, l'accord était dès lors interdit en vertu du Sherman Act.

105. Dans son arrêt Brown/Pro Football, rendu récemment [46], la Cour suprême avait à connaître d'une situation dans laquelle, après des négociations collectives ayant conduit à une impasse, des employeurs, agissant collectivement et de manière unilatérale, avaient imposé à leurs salariés certaines conditions de travail. L'affaire portait sur une situation un peu particulière, ayant trait aux négociations entre la National Football League (la ligue natio-

45 — Arrêt du 7 juin 1965, 381 US 676.

46 — 116 S. Ct. 2116 (1996).

nale de football) et le syndicat des joueurs de football.

106. La majorité des juges (8 contre 1) a considéré que l'exemption jurisprudentielle couvrait des accords conclus entre employeurs, après l'échec de négociations, en vue de mettre en vigueur les conditions de la dernière proposition formulée de bonne foi par les employeurs en matière de salaires, pour autant que ces actes relèvent incontestablement du domaine du droit du travail et de la politique du travail. Les juges ont estimé, en premier lieu, que les négociations collectives impliquant une pluralité d'employeurs constituaient, en elles-mêmes, une méthode bien établie, importante et efficace, de négociations collectives, présentant des avantages pour tous les partenaires sociaux. En deuxième lieu, soumettre la pratique en cause au droit de la concurrence revenait à demander aux juridictions de la concurrence de répondre à une multitude de questions pratiques importantes portant sur la façon dont les négociations collectives portant sur les conditions de travail devaient être menées — l'effet que l'exemption relative au travail visait précisément à éviter. Enfin, ouvrir la voie à une responsabilité au titre du droit de la concurrence menaçait d'engendrer instabilité et incertitude dans les négociations collectives.

107. Le juge ayant émis une opinion dissidente (le juge Stevens) a exprimé le point de vue selon lequel ni les politiques sous-jacentes aux lois en matière de travail et de concurrence, ni la finalité de l'exemption jurisprudentielle ne constituaient un motif justifiant une dispense de l'examen au titre du droit de la concurrence d'une action collective engagée par des employeurs pour abaisser les salaires en dessous du niveau qui aurait été atteint dans le cadre du marché libre.

108. Nous pouvons résumer de la manière suivante les conclusions à tirer de cette brève étude comparative:

109. Tous les systèmes examinés prévoient de faire échapper, dans une certaine mesure, les accords entre partenaires sociaux à l'interdiction des ententes contraires à la concurrence. Toutefois, cette exonération n'est pas illimitée.

110. Les fondements légaux de cette exonération et les mécanismes juridiques permettant de l'obtenir diffèrent largement; nous trouvons ainsi:

— la primauté d'un droit fondamental de mener des négociations collectives (Allemagne);

— une exemption formelle inscrite dans les lois sur la concurrence ou dans

d'autres lois (Danemark, Finlande, exemption légale aux États-Unis);

— des créations jurisprudentielles (exemption jurisprudentielle aux États-Unis);

— l'exigence, pour qu'il y ait infraction à l'interdiction des ententes, d'une condition spécifique qui normalement n'est pas réunie dans le cas desdites conventions (Allemagne);

— une application des conditions générales de l'infraction à l'interdiction des ententes permettant d'aboutir au résultat recherché (France);

— une tradition de non-application des règles de concurrence aux relations du travail (Royaume-Uni).

111. La portée de l'exonération varie elle aussi. Néanmoins, les juridictions se posent régulièrement les questions suivantes:

— Les accords examinés portent-ils sur les salaires, les horaires de travail ou d'autres conditions de travail, soit les matières qui sont de l'essence même des négociations collectives?

— Dans quelle mesure les accords affectent-ils les marchés de biens et de services sur lesquels les entreprises concernées exercent leur activité?

— Dans quelle mesure les accords affectent-ils des tiers? Les tiers susceptibles d'être affectés sont les entreprises opérant sur le même marché qui n'étaient pas parties aux négociations, les entreprises opérant sur d'autres marchés, et les consommateurs.

— Les accords poursuivent-ils un objectif contraire à la concurrence?

— Vaut-il mieux appliquer des règles rigides ou procéder à une appréciation comparative, au cas par cas, des intérêts en conflit?

112. C'est dans ce cadre que nous analyserons à présent l'article 85, paragraphe 1, du traité. Nous examinerons, successivement, l'applicabilité ratione materiae de l'article 85, paragraphe 1, du traité, ensuite, la question de savoir s'il y a accord

ou pratique concertée entre entreprises et, enfin, la question de savoir si ces accords ou pratiques concertées restreignent sensiblement la concurrence.

B — *Applicabilité ratione materiae de l'article 85, paragraphe 1, du traité*

113. Selon les Fonds de pension, ainsi que selon les gouvernements néerlandais, français et suédois, l'article 85, paragraphe 1, du traité n'est, par principe, pas applicable ratione materiae aux conventions collectives conclues en matière de pension entre organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs. Nous pouvons résumer leurs arguments de la façon suivante.

114. Tout d'abord, ces conventions portent sur des matières sociales et visent la réalisation d'objectifs sociaux du traité. L'applicabilité de l'article 85, paragraphe 1, compromettrait la réalisation de ces objectifs.

115. Ensuite, l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité priverait les partenaires sociaux de leur droit fondamental à la négociation collective, reconnu par différents instruments tant internationaux qu'européens.

116. Enfin, l'applicabilité de l'article 85, paragraphe 1, serait incompatible avec différentes dispositions de droit communautaire qui encouragent expressément et favorisent les négociations collectives entre organisations représentatives d'employeurs et d'employés.

117. Ces arguments soulèvent deux questions distinctes, que nous voudrions examiner séparément.

118. Le premier argument porte sur l'objet de ces accords. Il soulève la question de savoir si, quelle que soit sa forme, un accord déterminé échappe au champ d'application des règles de concurrence parce qu'il se rapporte à des questions d'ordre social, telles que les conditions de travail ou les pensions, et parce qu'il poursuit un objectif social. En d'autres termes, existe-t-il, dans le droit européen de la concurrence, une exception généralisée en faveur du secteur social?

119. Les deuxième et troisième arguments se rapportent à la structure dans le cadre de laquelle ces accords sont conclus. Ils soulèvent la question, plus limitée, de savoir si des accords collectifs conclus entre partenaires sociaux bénéficient d'un statut spé-

cial en droit communautaire, faisant en sorte que, par principe, l'article 85, paragraphe 1, ne puisse pas s'appliquer à ces accords. Y a-t-il en l'occurrence une exception au profit des négociations collectives entre partenaires sociaux?

1. *Existe-t-il une exception générale en faveur du domaine social?*

120. L'article 85, paragraphe 1, du traité fait partie du «régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur» qui, conformément à l'article 3, sous g), du traité, constitue l'un des éléments constitutifs de l'action de la Communauté.

121. L'article 3, sous i), prévoit que l'action de la Communauté comporte également «une politique dans le domaine social». L'article 2 énonce que la Communauté a pour mission, entre autres, «de promouvoir un développement harmonieux et équilibré des activités économiques» et «un niveau d'emploi et de protection sociale élevé».

122. Les Fonds déduisent de ces dispositions que le domaine social échappe aux règles de la concurrence. Les règles de concurrence ne peuvent pas et ne doivent pas intervenir dans le domaine social, eu égard aux particularités qui lui sont inhérentes. Ils soutiennent que les conventions collectives conclues entre organisations représentatives des employeurs et des travailleurs visent la réalisation des objectifs sociaux du traité. Elles relèvent dès lors du domaine social lequel, par principe, échappe aux dispositions des articles 85 et 86 du traité.

123. Nous ne partageons pas ce point de vue. La Cour a constamment rappelé que, «lorsque le traité a entendu soustraire certaines activités à l'application des règles de concurrence, il a prévu une dérogation expresse à cet effet» [47]: il en est ainsi notamment de l'agriculture, en vertu de l'article 42, premier alinéa, du traité CE, des équipements militaires en vertu de l'article 223, paragraphe 1, sous b), et, dans une mesure limitée, de certaines entreprises en vertu de l'article 90, paragraphe 2.

124. S'agissant du domaine social, il n'existe aucune disposition dans le traité qui, à l'instar de l'article 42, exclue expressément l'application des règles du droit de la concurrence ou fasse dépendre cette application d'une décision du Conseil.

125. Par ailleurs, la Cour a soutenu sans aucune équivoque l'applicabilité des règles de concurrence communautaires à un certain nombre d'autres secteurs «spéciaux» qui, dans certains États membres, ne relèvent pas du champ d'application des règles

47 — Voir, par exemple, l'arrêt du 30 avril 1986, Asjes e.a. (209/84 à 213/84, Rec. p. 1425, point 40).

de concurrence. L'applicabilité des règles de concurrence à ces secteurs avait été fréquemment mise en doute au nom d'arguments tirés des caractéristiques particulières des secteurs concernés et des contradictions inhérentes aux objectifs politiques énumérés à l'article 3 du traité.

126. La Cour a cependant régulièrement rejeté de tels arguments et a appliqué les articles 85 et 86 à des secteurs tels que les transports [48], l'énergie [49], les banques [50] ou les assurances [51]. La Cour a relevé qu'il existait d'autres mécanismes, tels que les exemptions qui peuvent être accordées au titre de l'article 85, paragraphe 3, permettant de tenir compte des particularités de certains secteurs [52]. Dans ces arrêts, la Cour n'a pas admis que l'existence de contradictions dans les objectifs poursuivis, tels que ceux inscrits à l'article 3, sous f) (une politique commune dans le domaine des transports), et à l'article 3, sous t) (des mesures communautaires dans le domaine de l'énergie), exclue en soi l'application des règles de concurrence aux secteurs concernés. Le simple fait que la Communauté poursuit une certaine politique ne saurait avoir pour effet de faire échapper le domaine économique concerné aux règles de concurrence.

127. Enfin, et cette observation revêt une importance particulière dans le contexte des affaires à l'examen, dans une série d'arrêts importants, la Cour a d'ores et déjà admis le principe de l'application des règles de concurrence au domaine social, et en particulier aux domaines du travail et des pensions. La Cour a ainsi admis ce principe à propos du marché du travail dans les arrêts Höfner et Elser [53] et Job Centre [54], et à propos des pensions dans les arrêts Poucet et Pistre [55] et FFSA e.a. [56]. Il sera nécessaire d'examiner ultérieurement ces affaires de manière plus complète. Il suffit, à l'heure actuelle, de relever que, en examinant la question de savoir si les organismes concernés devaient être qualifiés d'entreprises au sens des articles 85 et 86, la Cour a implicitement reconnu que les règles de concurrence s'appliquaient ratione materiae à ces domaines. Plus récemment, dans l'arrêt Sodemare e.a., sans même examiner la question de savoir si des organismes ne poursuivant pas un but lucratif qui exerçaient des activités dans le domaine sanitaire devaient être qualifiés d'entreprises, la Cour a purement et simplement appliqué les règles de concurrence et a estimé qu'il n'y avait pas accord au sens de l'article 85, paragraphe 1 [57].

128. Cette conclusion n'est pas démentie par l'arrêt García e.a., invoqué en particulier par le gouvernement français [58]. Cette affaire portait sur l'applicabilité ratione personae de la troisième directive «assu-

48 — Arrêts Asjes e.a., précité à la note 47, point 40 et du 11 avril 1989, Ahmed Saeed Flugreisen et Silver Line Reisebüro (66/86, Rec. p. 803).

49 — Arrêt du 27 avril 1994, Almelo e.a. (C-393/92, Rec. p. I-1477).

50 — Arrêt du 14 juillet 1981, Züchner (172/80, Rec. p. 2021, points 6 à 9).

51 — Arrêt du 27 janvier 1987, Verband der Sachversicherer/Commission (45/85, Rec. p. 405).

52 — Arrêt Verband der Sachversicherer/Commission, précité à la note 51, point 15.

53 — Arrêt du 23 avril 1991 (C-41/90, Rec. p. I-1979).

54 — Arrêt du 11 décembre 1997 (C-55/96, Rec. p. I-7119).

55 — Arrêt du 17 février 1993 (C-159/91 et C-160/91, Rec. p. I-637).

56 — Arrêt du 16 novembre 1995 (C-244/94, Rec. p. I-4013).

57 — Arrêt du 17 juin 1997 (C-70/95, Rec. p. I-3395, point 43).

58 — Arrêt du 26 mars 1996 (C-238/94, Rec. p. I-1673).

rance non vie»[59], fondée sur la libre circulation des services et la liberté d'établissement. La Cour a dit pour droit que l'article 2, paragraphe 2, de la directive devait «être interprété en ce sens que des régimes de sécurité sociale, tels que ceux en cause dans les affaires au principal, sont exclus du champ d'application de la directive 92/49».

129. Contrairement aux affirmations du gouvernement français, le point 14 de cet arrêt porte sur le champ d'application personnel de la directive en cause, soit les organismes auxquels elle s'applique, et ne concerne pas l'applicabilité des règles de concurrence au domaine social. Se référant au raisonnement qu'elle avait adopté dans l'arrêt Poucet et Pistre, la Cour s'est contentée de rappeler sa jurisprudence relative à l'applicabilité ratione personae des règles de concurrence à certaines institutions servant des prestations sociales. En outre, le point 12 de l'arrêt confirme que la Cour se rallie à la thèse adoptée dans les arrêts Poucet et Pistre et FFSA e.a., précités. Comme nous l'avons précédemment exposé, cette thèse part du principe que le domaine des pensions de même que ceux des autres prestations sociales n'échappent pas automatiquement au champ d'application matériel des règles de concurrence.

130. Dès lors, il n'existe pas, pensons-nous, d'exception généralisée faisant échapper le domaine social dans son ensemble aux règles de concurrence[60].

2. *Existe-t-il une exception en faveur des conventions collectives conclues entre partenaires sociaux?*

131. Comme nous l'avons précédemment relevé, trois arguments sont formulés à l'appui de la thèse selon laquelle les conventions collectives devraient bénéficier d'un régime juridique spécial. Le premier de ces arguments est tiré de l'existence alléguée d'un droit fondamental à la négociation collective et le deuxième est tiré de l'encouragement, dans le droit communautaire lui-même, de la conclusion de ce type de conventions.

a) Existe-t-il un droit fondamental à la négociation collective?

132. Les Fonds de pension, les gouvernements néerlandais et français ainsi que la Commission soutiennent que l'existence, dans l'ordre juridique communautaire, d'un droit fondamental à la négociation

59 — Directive 92/49/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE (JO L 228, p. 1).

60 — Voir, dans le même sens, les conclusions de l'avocat général M. Lenz sous l'arrêt Bosman, qui énonce: «A notre avis, il n'y a pas de règle qui ferait échapper de manière générale et globale au champ d'application des règles de la concurrence du traité CE les accords intéressant des relations de travail» (arrêt cité à la note 21, point 273 des conclusions). Au point 138 de son arrêt, la Cour a considéré qu'il n'y avait pas lieu de se prononcer sur l'interprétation des articles 85 et 86 du traité.

collective résulte d'un certain nombre d'instruments internationaux. Ils affirment que l'application de l'article 85, paragraphe 1, du traité équivaudrait à priver les partenaires sociaux de ce droit fondamental.

133. L'ordre juridique communautaire comporte-t-il réellement un tel droit fondamental? Voilà une question de principe car, dans l'affirmative, toute intervention portant atteinte à la substance de ce droit, même dans un but d'intérêt public, pourrait être considérée comme illégale [61].

134. Pour les besoins de l'analyse, nous distinguerons trois droits: tout d'abord, le droit, pour les individus, de constituer un syndicat ou une association d'employeurs, et de s'y affilier; en deuxième lieu, le droit, pour un syndicat ou pour une association d'employeurs, de recourir à l'action collective pour défendre des intérêts professionnels; enfin, le droit spécifique, dont il est question dans les présentes affaires, pour les syndicats et les associations d'employeurs, de négocier collectivement.

135. Si le traité lui-même encourage les négociations collectives, comme nous le verrons dans la suite des présentes conclusions, il ne reconnaît explicitement aucun des trois droits précités.

136. En vertu de la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs [62], les employeurs et les travailleurs ont le droit de s'affilier à des organisations professionnelles ou syndicales «pour la défense de leurs droits économiques et sociaux» (point 11). Les partenaires sociaux ont «le droit, dans les conditions prévues par les législations et les pratiques nationales, de négocier et de conclure des conventions collectives» (point 12). La charte comprend donc les trois «droits» précités.

137. Toutefois, la charte n'a que des effets juridiques très limités. Elle ne constitue pas un acte juridique de la Communauté, mais une déclaration politique solennelle adoptée par les chefs d'État ou de gouvernement de onze des douze États membres de l'époque, et elle n'a pas été publiée au *Journal officiel*. Dans l'accord sur la politique sociale, annexé au protocole sur la politique sociale, annexé au traité instituant la Communauté européenne, les mêmes onze États membres n'ont pas souhaité conférer un effet juridique aux droits auxquels ils avaient donné un appui politique dans la charte.

138. La jurisprudence de la Cour fournit davantage d'indications quant à la question générale de la reconnaissance, en droit communautaire, des trois droits que nous avons mentionnés ci-dessus. La Cour a constamment admis que «les droits fondamentaux font partie intégrante des princi-

61 — Arrêt du 5 octobre 1994, Allemagne/Conseil (C-280/93, Rec. p. I-4973, points 78 et 87).

62 — Charte adoptée lors de la réunion du Conseil européen tenue à Strasbourg le 9 décembre 1989, par les chefs d'État ou de gouvernement de onze États membres.

pes généraux du droit dont la Cour assure le respect. A cet égard, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré» [63]. «La convention européenne des droits de l'homme revêt, à cet égard, une signification particulière» [64].

139. Dans l'arrêt Union syndicale — Service public européen e.a. [65], la Cour a énoncé: «la liberté syndicale reconnue par l'article 24 bis du statut des fonctionnaires implique, selon les principes généraux du droit du travail, non seulement le droit, pour les fonctionnaires et agents, de constituer librement des associations de leur choix, mais encore celui, pour ces associations, de se livrer à toute activité licite dans la défense des intérêts professionnels de leurs membres». Il est donc légitime de soutenir que la Cour a reconnu, tout d'abord, le droit individuel de constituer une association et de s'y affilier et, ensuite, le droit collectif de recourir à l'action. Le caractère fondamental de ces deux droits a été confirmé dans l'arrêt Bosman [66] pour la liberté d'association en général et dans l'arrêt Maurissen et Union syndicale/Cour des comptes [67] pour, d'une manière plus spécifique, les organisations syndicales. La Cour ne s'est pas encore prononcée sur l'existence d'un troisième droit spécifique à la négociation collective.

63 — Avis 2/94, du 28 mars 1996 (Rec. p. I-1759, point 33).

64 — Arrêt du 18 juin 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925, point 41).

65 — Arrêt du 8 octobre 1974 (175/73, Rec. p. 917, point 14).

66 — Précité à la note 21, points 79 et 80.

67 — Arrêt du 18 janvier 1990 (C-193/87 et C-194/87, Rec. p. I-95, points 11 à 16 et point 21).

140. Nous examinerons maintenant les instruments juridiques internationaux pertinents invoqués par les Fonds, par certains États membres et par la Commission.

141. La Commission, plus particulièrement, soutient que le droit à la négociation collective sur les salaires et sur les autres conditions de travail est un droit fondamental garanti par l'article 11 de la convention européenne des droits de l'homme, l'article 6 de la charte sociale européenne, l'article 22 du pacte international relatif aux droits civils et politiques, et l'article 8 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que par les conventions n^{os} 87 et 98 de l'Organisation internationale du travail.

142. Toutefois, l'analyse des instruments juridiques internationaux pertinents ne permet pas d'étayer cette affirmation.

143. Prenant en considération tout d'abord la convention européenne des droits de l'homme, nous constatons que le droit pertinent essentiel garanti par cette convention (à l'article 11) est le droit individuel de constituer et de s'affilier à un syndicat. Ce droit est également reconnu par la charte sociale européenne (article 5), par le pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 22), par le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (article 8), ainsi que par la convention concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical et par

la convention concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, toutes deux adoptées dans le cadre de l'Organisation internationale du travail.

144. S'agissant du droit des syndicats de recourir à l'action collective, la Cour européenne des droits de l'homme s'est fondée sur les termes «pour la défense de ses intérêts» de l'article 11, paragraphe 1, de la convention européenne des droits de l'homme et a considéré que la liberté d'association impliquait les droits qui sont «indispensable[s] à l'exercice efficace de la liberté syndicale» et qui constituent «les éléments essentiels» de cette liberté [68]. L'article 11, paragraphe 1, protège donc «la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci, action dont les États contractants doivent à la fois autoriser et rendre possible la conduite et le développement» [69].

145. Toutefois, cet énoncé relativement large ne semble couvrir qu'un noyau d'activités essentielles. A ce jour, le seul droit expressément reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme est le droit d'être «entendu» par l'État [70]. D'autre part, la convention européenne des droits de l'homme ne garantit pas aux syndicats un droit d'être «consultés» [71], pas plus qu'elle n'astreint l'État à passer des conventions collectives [72]. L'article 11 n'implique pas nécessairement le droit de grève, car les intérêts de ses membres peuvent être défendus par d'autres moyens [73].

146. S'agissant du droit à la négociation collective, contrairement aux affirmations des Fonds, de la Commission, et des gouvernements précités, seul l'article 6 de la charte sociale européenne semble reconnaître formellement son existence. Néanmoins, le seul fait qu'un droit ait été inclus dans la charte n'implique pas sa reconnaissance universelle en tant que droit fondamental. La structure de la charte est telle que les droits dont elle fait mention représentent plus des objectifs politiques que des droits contraignants, et les États signataires ne sont tenus que de choisir, parmi ceux énoncés, les droits qu'ils décident de protéger.

147. L'article 4 de la convention concernant l'application des principes du droit d'organisation et de négociation collective, convention dont la rédaction est caractérisée par sa prudence, énonce l'obligation, pour les États contractants, d'«encourager et de promouvoir» la négociation collec-

68 — Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 27 octobre 1975, Syndicat national de la police belge/Belgique (Rec. Série A, n° 19, point 39).

69 — Arrêt Syndicat national de la police belge/Belgique, précité à la note 68, point 40.

70 — Arrêts Syndicat national de la police belge/Belgique, précité à la note 68, point 39, et du 6 février 1976, Syndicat suédois des conducteurs de locomotives/Suède (Rec. Série A, n° 20, point 40).

71 — Arrêt Syndicat national de la police belge/Belgique, précité à la note 68, point 38.

72 — Arrêt Syndicat suédois des conducteurs de locomotives/Suède, précité à la note 70, point 39.

73 — Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 6 février 1976, Schmidt et Dahlström/Suède (Série A, n° 21, point 36).

tive. Elle ne mentionne pas la reconnaissance d'un droit.

148. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se caractérise par l'absence significative de toute référence au droit à la négociation collective. Dans l'arrêt Syndicat suédois des conducteurs de locomotives/Suède, la majorité de la Commission européenne des droits de l'homme s'était exprimée en faveur de la reconnaissance du droit, pour les syndicats, de mener des négociations collectives. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé ne pas avoir à se prononcer sur cette question, car le droit de mener des négociations collectives n'était pas en cause, et la législation nationale reconnaissait ce droit au requérant [74]. Depuis lors, la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais reconnu expressément l'existence de ce droit. En revanche, il est manifeste que la Cour n'est pas encline à reconnaître un tel droit.

149. Cette attitude de la Cour européenne des droits de l'homme nous est tout d'abord suggérée par l'interprétation qu'elle donne de l'article 6 de la charte sociale européenne. La Cour européenne des droits de l'homme commente ainsi l'article 6, paragraphe 1, de la charte sociale européenne, qui oblige les États contractants «à favoriser la consultation paritaire entre travailleurs et employeurs»: «La prudence des termes utilisés montre que la Charte ne reconnaît pas un véritable droit à la consultation» [75]. A propos de l'article 6, paragraphe 2, en vertu duquel les États contractants «s'engagent... à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part», la Cour européenne des droits de l'homme considère que «la prudence du libellé... prouve qu'elle ne reconnaît pas un véritable droit à la conclusion de pareille convention...» [76].

150. En deuxième lieu, la Cour européenne des droits de l'homme a fermement considéré «la liberté syndicale comme une forme ou un aspect particulier de la liberté d'association; [l'article 11] n'assure pas aux membres des syndicats un traitement précis de la part de l'État» [77].

151. Enfin, l'arrêt Gustafsson/Suède [78] mérite notre intérêt. La Cour européenne des droits de l'homme avait à connaître d'un litige entre un syndicat et un em-

74 — Arrêt précité à la note 70, point 38.

75 — Arrêt Syndicat national de la police belge/Belgique, précité à la note 68, point 38. La Cour examinait la portée de l'article 6, paragraphe 1, de la charte sociale européenne aux fins de l'interprétation de l'article 11 de la convention européenne des droits de l'homme.

76 — Arrêt Syndicat suédois des conducteurs de locomotives/Suède, précité à la note 70, point 39. La Cour examinait la portée de l'article 6, paragraphe 2, de la charte sociale européenne, également aux fins de l'interprétation de l'article 11 de la convention européenne des droits de l'homme.

77 — Arrêt Schmidt et Dahlström/Suède, précité à la note 73, point 34.

78 — Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 avril 1996, Rec. p. 636.

ployeur qui refusait de participer aux négociations collectives dans son secteur. Le syndicat avait exercé des pressions, en recourant à la mise à l'index et à d'autres actions, en vue de l'amener à rejoindre les employeurs signataires d'une convention collective sectorielle. L'employeur a soutenu que l'obligation de signer une convention collective équivaudrait en fait à une obligation d'adhérer à une association d'employeurs. Dès lors, il a estimé que le gouvernement suédois aurait dû intervenir en vue de défendre sa liberté négative de ne pas adhérer à une association d'employeurs.

152. Deux opinions dissidentes méritent tout d'abord l'intérêt.

153. Dans leur opinion partiellement dissidente, huit juges ont considéré que la plainte de l'employeur ne se fondait pas sur l'aspect négatif de la liberté d'association, à savoir le droit de ne pas adhérer à une association, mais sur la liberté négative, pour lui, de ne pas participer aux négociations collectives. Ils ont ainsi interprété la jurisprudence antérieure de la Cour européenne des droits de l'homme en ce sens que «le droit à la négociation collective n'était pas un élément inhérent à la liberté d'association». Ils estimaient dès lors que les faits dénoncés ne faisaient pas entrer en jeu l'article 11 [79].

154. Deux juges ont, dans une opinion dissidente, opté pour le point de vue opposé. Ils ont estimé que le droit à la négociation collective était un élément inhérent à la liberté d'association. La Cour européenne des droits de l'homme aurait donc dû rechercher un équilibre entre, d'une part, le droit pour les syndicats, sous son aspect positif, de procéder à des négociations collectives et, d'autre part, le droit pour l'employeur, sous son aspect négatif, de n'être pas intégré contre son gré au système de négociation collective [80].

155. Ces deux opinions ont eu en commun d'amener la Cour européenne des droits de l'homme à devoir adopter une position définitive quant à l'existence d'un tel droit.

156. Cependant, la majorité des juges de la Cour européenne des droits de l'homme a opté pour une troisième solution. S'agissant des activités syndicales, ils ont considéré que, «eu égard à la nature sensible des questions sociales et politiques que soulève la recherche d'un juste équilibre entre les intérêts en présence... et compte tenu des différences importantes que présentent les systèmes juridiques internes dans le domaine considéré, il convient d'accorder aux États contractants une grande latitude dans le choix des moyens à employer» [81]. L'arrêt relève ensuite simplement que «la Cour n'aperçoit aucune raison de douter de ce que les mesures du syndicat visaient des buts légitimes compatibles avec l'article 11

79 — Opinion partiellement dissidente de M. Ryssdal, M. Spielmann, M^me^ Palm, M. Foighel, M. Pekkanen, M. Loizou, M. Makarczyk et M. Repik, juges, sous l'arrêt Gustafsson/Suède, précité à la note 78.

80 — Opinion dissidente de M. le juge Martens, à laquelle se rallie M. le juge Matscher, sous l'arrêt Gustafsson/Suède, précité à la note 78, point 6.

81 — Arrêt Gustafsson/Suède, précité à la note 78, point 45.

de la Convention». Il continue en affirmant que l'«on peut rappeler également à cet égard que le caractère légitime de la négociation collective est reconnu par plusieurs instruments internationaux» [82]. La Cour semble ainsi avoir pris soin d'éviter d'en conclure que la Convention garantissait le droit à la négociation collective.

157. Cette analyse nous conduit à formuler les conclusions suivantes à propos de la reconnaissance, en droit communautaire, d'un droit à la négociation collective.

158. L'ordre juridique communautaire protège le droit de former et de s'affilier à des syndicats et à des associations d'employeurs, droit qui est au coeur de la liberté d'association.

159. Nous pensons que le droit de recourir à l'action collective en vue de défendre des intérêts professionnels, dans la mesure nécessaire à l'exercice de la liberté d'association, est également protégé en droit communautaire.

160. Il n'est néanmoins pas possible d'affirmer qu'il existerait une convergence suffisante des ordres juridiques nationaux et des instruments juridiques internationaux en faveur de la reconnaissance d'un droit spécifique fondamental à la négociation collective.

161. En outre, tout comme toute autre négociation entre acteurs de la vie économique, les négociations collectives sont, à notre avis, suffisamment protégées par le principe général de la liberté contractuelle. Un droit fondamental plus spécifique n'est donc pas nécessaire à cette fin. En tout cas, on peut soutenir que les restrictions justifiées au droit allégué à la négociation collective seraient identiques à celles qui fondent les restrictions affectant la liberté contractuelle.

162. Il est utile de rappeler, dans ce contexte, que, dans sa jurisprudence relative à la libre circulation des travailleurs et à l'égalité de rémunération, la Cour examine régulièrement la question de savoir si des clauses de conventions conclues entre partenaires sociaux enfreignent la prohibition communautaire de la discrimination fondée sur la nationalité [83] ou sur le sexe [84]. On pourrait y voir l'application de la règle générale selon laquelle des restrictions peuvent être apportées à l'usage d'un droit fondamental, à condition que ces restrictions répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté 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 [85]. Il est indéniable que, dans

82 — Arrêt Gustafsson/Suède, cité à la note 78, point 53.

83 — Arrêts du 15 janvier 1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, Rec. p. I-47), et du 24 septembre 1998, Commission/France (C-35/97, Rec. p. I-5325).

84 — Arrêt du 13 mai 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607).

85 — Arrêt du 17 octobre 1995, Fishermen's Organisations e.a. (C-44/94, Rec. p. I-3115, point 55).

le contexte des affaires examinées, l'article 85, paragraphe 1, poursuit un objectif fondamental du traité, à savoir la création d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur [article 3, sous g)].

163. Il résulte de ces considérations que, si employeurs et travailleurs sont en principe libres de conclure les accords qui leur paraissent appropriés, ils sont tenus, comme tout autre acteur économique, de respecter les limitations imposées par le droit communautaire. La simple reconnaissance d'un droit fondamental à la négociation collective ne serait donc pas suffisante pour faire échapper les négociations collectives à l'applicabilité des règles de concurrence.

164. Toutefois, l'analyse qui précède montre également l'existence d'un consensus sur le plan international pour admettre le caractère légitime et socialement souhaitable des négociations collectives.

165. Cette observation nous conduit au deuxième argument avancé à l'encontre de l'applicabilité des règles de la concurrence: celles-ci seraient incompatibles avec différentes dispositions du traité qui encouragent les négociations collectives.

b) L'encouragement des négociations collectives en droit communautaire

166. L'article 118 du traité CE dispose que «la Commission a pour 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».

167. L'article 118 B du traité CE dispose:

«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.»

168. En outre, l'accord sur la politique sociale conclu entre les États membres de la Communauté européenne, à l'exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, annexé au protocole sur la

politique sociale [86], annexé au traité instituant la Communauté européenne, comporte les dispositions suivantes.

169. Aux termes de l'article 1er de cet accord, «[l]a Communauté et les États membres ont pour objectifs... le dialogue social...».

170. L'article 2, paragraphe 4, dispose:

«Un État membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en œuvre des directives...».

171. L'article 3, paragraphe 1, dispose:

«La Commission a pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau communautaire...».

86 — JO 1992, C 191, p. 90.

172. L'article 4, paragraphe 1, dispose:

«Le dialogue entre partenaires sociaux au niveau communautaire peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords.»

173. L'article 4, paragraphe 2, dispose:

«La mise en œuvre des accords conclus au niveau communautaire intervient... dans les matières relevant de l'article 2, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission.»

174. Les Fonds de pension, les gouvernements néerlandais et français ainsi que la Commission déduisent de ces dispositions les conclusions suivantes: le traité et l'accord sur la politique sociale encouragent explicitement la procédure de négociations collectives et la conclusion d'accords entre partenaires sociaux. Le droit communautaire admet que le dialogue entre partenaires sociaux puisse faire partie de la procédure législative tant au niveau d'un État membre qu'au niveau communautaire. Il est dès lors clair que l'article 85 du traité ne

saurait s'appliquer à cette catégorie d'accords.

175. Si l'article 85 était applicable, soutient la Commission, le plus souvent, les conditions constitutives de restriction à la concurrence seraient réunies et le commerce entre États membres en serait affecté. En vertu de l'article 85, paragraphes 1 et 2, elles seraient donc interdites et seraient nulles. Même l'octroi d'une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, serait peu probable, car cette disposition ne prévoit pas la prise en compte d'objectifs sociaux.

176. Nous admettons ces arguments jusqu'à un certain point.

177. Cela résulte, tout d'abord, d'une interprétation systématique du traité. Deux catégories de dispositions susceptibles d'entrer en conflit sont à prendre en considération: il y a d'abord les dispositions précitées encourageant la conclusion de conventions collectives. Ces dispositions partent clairement de l'hypothèse de la légalité de principe de la plupart des conventions collectives conclues entre partenaires sociaux. Il y a, d'autre part, l'article 85. L'article 85, paragraphe 1, interdit certaines catégories d'accords. Ces accords interdits sont nuls de plein droit en vertu de l'article 85, paragraphe 2. Ce n'est que si les conditions énoncées à l'article 85, paragraphe 3, sont réunies que la Commission peut déclarer inapplicables les dispositions de l'article 85, paragraphe 1.

178. Comme le montrent les présentes affaires et la synthèse comparative des droits nationaux, tout système légal recèle, potentiellement, des tensions entre ces deux catégories de dispositions. Il convient d'admettre que des conventions collectives normales portant sur les matières qui sont de l'essence même des négociations collectives, telles que les salaires ou d'autres conditions de travail, restreignent le jeu de la concurrence entre travailleurs: en effet, ceux-ci ne peuvent pas proposer de travailler pour un salaire inférieur au minimum convenu. C'est que le principal objectif des syndicats ainsi que des négociations collectives est d'empêcher les travailleurs salariés de s'engager dans une «course au plus bas» quant aux salaires et aux conditions de travail. Telle est la raison pour laquelle les négociations collectives sont encouragées dans tous les ordres juridiques nationaux, dans les instruments juridiques internationaux et en particulier dans le traité lui-même; en outre, la législation communautaire dans le domaine du travail comporte des dispositions détaillées à propos de mesures destinées à être mises en œuvre par voie de négociations collectives comme par voie législative [87]. Si des accords de ce type relevaient de l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1, il serait nécessaire d'introduire une demande d'attestation négative ou d'exemption auprès de la Commission. Toutefois, en raison de leur nature même, de tels accords ne s'insèrent pas aisément dans le cadre des règles de concurrence.

87 — Voir, par exemple, les articles 4, 6, 17, paragraphe 3, et 18, paragraphe 1, de la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail (JO L 307, p. 18).

179. Les auteurs du traité n'étaient pas conscients du problème ou pas d'accord sur la solution à lui apporter. C'est la raison pour laquelle le texte du traité ne fournit pas d'indication claire en la matière. Dans ces conditions, c'est en se fondant sur des principes d'interprétation établis qu'il convient de dégager une solution. Dès lors que les deux catégories de dispositions sont des dispositions du traité qui se situent au même niveau dans la hiérarchie des règles, l'une de ces catégories ne devrait pas primer l'autre de manière absolue et aucune des deux ne devrait être vidée de son contenu. Puisque les dispositions du traité encourageant les négociations collectives présupposent la légalité, en principe, des conventions collectives, l'article 85, paragraphe 1, ne saurait avoir eu pour objectif de s'appliquer aux conventions collectives conclues entre partenaires sociaux portant sur des matières qui sont de l'essence même des négociations collectives, telles que les salaires et les autres conditions de travail. Les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux portant sur les salaires et les conditions de travail doivent donc être automatiquement exonérées du droit de la concurrence.

180. Il existe en outre des considérations d'ordre pratique qui renforcent cette conclusion de principe.

181. Il est largement admis que les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux sont susceptibles d'éviter de coûteux conflits du travail, réduisent les coûts inhérents aux compromis grâce à une négociation collective répondant à des règles déterminées, et accroissent la prévisibilité ainsi que la transparence. Un certain équilibre dans les poids respectifs des négociateurs favorise l'adoption de solutions équilibrées pour chacun des partenaires comme pour l'ensemble de la société.

182. Par ailleurs, bien que susceptibles de restreindre le jeu de la concurrence entre travailleurs salariés, les conventions collectives portant sur les salaires, l'horaire de travail ou d'autres conditions de travail n'ont probablement pas d'effet restrictif sensible de la concurrence entre employeurs. S'agissant de la concurrence dans la demande sur le marché du travail, normalement, chaque employeur reste libre d'offrir des conditions plus avantageuses à ses travailleurs. S'agissant de la concurrence sur les marchés des produits ou des services sur lesquels les employeurs sont présents, on relèvera tout d'abord que les accords en matière de salaires ou de conditions de travail n'harmonisent qu'un seul facteur du coût de production, parmi de nombreux autres. Il n'y a dès lors qu'un seul aspect de la concurrence qui soit affecté [88]. En outre, comme le montre la pratique de la Commission [89], la proximité du facteur en cause par rapport au marché est un critère important d'appréciation d'un effet restrictif sensible. S'agissant de conventions collectives portant sur les salaires et les conditions de travail, le prix final des produits et des services en cause sera influencé par de nombreux autres facteurs avant qu'ils n'arrivent sur le marché. Troisièmement, et c'est peut-être l'élément le plus important, les coûts du facteur

88 — Décision 86/507 (précitée à la note 21, point 16).

89 — Communication de la Commission sur le traitement des entreprises communes à caractère coopératif au regard de l'article 85 du traité CEE [JO 1993, C 43, p. 2, point III.2, sous d)].

de production ne sont harmonisés qu'en apparence: en effet, en termes économiques, contrairement aux matières premières, le travail n'est pas un bien homogène. Le fait que des travailleurs perçoivent le même salaire nominal n'implique pas que leur coût réel pour les employeurs respectifs soit identique. Il n'est possible d'en déterminer le coût réel que s'il est tenu compte de la productivité. La productivité elle-même dépend d'un grand nombre de facteurs, tels que la qualification professionnelle, la motivation, l'environnement technologique, l'organisation du travail. Tous ces facteurs sont susceptibles être influencés par les employeurs et le sont effectivement. Tel est précisément l'objet d'une gestion efficace des ressources humaines. Il existe donc, en réalité, une vive concurrence portant sur le travail en tant que facteur de coût. Finalement, deux faits peuvent être analysés comme fondant empiriquement la thèse de l'absence d'effets sensibles sur la concurrence: d'une part, il a fallu attendre quarante ans pour que la Cour ait à connaître de la première affaire relative à la compatibilité avec l'article 85 d'une convention collective et, d'autre part, l'aperçu de la question en droit national que nous avons présenté ci-dessus ne révèle aucune affaire qui se rapporte à des conventions normales, traitant de salaires et de conditions de travail.

183. Notre conclusion favorable à une exonération limitée, au titre du droit de la concurrence, des conventions collectives conclues entre partenaires sociaux n'est pas incompatible avec les arguments que nous avons développés ci-dessus pour ne pas admettre l'existence d'une exception s'étendant à l'ensemble du domaine social. Notre point de vue s'en distingue principalement en ce que nous préconisons, en faveur des négociations collectives, une exception fondée non pas simplement sur l'objet de ces accords, mais surtout sur le cadre formel dans lequel ils sont conclus.

184. Les raisons qui sous-tendent l'ampleur du champ d'application ratione materiae des règles de concurrence sont aisées à comprendre. Il est permis de présumer que normalement, lorsqu'ils concluent des accords entre eux, les acteurs économiques privés agissent dans leur propre intérêt et non dans l'intérêt public. Les conséquences de leurs accords ne correspondent donc pas nécessairement à l'intérêt public. Les autorités de la concurrence doivent dès lors pouvoir examiner les accords entre acteurs économiques privés, même dans des domaines particuliers de l'économie, tels que les banques, les assurances ou même le domaine social. C'est pourquoi le traité ne comporte qu'un nombre très limité d'exceptions sectorielles à l'applicabilité des règles de concurrence, fondées uniquement sur l'objet des accords. Comme nous l'avons déjà indiqué, la Cour devrait continuer à interpréter ces exceptions de manière restrictive.

185. Néanmoins, en encourageant la conclusion de conventions collectives entre partenaires sociaux, le traité admet la possibilité d'une exception à la présomption générale relative aux conséquences d'accords entre opérateurs privés au motif que, normalement, cette catégorie particulière d'accords sert l'intérêt public. Cette position est corroborée par les droits nationaux comme par l'attitude qu'adoptent les autorités de la concurrence et les juridictions des États membres, qui considèrent

que les négociations collectives remplissent normalement une fonction sociale appréciable. Considérer que les négociations collectives relèvent des règles de concurrence reviendrait en réalité à aller à rebours de la pratique généralement adoptée dans les États membres. Une telle attitude conduirait non seulement à exiger la notification desdits accords au titre du droit communautaire et/ou du droit national de la concurrence, mais encore à les soumettre à l'appréciation des cours et tribunaux.

186. Nous pensons néanmoins que l'exonération du droit de la concurrence proposée en faveur des conventions collectives conclues entre partenaires sociaux ne doit pas être sans limites.

187. Cette constatation résulte en premier lieu de l'interprétation du traité que nous avons adoptée ci-dessus. Si l'article 85, paragraphe 1, n'est certes pas susceptible d'interférer dans la majeure partie des accords encouragés par les dispositions favorisant les négociations collectives, il n'en est pas moins vrai que ces dispositions ne sauraient priver de toute signification ledit article 85, paragraphe 1.

188. C'est également ce qui ressort des termes du traité. L'article 117 («... une telle évolution [l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main-d'œuvre] résultera... du fonctionnement du marché commun...») et l'article 118 («Sans préjudice des autres dispositions du présent traité...») partent, semble-t-il, du principe que, jusqu'à un certain point, les règles de concurrence s'appliquent aux accords conclus entre partenaires sociaux. S'agissant de l'accord sur la politique sociale, le préambule du protocole énonce expressément que «le présent protocole et ledit accord ne portent pas atteinte aux dispositions du traité...».

189. Par ailleurs, l'étude des droits nationaux, à laquelle nous avons procédé ci-dessus, montre qu'il peut y avoir des cas de négociations collectives utilisées comme cadres d'accords entre employeurs qui produisent de sérieux effets anticoncurrentiels à l'égard de tierces personnes ou de marchés étrangers auxdits accords. En réalité, les accords dont il était question, examinés par différentes juridictions et autorités nationales, portaient tous sur des marchés ou des opérateurs étrangers aux parties contractantes. Aucun d'eux ne constituait un accord normal portant sur les salaires ou les conditions de travail.

190. Nous suggérerons dès lors de faire dépendre l'exemption de principe de trois conditions.

191. Tout d'abord, ainsi que l'a relevé la Commission, l'accord doit avoir été adopté dans le cadre formel de négociations collectives entre partenaires sociaux. Une coordination, quel qu'en soit l'objet, qui s'effectuerait entre employeurs, de manière unilatérale, sans rapport avec la négocia-

tion collective, ne saurait bénéficier d'une exonération automatique.

192. En deuxième lieu, les accords doivent avoir été conclus de bonne foi. Il convient de prêter attention, dans ce contexte, aux accords qui, s'ils traitent apparemment de matières qui sont au coeur des négociations collectives, telles que les horaires de travail, servent toutefois purement et simplement de couverture à de sérieuses restrictions à la concurrence entre employeurs sur les marchés de leurs produits. Les autorités de la concurrence doivent, également dans ces cas exceptionnels, avoir la possibilité d'examiner les accords en cause.

193. Enfin, il est nécessaire de délimiter la portée de l'exonération des négociations collectives pour faire en sorte que cette exonération ne vise que les accords pour lesquels elle se justifie pleinement. Il ne sera pas facile de trouver un critère qui permette de faire la juste part tout en garantissant la sécurité juridique requise. Nous voudrions suggérer comme critère éventuel, avec quelques réserves, que les conventions collectives concernées portent sur des matières qui soient de l'essence même des négociations collectives, telles que les salaires et les conditions de travail, et qu'elles n'affectent pas directement des tierces parties ou des marchés étrangers auxdits accords. Il conviendrait alors de se poser la question de savoir si les accords se bornent à modifier ou à établir des droits et des obligations inhérents aux relations de travail entre employeurs et travailleurs ou s'ils vont au-delà, et affectent directement les rapports entre les employeurs et des tiers tels que les clients, les fournisseurs, les employeurs concurrents ou les consommateurs. L'examen des droits nationaux auquel nous avons procédé ci-dessus fournit plusieurs exemples de ce dernier type d'accords. Dès lors que ces accords sont susceptibles d'avoir des effets préjudiciables à la concurrence, ils doivent être soumis à un examen au titre du droit de la concurrence, effectué par la Commission ou par d'autres autorités compétentes, qui détermineront s'il y avait effectivement restriction sensible de la concurrence. Si tel est le cas, la Commission devrait être en mesure de mettre en balance les différents intérêts concernés et d'octroyer, s'il y a lieu, une exemption au titre de l'article 85, paragraphe 3, du traité. Tant la Cour que la Commission ont, à l'occasion, admis la possibilité de tenir compte, dans ce contexte, de motifs d'ordre social, en particulier en interprétant largement les conditions énoncées à l'article 85, paragraphe 3, de manière à inclure des préoccupations en matière d'emploi [90].

194. Nous concluons dès lors, s'agissant de l'exonération au titre du droit de la concurrence des conventions collectives, que les conventions collectives conclues de bonne foi entre partenaires sociaux et portant sur des matières qui sont de l'essence même des négociations collectives, telles que les salaires et les conditions de travail qui n'affectent pas des parties tierces ou des marchés étrangers à l'accord, ne sont pas visées par l'article 85, paragraphe 1, du traité.

90 — Arrêts du 25 octobre 1977, Metro/Commission (26/76, Rec. p. 1875, point 43), et du 11 juillet 1985, Remia e.a./Commission (42/84, Rec. p. 2545, point 42); décision 84/380/CEE de la Commission, du 4 juillet 1984, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/30.810 — Fibres synthétiques), (JO L 207, p. 17, point 17), et décision 93/49/CEE de la Commission, du 23 décembre 1992, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE (IV/33.814 — Ford/Volkswagen), (JO 1993, L 20, p. 14, point 23).

195. Les conventions dont question dans les présentes affaires sont-elles visées par cette exonération?

196. Il convient de rappeler qu'en droit néerlandais les employeurs sont en principe libres de décider d'offrir ou non des pensions complémentaires à leurs travailleurs. S'ils souhaitent le faire, ils peuvent conclure des conventions collectives par lesquelles les partenaires sociaux se contentent de convenir de pensions minimales. Les partenaires sociaux peuvent aussi convenir de créer un régime sectoriel de pension ou s'affilier à un tel régime. Le régime sectoriel peut, pour sa part, être géré soit par les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs, soit par une compagnie d'assurances. Lorsque les partenaires sociaux ont décidé de constituer un fonds sectoriel de pension, il leur appartient de décider de demander ou non au ministre responsable de rendre l'affiliation au fonds sectoriel obligatoire pour l'ensemble du secteur.

197. Eu égard à cette variété de choix possibles, les conventions examinées peuvent être analysées comme comportant trois accords distincts ayant la portée suivante:

a) Les employeurs s'engagent à verser, pour tous les travailleurs relevant d'un secteur déterminé, une cotisation convenue au régime de pension, d'un montant déterminé.

b) Les cotisations de pension récoltées servent à constituer un régime sectoriel de pension unique, géré conjointement par des représentants des employeurs et des syndicats.

c) Les partenaires sociaux du secteur demandent conjointement au ministre compétent de rendre l'affiliation obligatoire pour toutes les entreprises du secteur.

198. S'agissant du premier de ces accords, les contributions au régime de pension émanant des employeurs font partie intégrante de la rémunération perçue par les travailleurs [91]. Ils soulèvent les mêmes problèmes d'analyse que les salaires et les autres conditions de travail. Partant, les négociations collectives portant sur des cotisations harmonisées au régime de pension constituent des négociations collectives portant sur le contenu du contrat de travail et n'affectent pas directement des tiers. A ce titre, elles sont couvertes par l'exonération que nous avons préconisée précédemment.

199. Il est plus difficile de prendre position à propos des deux autres accords. Ils pourraient certes être considérés comme subsidiaires par rapport au premier. Toutefois, en se fondant sur le critère que nous avons suggéré ci-dessus, il est possible de soutenir qu'ils ne doivent pas relever de l'exonération. D'une part, ces accords comportent une restriction à la liberté, pour les em-

91 — Arrêt du 17 mai 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889).

ployeurs qui y sont parties, de confier à des compagnies d'assurances l'administration des fonds (et à la liberté de les gérer eux-mêmes). D'autre part, les partenaires sociaux essaient conjointement d'obliger les employeurs qui n'ont pas été parties à la procédure de négociations collectives à appliquer le résultat qui a été négocié. Donc, en réalité, ces deux accords ne sont pas inhérents à des négociations collectives portant sur le contenu de la relation de travail, mais concernent directement les relations des employeurs avec les tiers et ne sont donc pas visés par l'exonération que nous avons préconisée.

200. Nous examinerons donc à présent les deux derniers accords au regard de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

C — *Accord entre entreprises*

201. Pour les gouvernements néerlandais, français et suédois, ainsi que pour la Commission, il n'y a pas accord entre «entreprises» et l'article 85, paragraphe 1, du traité n'est donc pas applicable ratione personae. Ils estiment que les travailleurs ne sont pas des «entreprises», car ils ne sont pas des entités indépendantes exerçant une activité économique: les travailleurs sont liés à leur entreprise. Leurs organisations représentatives, soit les syndicats, n'exerceraient pas une activité économique, à tout le moins lorsqu'elles sont engagées dans des négociations collectives portant sur les conditions de travail ou les pensions. L'une des deux parties auxdites conventions ne saurait donc être qualifiée d'entreprise.

202. S'agissant de l'argument tiré de l'existence d'un «accord implicite entre entreprises» ou d'une décision implicite «d'association d'entreprises», le gouvernement néerlandais considère que les employeurs qui participent à des négociations collectives portant sur les pensions ne sont pas engagés dans une activité économique, mais dans une activité sociale.

203. La Commission aboutit à la même conclusion. Toutefois, ses observations ne permettent pas d'identifier clairement le raisonnement qui conduirait à cette conclusion. Elle se contente d'attirer l'attention de la Cour sur les conséquences d'un arrêt qui irait en sens contraire.

204. Nous examinerons tout d'abord la question de savoir si les acteurs économiques concernés peuvent être qualifiés d'entreprises ou d'associations d'entreprises. Nous rechercherons ensuite s'il existe un accord ou une autre forme de concertation.

1. *Entreprise ou association d'entreprises*

205. 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» [92]. Il peut être utile, de ce point de vue, de formuler deux observations préalables.

206. D'une part, nous estimons que, dans l'économie de l'article 85, la notion d'«entreprise» répond à un double but. En premier lieu, et cette fonction est la plus évidente, elle permet de déterminer les catégories d'acteurs auxquels les règles de concurrence s'appliquent. Nous retrouvons cet aspect, par exemple, dans les arrêts portant sur des organismes publics [93]. La question qui se pose, dans ces affaires, consiste à savoir si l'opérateur exerce une activité de nature économique ou commerciale. D'autre part, cette notion sert à identifier l'entité à laquelle un comportement déterminé peut être imputé. Ce deuxième but apparaît, par exemple, dans les affaires dans lesquelles les rapports entre filiales et sociétés mères sont impliqués [94]. Ces affaires soulèvent le point de savoir s'il s'agit d'une unité économique indépendante agissant pour son propre compte ou simplement d'un «agent» ne jouissant pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action.

207. D'autre part, la Cour a affirmé que «la notion d'‘entreprise', placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme désignant une unité économique *du point de vue de l'objet de l'accord en cause*» [95]. La notion d'«entreprise» revêt donc un caractère relatif et est à apprécier concrètement, en fonction de l'activité spécifique examinée. Dans l'arrêt Höfner et Elser [96], par exemple, la Cour a considéré qu'une entité publique exerçant entre autres une activité de placement de main-d'œuvre pouvait être qualifiée d'entreprise de ce point de vue. En revanche, dans l'arrêt Diego Calì & Figli [97], la Cour a estimé qu'une société privée à responsabilité limitée qui avait été chargée par les pouvoirs publics d'exercer une activité préventive de surveillance antipollution ne relevait pas, pour cette activité spécifique, du champ d'application personnel des règles de concurrence.

208. Dans les présentes affaires, nous examinerons si, respectivement, les travailleurs salariés (a), les syndicats (b), et les employeurs (c) doivent être qualifiés d'entreprises ou d'associations d'entreprises aux fins de l'application des règles de concurrence.

a) Les travailleurs salariés

209. Dans l'arrêt Suiker Unie e.a./Commission [98], la Cour a affirmé que les travailleurs salariés formaient une «unité écono-

92 — Arrêt Höfner et Elser, précité à la note 53.

93 — Arrêts du 4 mai 1988, Bodson (30/87, Rec. p. 2479); Höfner et Elser, précité à la note 53, et du 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Rec. p. I-43).

94 — Arrêt du 24 octobre 1996, Viho/Commission (C-73/95 P, Rec. p. I-5457), et les arrêts mentionnés au point 11 des motifs de cet arrêt.

95 — Arrêt du 12 juillet 1984, Hydrotherm/Gerätebau (170/83, Rec. p. 2999, point 11, passage que nous soulignons).

96 — Précité à la note 53.

97 — Arrêt du 18 mars 1997 (C-343/95, Rec. p. I-1547).

98 — Arrêt du 16 décembre 1975 (40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73 et 114/73, Rec. p. 1663, point 539).

mique» avec l'entreprise qui les emploie. Des «auxiliaires intégrés dans l'entreprise du commettant» [99] ne peuvent pas être considérés comme des entreprises. Dans cette affaire, la Cour était simplement appelée à distinguer entre travailleurs salariés et agents commerciaux indépendants dans leurs relations respectives avec les tiers. La Cour pouvait alors fonder son raisonnement essentiellement sur l'imputabilité à l'employeur d'activités exercées par ses travailleurs.

210. Or, en l'espèce, c'est le rapport entre les travailleurs salariés et leurs employeurs qui est en cause. En l'occurrence, des travailleurs salariés participent, par l'intermédiaire de leurs syndicats, à des négociations portant sur les pensions complémentaires et leur gestion. Ces pensions font partie intégrante de leur rémunération [100]. De ce point de vue, les travailleurs agissent indépendamment et de façon autonome. Le raisonnement adopté par la Cour dans l'arrêt Suiker Unie e.a./Commission n'est donc pas directement applicable.

211. Se pose dès lors la question de savoir comment qualifier le fait, pour des travailleurs, de fournir du travail contre rémunération.

212. Il serait éventuellement possible de soutenir qu'il s'agit en l'occurrence d'une activité économique analogue à la vente de biens ou à la prestation de services. D'un point de vue économique, cette assertion pourrait — le cas échéant — être correcte. Néanmoins, nous ne pensons pas qu'elle le soit d'un point de vue juridique.

213. Tout d'abord, il est difficile de concevoir comment le terme «entreprise» pourrait être compris sous l'acception de «travailleur salarié». Une interprétation du traité qui aboutirait à conférer au terme «entreprise» une telle acception nous paraît outrepasser les limites imposées par les termes mêmes du traité.

214. Ensuite, l'interprétation fonctionnelle du terme «entreprise», adoptée par la Cour dans sa jurisprudence, conduit au même résultat. S'agissant d'organismes publics, la Cour se demande si l'activité en cause est exercée — ou, à tout le moins, est susceptible d'être exercée — par des opérateurs privés offrant des biens ou services sur le marché [101]. Des personnes physiques peuvent elles aussi être qualifiées d'entreprises [102] lorsqu'elles exercent une activité économique indépendante sur les marchés de biens et de services. Nous trouvons, sous-jacente à ces arrêts de la Commission, l'idée selon laquelle les entités en cause accomplissaient les «fonctions» d'une entreprise. L'application des articles 85 et 86 se justifie par le fait que ces personnes de droit public ou ces personnes physiques opèrent sur des marchés identiques ou similaires et conformément à des principes

99 — Ibidem, point 542.

100 — Arrêt Barber, précité à la note 91.

101 — Voir les arrêts Diego Calì, précité à la note 98, et Höfner et Elser, précité à la note 53.

102 — Voir, à propos des agents en douane italiens, l'arrêt du 18 juin 1998, Commission/Italie (C-35/96, Rec p. I-3851)

analogues à ceux qui régissent le fonctionnement des entreprises «normales» [103].

215. Le travail salarié est par sa nature à l'opposé de l'exercice indépendant d'une activité économique ou commerciale. En règle générale, ce ne sont pas les travailleurs salariés qui assument le risque commercial direct d'une transaction donnée. Ils sont aux ordres de leur employeur. Ils n'offrent pas des services à différents clients: ils travaillent pour un seul employeur. Tels sont les motifs qui expliquent la différence fonctionnelle significative qui distingue un travailleur salarié d'une entreprise qui fournit des services. Cette différence se reflète dans un statut juridique distinct, dans différents domaines du droit communautaire [104] ou du droit national.

216. Enfin, le droit communautaire de la concurrence n'a pas été conçu pour s'appliquer aux travailleurs salariés. Les exemples de comportements anticoncurrentiels énoncés aux articles 85, paragraphe 1, et 86, ou les conditions des exemptions énoncées à l'article 85, paragraphe 3, ont clairement été établis en ayant à l'esprit des opérateurs économiques dont l'activité consiste à fournir des biens ou des services. L'article 85, paragraphe 1, sous a), par exemple, se réfère aux «prix d'achat ou de vente» et à d'«autres conditions de transaction». En revanche, les travailleurs salariés sont concernés, eux, par les «salaires» et les «conditions de travail». Appliquer aux travailleurs salariés l'article 85, paragraphe 1, obligerait alors à recourir à des analogies difficiles à établir entre les marchés de biens et de services et les marchés du travail.

217. Il en résulte, à notre avis, qu'en principe les travailleurs salariés ne relèvent pas du champ d'application personnel de l'interdiction énoncée à l'article 85, paragraphe 1. L'avenir nous apprendra vraisemblablement si ce principe est aussi applicable à certains domaines frontière tels que le sport professionnel.

b) Les syndicats

218. Dès lors que les travailleurs salariés ne peuvent pas être qualifiés d'«entreprises» au sens de l'article 85, les syndicats, ou d'autres associations représentant les travailleurs, ne constituent pas des «associations d'entreprises».

219. Les syndicats sont-ils néanmoins eux-mêmes des «entreprises»?

220. Le fait qu'un syndicat soit une entité sans but lucratif ne saurait suffire à enlever

103 — Voir, pour une comparaison détaillée avec les entreprises «normales», l'arrêt Commission/Italie, précité à la note 102, points 36 à 38.

104 — Voir, les articles 48 et 59 du traité CE.

tout caractère économique aux activités qu'il exerce [105].

221. Un syndicat est une association de travailleurs salariés. Il est constant que les associations peuvent elles aussi être qualifiées d'« entreprises » dès lors qu'elles exercent elles-mêmes une activité économique [106].

222. Il convient de se rappeler qu'une association peut agir soit pour son propre compte, dans une certaine mesure indépendamment de la volonté de ses membres, ou simplement comme organe d'exécution d'un accord intervenu entre ses membres. Dans le premier cas, son comportement est imputable à l'association elle-même et dans l'autre cas de figure, ce sont ses membres qui sont responsables de son activité.

223. Pour les associations commerciales ordinaires, les conséquences de cette distinction sont souvent dénuées d'importance, puisque l'article 85 s'applique pareillement aux accords entre entreprises et aux décisions d'associations d'entreprises [107]. Mais cette distinction peut s'avérer pertinente lorsque la Commission doit désigner la personne destinataire d'une décision ou condamnée à une amende [108].

224. Toutefois, dans le cas des syndicats, cette distinction revêt un caractère décisif dès lors que, s'il agit purement et simplement comme agent, le syndicat n'est qu'un organe d'exécution d'un accord intervenu entre ses membres lesquels, comme nous l'avons vu ci-dessus, ne sont pas destinataires de l'interdiction énoncée à l'article 85, paragraphe 1.

225. S'agissant des activités d'un syndicat, il convient donc de procéder en deux étapes: il convient tout d'abord de se poser la question de savoir si une activité donnée est imputable au syndicat lui-même et, si tel est le cas, il convient ensuite de se demander si cette activité est de nature économique.

226. Il existe sans aucun doute des circonstances dans lesquelles les activités des syndicats correspondent à ces deux conditions. Il arrive, par exemple, que des syndicats gèrent pour leur propre compte des supermarchés, des caisses d'épargne, des agences de voyages ou exercent encore d'autres activités commerciales. Lorsque les syndicats agissent en cette qualité, les règles de concurrence s'appliquent.

105 — Voir les arrêts du 29 octobre 1980, Van Landewyck e.a./Commission (209/78 à 215/78 et 218/78, Rec. p. 3125, point 88), et FFSA e.a., précité à la note 56, point 21.

106 — Cela est implicite dans l'arrêt du 21 mars 1974, BRT (127/73, Rec. p. 313, point 7). Voir les conclusions de l'avocat général M. Mayras sous ce dernier arrêt (Rec. p. 322), et les conclusions de l'avocat général M. Lenz sous l'arrêt Bosman, précité à la note 21, point 256.

107 — Voir les conclusions de l'avocat général M. Lenz sous l'arrêt Bosman, précité à la note 21, point 258.

108 — Ordonnance du 4 juin 1996, SCK et FNK/Commission (T-18/96 R, Rec. p. II-407), et arrêt du 22 octobre 1997, SCK et FNK/Commission (T-213/95 et T-18/96, Rec. p. II-1739).

227. Toutefois, en l'espèce, l'activité des syndicats consiste en des négociations collectives avec les employeurs portant sur les pensions des travailleurs salariés du secteur. Dans ce contexte, les syndicats agissent simplement en qualité d'agents des travailleurs d'un secteur donné et non pour leur propre compte. Cela suffit pour en conclure qu'en l'espèce ils n'agissent pas comme des entreprises au sens du droit de la concurrence.

c) Les employeurs

228. Dans les affaires à l'examen, les employeurs exercent des activités économiques sur différents marchés de biens et de services. Il convient, de ce point de vue, de les qualifier d'entreprises.

229. Pour pouvoir produire ces biens et services, ils engagent des travailleurs. L'emploi de personnel fait dès lors partie intégrante de leurs activités économiques principales.

230. Comme nous l'avons précédemment relevé, le gouvernement néerlandais soutient que l'activité des employeurs qui participent à des négociations collectives relatives aux salaires ou aux conditions de travail ne constitue pas une activité économique mais une activité sociale et que, à tout le moins pour cette activité, les employeurs ne sauraient être qualifiés d'entreprises. La Commission aboutit à la même conclusion.

231. Comme nous proposons de toute façon d'admettre une exception limitée à l'applicabilité ratione materiae des règles de concurrence, qui couvre la catégorie d'accords auxquels se réfèrent le gouvernement néerlandais ainsi que la Commission, il n'est pas vraiment nécessaire d'analyser cet argument en profondeur. Il nous semble néanmoins utile de relever que les employeurs exercent une activité économique.

232. Tout d'abord, normalement, les employeurs participant à des négociations collectives portant sur les conditions de travail, les salaires et les pensions ne sont pas, ou à tout le moins pas uniquement, motivés par des considérations d'ordre social. Il convient, pour être réaliste, de considérer qu'il existe des motifs d'ordre économique: ils souhaitent ainsi éviter de coûteux conflits du travail, réduire les coûts inhérents aux compromis grâce à une négociation collective répondant à des règles déterminées, et accroître la prévisibilité ainsi que la transparence en matière de coûts de production.

233. Ensuite, le succès économique d'une entreprise sur les marchés nationaux ou internationaux dépendra de sa capacité de

conclure avec ses travailleurs des conventions collectives optimales, qui influenceront la structure de ses coûts. Les négociations avec les travailleurs font dès lors partie intégrante de son activité économique sur les marchés et ne sauraient donc être artificiellement isolées.

234. Enfin, le concept même de négociations collectives implique que chacune des parties défende ses intérêts. Les représentants des travailleurs essaient d'obtenir un maximum d'avantages sociaux tandis que, de leur côté, les représentants des employeurs s'efforcent de défendre les intérêts économiques des entreprises concernées. Il est vraisemblable qu'un équilibre dans le poids respectif des négociateurs garantit l'adoption de solutions équilibrées pour chacun des partenaires comme pour l'ensemble de la société. Il ne serait dès lors même pas souhaitable que les employeurs soient influencés par des considérations qui ne soient pas économiques.

235. Il s'ensuit que les employeurs qui participent à des négociations collectives restent, également dans ce contexte, des entreprises.

236. Il en résulte aussi que, dans les affaires à l'examen, les associations d'employeurs sont des associations d'entreprises.

2. *Accord ou autre forme de concertation*

237. Dès lors que ni les travailleurs salariés ni leurs organisations représentatives ne sont des entreprises, nous allons nous concentrer sur la question de savoir si une convention collective conclue entre partenaires sociaux comporte ou non un accord implicite entre les entreprises que sont les employeurs, ou une décision d'une association d'entreprises.

238. Dans l'arrêt BNIC, la Cour a considéré que «le cadre juridique dans lequel s'effectue la conclusion de tels accords [entre entreprises] et sont prises de telles décisions [d'associations d'entreprises], ainsi que la qualification juridique donnée à ce cadre par les différents ordres juridiques nationaux sont sans incidence sur l'applicabilité des règles communautaires de la concurrence et notamment de l'article 85 du traité» [109].

239. Dans l'arrêt Frubo/Commission, la Cour constate que «l'article 85, paragraphe 1, s'applique aux associations dans la mesure où leur activité propre ou celle des entreprises qui y adhèrent tend à produire les effets qu'il vise» et que «admettre une autre interprétation aurait pour effet de priver l'article 85, paragraphe 1, de portée réelle» [110].

109 — Arrêt du 30 janvier 1985 (123/83, Rec. p. 391, point 17).

110 — Arrêt du 15 mai 1975 (71/74, Rec. p. 563, points 30 et 31).

240. Il résulte en outre de la jurisprudence de la Cour qu'un accord peut être verbal [111], tacite [112] et qu'il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune sur leur comportement [113].

241. Pour qu'il y ait convention collective entre partenaires sociaux, les deux parties doivent coordonner leur action, soit en concluant des accords ad hoc, soit en conférant à leur action un caractère institutionnel dans le cadre d'associations. Elles doivent au minimum convenir de négocier conjointement et de se conformer au résultat obtenu par leurs représentants.

242. Eu égard à la jurisprudence de la Cour que nous avons citée, il est dès lors indéniable que, du côté des employeurs, existe un accord implicite entre entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1. Ou à tout le moins y a-t-il pratique concertée, également visée par l'article 85, paragraphe 1.

243. Dans la seule décision qu'elle a adoptée à propos de la relation entre l'article 85, paragraphe 1, et des conventions collectives conclues entre partenaires sociaux, la Commission a adopté une attitude conforme à ce point de vue. Dans la décision Irish Banks' Standing Committee [114], une association de banques irlandaises demandait une attestation négative pour un accord relatif aux heures d'ouverture, conclu entre les banques concernées et «avec le syndicat du personnel des banques». La Commission a considéré, en premier lieu, que les règles de concurrence s'appliquaient au secteur bancaire et, ensuite, que «les banques qui participent aux accords visés par la demande d'attestation négative sont des entreprises au sens de l'article 85». La Commission a alors énoncé ce qui suit: «La demande d'attestation négative précise que les accords visés ont été conclus entre les parties au nom desquelles la demande est présentée. En tant que tels, ils peuvent être considérés comme constituant des accords entre entreprises aux fins de l'article 85».

244. Nous en concluons donc que toute convention collective conclue entre partenaires sociaux comporte un accord implicite entre entreprises de la part des employeurs.

D — *Restriction à la concurrence*

245. Il convient de se demander si les accords implicites entre employeurs, pour autant qu'ils ne relèvent pas d'une exonération au titre du droit de la concurrence, «ont pour objet ou pour effet d'empêcher,

111 — Arrêt du 20 juin 1978, Tepea/Commission (28/77, Rec. p. 1391, point 41).

112 — Arrêt du 25 octobre 1983, AEG/Commission (107/82, Rec. p. 3151, point 38).

113 — Arrêts du 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma/Commission (41/69, Rec. p. 661, point 112), et Van Landewyck e.a./Commission, précité à la note 105, point 86.

114 — Précitée à la note 21.

de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence » au sens de l'article 85, paragraphe 1.

246. Les Fonds de pension ainsi que le gouvernement néerlandais soutiennent que les conventions collectives en cause n'ont ni pour objet ni pour effet de restreindre le jeu de la concurrence. Ces conventions ont une finalité sociale et n'ont pas pour objet de restreindre le jeu de la concurrence entre les entreprises concernées. Si tant est qu'il existe une restriction, celle-ci trouve alors son origine non pas dans le comportement des employeurs, mais dans l'action de l'État lorsque celui-ci rend l'affiliation obligatoire pour toutes les entreprises d'un secteur.

247. Avant de commencer notre analyse, il nous paraît utile de formuler deux observations préliminaires.

248. Tout d'abord, dans les affaires que nous examinons, l'interaction entre les conventions collectives en cause et l'intervention de l'État est complexe. Il y a la convention collective conclue entre les représentants des travailleurs et ceux des employeurs. Cette convention présuppose deux accords implicites préalables, l'un entre employeurs et l'autre entre travailleurs salariés. Il y a enfin l'intervention du gouvernement néerlandais rendant obligatoire l'affiliation au fonds.

249. Nous devrons centrer notre analyse sur les conséquences de l'accord implicite intervenu entre employeurs et donc, dans chaque cas, examiner le lien causal existant entre l'accord et les effets sur les différents opérateurs et les différents marchés.

250. Ensuite, dans les affaires que nous examinons, il est nécessaire de procéder à une analyse minutieuse qui fasse entrer en ligne de compte le contexte économique spécifique.

251. A la différence de maints régimes légaux nationaux de concurrence, les règles de concurrence communautaires sont susceptibles de s'appliquer à quasi tous les secteurs de l'économie (par exemple à l'agriculture, aux banques, aux assurances, à l'énergie, aux transports, au domaine social) comme à quasi toutes les catégories d'accords (comme les accords verticaux). L'étendue de l'applicabilité des règles communautaires entraîne une nécessité accrue, pour savoir s'il y a infraction aux règles de concurrence, de faire entrer en ligne de compte les caractéristiques économiques spécifiques d'un secteur donné ou d'une catégorie d'accords.

252. S'agissant de l'interprétation des termes «d'empêcher, de restreindre ou de

fausser le jeu de la concurrence » au sens de l'article 85, paragraphe 1, des règles énoncées en termes formels, qui se bornent à identifier des restrictions dans le comportement d'opérateurs individuels, fournissent normalement un fondement valable pour présumer l'existence d'un effet anticoncurrentiel et assurent en outre la sécurité juridique souhaitable. Toutefois, dans des arrêts relatifs à des secteurs spécifiques [115] ou à des catégories spécifiques d'accords [116], la Cour a dépassé ce point de vue purement mécanique pour procéder à une analyse plus fouillée. Eu égard à l'objet et à la nature des accords en cause dans les présentes procédures, il convient donc de tenir compte du contexte économique dans le cadre duquel ils opèrent ainsi que de la motivation économique parfois complexe qui les sous-tend.

253. Nous en venons maintenant aux conventions collectives en cause en l'espèce. Comme nous l'avons constaté ci-dessus, ces conventions peuvent être scindées en trois éléments juridiquement et économiquement indépendants.

254. Ainsi que nous l'avons précédemment exposé, le premier de ces éléments, à savoir l'accord conclu entre employeurs visant l'harmonisation des cotisations de pension pour l'ensemble d'un secteur, échappe à l'article 85, paragraphe 1. Il s'agit en effet d'un accord portant sur la rémunération des travailleurs, soit une matière qui est de l'essence même des négociations collectives, et l'accord n'influe pas directement sur des tiers ou d'autres marchés. Les règles de concurrence ne s'appliquent donc pas.

255. Dès lors sont seules concernées par la présente analyse la deuxième et la troisième partie, qui entraînent — ou devraient prétendument entraîner — des conséquences pour les compagnies d'assurances et pour les employeurs qui n'ont pas pris part aux conventions collectives concernées. Il convient en outre de rappeler que seul l'accord implicite entre employeurs est pertinent en l'occurrence. Nous examinerons donc s'il existe une restriction sensible de la concurrence provoquée par un accord implicite entre employeurs, en ce qui concerne, en premier lieu, l'accord visant la constitution d'un fonds de pension unique qu'ils gèrent conjointement avec les syndicats et, en deuxième lieu, l'accord visant l'introduction, conjointement avec les syndicats, d'une requête adressée au ministre compétent pour obtenir que l'affiliation au fonds soit rendue obligatoire pour toutes les entreprises du secteur.

115 — Arrêts de la Cour du 15 décembre 1994, DLG (C-250/92, Rec. p. I-5641, point 31) et du 12 décembre 1995, Oude Luttikhuis e.a. (C-399/93, Rec. p. I-4515, point 10); arrêt du Tribunal du 15 septembre 1998, European Night Services e.a./Commission (T-374/94, T-375/94, T-384/94 et T-388/94, Rec. p. II-3141, points 136 et 137).

116 — Arrêts du 30 juin 1966, Société technique minière (56/65, Rec. p. 337); du 28 février 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935); du 8 juin 1971, Deutsche Grammophon (78/70, Rec. p. 487); du 8 juin 1982, Nungesser/Commission (158/78, Rec. p. 2015), et du 28 janvier 1986, Pronuptia (161/84, Rec. p. 353).

1. *L'accord visant la constitution d'un fonds de pension unique que les employeurs gèrent conjointement avec les syndicats*

256. Pour mieux comprendre les motifs qui sous-tendent cet accord, il est utile d'avoir à

l'esprit les options dont disposent les employeurs et les travailleurs. Il y a des conventions collectives par lesquelles les partenaires sociaux se bornent à convenir de cotisations de pension minimales à verser pour chaque travailleur. Dans ces cas-là, les entreprises qui emploient les travailleurs concernés décident de la destination à donner aux cotisations récoltées. Elles sont libres d'opter pour un fonds de pension d'entreprise, pour la souscription d'une police d'assurance groupe propre à leur entreprise auprès d'un assureur, ou encore de constituer, avec d'autres employeurs, un fonds commun de pension.

257. Dans les présentes affaires, les représentants des employeurs et des travailleurs ont opté pour la troisième possibilité, soit la constitution d'un fonds commun de pension géré conjointement par des représentants des partenaires sociaux du secteur.

258. Comment analyser cet accord du point de vue du droit de la concurrence? En premier lieu, cet accord constitue une forme de coopération horizontale volontaire entre entreprises du même secteur, portant sur la gestion des pensions de leurs travailleurs. C'est seulement l'intervention ultérieure du gouvernement néerlandais qui a rendu obligatoire la participation à ce fonds. Ensuite, cette coopération s'opère non pas selon des modalités propres, mais dans le cadre d'une structure permanente, distincte des entreprises participantes.

259. La constitution d'un fonds de pension sous une forme institutionnalisée de coopération s'identifie donc, sous maints aspects, à ce que l'on appelle communément la création d'une entreprise commune à caractère coopératif.

260. Nous examinerons séparément les effets des conventions en cause sur les entreprises qui emploient les travailleurs concernés [sous a)], et sur les compagnies d'assurances [sous b)].

a) Restriction à la concurrence en ce qui concerne les employeurs

261. La constitution du fonds de pension a-t-elle pour effet de restreindre la concurrence de manière sensible?

262. S'agissant d'une coopérative agricole d'achat, la Cour a énoncé:

«... l'organisation d'une entreprise sous la forme juridique spécifique d'une société coopérative ne constitue pas en soi un comportement anticoncurrentiel.... cette forme juridique a la faveur tant du législateur national que des autorités communautaires, en tant que facteur de moderni-

sation et de rationalisation... et d'efficacité des entreprises » [117].

263. Dans sa communication relative aux accords, décisions et pratiques concertées concernant la coopération entre entreprises [118], la Commission énonce ce qui suit:

« ...

I. La Commission considère avec faveur une coopération entre petites et moyennes entreprises dans la mesure où elle met celles-ci en état de travailler d'une manière plus rationnelle et d'augmenter leur productivité et leur compétitivité sur un marché élargi. Tout en estimant que sa tâche est de faciliter en particulier la coopération entre petites et moyennes entreprises, la Commission reconnaît que la coopération entre grandes entreprises peut, elle aussi, être économiquement souhaitable sans donner lieu à des objections du point de vue de la politique de concurrence.

...

Il est possible que d'autres formes de coopération entre entreprises que celles citées ne soient pas interdites par l'article 85 paragraphe 1 du traité CEE...

...

II. La Commission considère que les accords suivants ne restreignent pas la concurrence.

...

2. *Les accords qui ont uniquement pour objet:*

a) la coopération en matière de comptabilité,

b) la garantie en commun du crédit,

c) les bureaux communs d'encaissement,

d) la consultation d'organismes communs en matière d'organisation des entreprises ou en matière fiscale.

117 — Arrêt Oude Luttikhuis e.a., précité à la note 115, point 12.

118 — JO 1968, C 75, p. 3, rectificatif au JO 1968, C 84, p. 14.

Dans ces cas, il s'agit d'une coopération dans les domaines qui ne concernent ni l'offre de produits et de services, ni les décisions économiques des entreprises intéressées, de sorte qu'il n'en résulte aucune restriction de la concurrence».

264. Dans sa communication sur le traitement des entreprises communes à caractère coopératif au regard de l'article 85 du traité CEE [119], la Commission énonce, au point 15, ce qui suit:

«Certaines catégories d'entreprises communes échappent à l'interdiction des ententes parce qu'elles n'ont pas pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence. Tel est en particulier le cas:

...

— des entreprises communes aux activités neutres du point de vue de la concurrence, au sens de la communication de 1968 concernant la coopération entre entreprises; les formes de coopération qui y sont décrites n'affectent pas la concurrence, parce qu'elles:

...

— ne concernent que l'aspect technique de la gestion de l'entreprise,

— ne concernent que des activités éloignées du marché».

265. L'arrêt de la Cour et les deux communications se fondent sur le raisonnement selon lequel une coopération institutionnalisée en matière de gestion qui permet aux entreprises concernées de réaliser des économies d'échelle importantes et ne concerne que des activités éloignées des marchés en cause de produits ou de services a en général un effet favorable à la concurrence.

266. Ce raisonnement vaut tout autant pour les fonds sectoriels de pension.

267. Pour les employeurs, la constitution d'un fonds de pension unique présente

119 – JO 1993, C 43, p. 2.

plusieurs avantages. Tout d'abord, cette formule permet de réaliser des économies d'échelle sur des services essentiels au fonctionnement du régime, tels que la gestion des cotisations et des versements et les modalités de dépôt des actifs. Il est également plus facile de gérer le cas d'un travailleur changeant d'entreprise au sein du même secteur.

268. En outre, un fonds sectoriel de pension se trouve dans une position plus forte sur les marchés d'investissement comme vis-à-vis des prestataires de services (consultants, compagnies d'assurances). Les effets de la constitution d'un tel fonds sont donc nettement favorables à la concurrence.

269. D'autre part, tout comme dans l'hypothèse de la comptabilité conjointe ou de bureaux de conseil fiscal, la coopération en matière de gestion des pensions vise des activités qui ne concernent directement «ni l'offre de produits et de services, ni les décisions économiques des entreprises intéressées». En revanche, la coopération s'inscrit dans un domaine qui est même plus éloigné du marché du produit que ne le sont, par exemple, les activités conjointes de recherche et de développement.

270. Dès lors, la constitution volontaire d'un fonds sectoriel de pension représente une forme efficace et rationnelle de coopération favorable à la concurrence entre entreprises, qui n'est en principe pas visée par l'article 85, paragraphe 1.

271. Toutefois, Albany, Brentjens et Drijvende Bokken soutiennent qu'il y a infraction à l'article 85, paragraphe 1, en raison de la restriction apportée à leur liberté d'organiser elles-mêmes leur régime de pension.

272. S'agissant du règlement d'une coopérative agricole qui limitait les possibilités de retrait de l'association, la Cour a estimé:

«Toutefois, il n'en résulte pas pour autant que les dispositions statutaires qui régissent les rapports entre la société et ses membres, notamment celles relatives à la dissolution du lien contractuel et celles qui imposent aux membres de réserver leur production à la coopérative, soient automatiquement soustraites à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1.

En effet, pour y échapper, les restrictions imposées aux membres par les statuts des associations coopératives et destinées à garantir leur fidélité doivent être limitées à ce qui est nécessaire afin d'assurer le bon fonctionnement de la coopérative et en particulier de lui garantir une base com-

merciale suffisamment large et une certaine stabilité de la participation sociale » [120].

273. Dès lors, si les entreprises ont la faculté de créer, sous certaines conditions, des coopératives, les restrictions *contractuelles* de leur liberté commerciale qui en résultent doivent être limitées au minimum nécessaire.

274. Nous pensons qu'un fonds sectoriel de pension créé sur une base volontaire comportant, pour ses affiliés, des restrictions au retrait du fonds pourrait être comparé à l'hypothèse dans laquelle certaines restrictions subsidiaires destinées à garantir la loyauté des membres d'une coopérative agricole s'avéraient indispensables pour « lui garantir une base commerciale suffisamment large et une certaine stabilité de la participation sociale ».

275. La situation se présente toutefois différemment en l'espèce. Aucune pièce du dossier n'indique que les restrictions en cause résultent directement des conventions collectives examinées. La liberté de recourir à d'autres régimes particuliers de pension semble être limitée non pas du fait des accords qui créent les fonds, mais par suite de la décision du royaume des Pays-Bas de rendre l'affiliation obligatoire. En effet, il n'existe pas de lien causal direct entre les accords initiaux conclus entre certains employeurs en vue de la constitution d'un fonds commun de pension et les difficultés éprouvées actuellement par les demandeurs au principal cherchant à être exemptés de l'affiliation obligatoire. La restriction apportée à la liberté des demandeurs au principal est due à l'intervention du gouvernement néerlandais. La compatibilité de cette intervention avec les articles 5 et 85, paragraphe 1, de même qu'avec les articles 86 et 90, paragraphe 1, du traité est une question distincte que nous examinerons par la suite.

b) Restrictions à l'égard des compagnies d'assurance pension

276. Albany, Brentjens et Drijvende Bokken soutiennent que l'interdiction de conclure des accords relatifs aux pensions complémentaires avec des compagnies d'assurances affecte la position concurrentielle des compagnies d'assurances privées. En effet, ces dernières se voient enlever la possibilité de conclure des polices d'assurance groupe avec les employeurs relevant d'un secteur déterminé et sont de ce fait exclues d'un segment important du marché néerlandais des assurances. Par ailleurs, cette situation crée un effet cumulatif, car l'affiliation obligatoire existe dans pratiquement tous les secteurs de l'économie néerlandaise.

277. Nous examinerons en premier lieu les effets des accords conclus initialement entre certains employeurs et les représentants des travailleurs en vue de constituer un fonds sectoriel de pension commun qu'ils gèrent

120 — Arrêt Oude Luttikhuis e.a., précité à la note 115, points 13 et 14.

conjointement. A cet effet, nous examinerons l'accord in abstracto, sans tenir compte de l'intervention ultérieure du gouvernement, en partant donc de l'hypothèse d'un fonds de pension volontaire. Nous examinerons ensuite les effets de la décision du gouvernement rendant l'affiliation obligatoire.

278. S'agissant de la constitution d'un fonds commun de pension sur une base volontaire, il convient de rappeler que, à titre individuel, l'employeur peut opter pour la constitution d'un fonds de pension d'entreprise ou pour la conclusion d'une police d'assurance groupe en faveur de ses travailleurs avec une compagnie d'assurances.

279. Ce choix est indifférent du point de vue du droit de la concurrence. Il peut être comparé à la décision par laquelle un industriel opte pour l'« achat » à des fournisseurs extérieurs de certains services (par exemple le nettoyage, la comptabilité) ou pour la « production » interne de ces services. Une décision de ne pas engager de relations contractuelles avec des fournisseurs extérieurs est couverte par la liberté contractuelle. Un refus de contracter ne pourrait relever du droit de la concurrence que dans le contexte d'une position dominante.

280. La décision prise par certains employeurs de coopérer avec d'autres en vue de constituer un fonds unique n'affecte pas la situation des compagnies d'assurance pension. Comme nous l'avons précédemment exposé, tous les employeurs qui y participent sont libres de ne pas offrir de pension du tout à leurs travailleurs ou de leur offrir une pension dans le cadre d'un fonds de pension d'entreprise. Pour les compagnies d'assurances, il est indifférent qu'un certain nombre d'employeurs décident de mettre en commun les cotisations de pension par la constitution d'un fonds unique plutôt que d'avoir des fonds de pension d'entreprise distincts.

281. En outre, comme nous l'avons précédemment exposé, aucune pièce du dossier n'indique que l'accord collectif initial visant la constitution d'un fonds de pension commun comporte une limitation quelconque de la possibilité, pour les membres, de se retirer du fonds et de conclure un accord plus avantageux avec une compagnie d'assurances tierce. Il en résulte qu'un fonds de pension revêtant un caractère purement volontaire, sans exclusivité et sans limitation de la possibilité de retrait, n'a aucun effet réel d'exclusion.

282. Enfin, toutes les parties ainsi que le gouvernement néerlandais sont d'accord pour considérer que les représentants des travailleurs et des employeurs peuvent confier à des compagnies d'assurances l'administration du fonds sectoriel. Les compagnies d'assurances gagnent ainsi une possibilité supplémentaire d'offrir leurs services en matière de gestion à de grands fonds, représentant un grand nombre d'employeurs et de travailleurs.

283. La décision en vertu de laquelle les partenaires sociaux conviennent de gérer le fonds conjointement et de ne pas conclure de contrat de gestion avec une compagnie d'assurances est en outre un refus de contracter qui est en principe couvert par la liberté contractuelle et qui ne serait susceptible d'être retenu que dans le cadre de l'article 86.

284. Dès lors, s'agissant des employeurs parties à l'accord initial visant la constitution d'un fonds sectoriel de pension, il n'y a pas d'effet réel d'exclusion des compagnies d'assurances. Le choix d'un employeur qui s'affilie à un fonds sectoriel de pension plutôt que de confier à une compagnie d'assurances le soin de gérer les cotisations est couvert par la liberté contractuelle.

285. De nouveau, les arguments des demandeurs au principal sont donc essentiellement dirigés contre l'affiliation obligatoire. C'est uniquement l'affiliation obligatoire qui limite la liberté, pour les employeurs, de conclure des polices d'assurance groupe avec des compagnies d'assurance. L'affiliation obligatoire a pour effet secondaire d'empêcher les compagnies d'assurance d'accéder au marché potentiel de l'assurance pension complémentaire. Comme nous l'avons déjà relevé, la compatibilité avec le droit communautaire de l'intervention du gouvernement néerlandais est un problème distinct, dont nous traiterons par la suite.

286. Dès lors, l'accord implicite initial entre employeurs visant la constitution d'un fonds sectoriel de pension qu'ils gèrent conjointement avec les représentants des travailleurs n'est pas visé par l'article 85, paragraphe 1. S'il y a des effets restrictifs, ceux-ci sont dus à l'intervention du gouvernement néerlandais.

2. *L'accord relatif à l'introduction, conjointement avec les syndicats, d'une requête visant à rendre l'affiliation obligatoire pour toutes les entreprises du secteur*

287. Nous examinerons à présent la requête introduite conjointement auprès du ministre en vue de rendre l'affiliation obligatoire pour toutes les entreprises relevant du secteur.

288. S'agissant des employeurs, l'accord peut être qualifié de démarche coordonnée visant l'intervention du gouvernement en vue de créer des conditions de concurrence égales entre tous les employeurs du secteur.

289. Tout d'abord, il convient de distinguer une telle action d'une action menée directement à l'encontre d'entreprises extérieures en vue de les contraindre à se joindre à un accord ou de le respecter. On trouve comme méthodes communément utilisées dans de tels cas notamment les boycotts, ainsi que les contrats d'exclusivité réciproque conclus avec des acheteurs ou des

fournisseurs. Dans ces circonstances, les entreprises en infraction ont souvent argué du fait que leurs actions visaient la lutte contre la concurrence déloyale ou contre le dumping ou, de manière plus générale, visaient l'intérêt public. La Cour ainsi que la Commission ont constamment affirmé que la protection d'intérêts du public, tels que la sécurité des produits ou la protection contre la concurrence déloyale, ne relevait pas des entreprises privées, mais des pouvoirs publics [121].

290. Ensuite, nous venons précisément de montrer que l'accord implicite initial entre employeurs visant la constitution d'un fonds sectoriel de pension qu'ils géreraient conjointement avec les représentants des travailleurs n'était pas contraire à l'article 85, paragraphe 1. La requête conjointe dont question en l'occurrence peut donc être distinguée d'une demande émanant d'entreprises, visant à étendre les effets d'un accord prohibé à d'autres entreprises du secteur.

291. Toutefois, ce dernier point ne revêt pas, pensons-nous, une importance décisive aux fins de l'appréciation de la légalité de l'attitude adoptée par les entreprises en l'occurrence. L'article 85, paragraphe 1, ne saurait s'appliquer lorsque des entreprises tentent simplement de convaincre les autorités publiques d'étendre les effets d'un accord donné à d'autres opérateurs économiques [122].

292. En premier lieu, en elle-même, une telle action n'affecte pas le jeu de la concurrence ou la liberté pour tout un chacun d'y participer. Toute restriction est la conséquence d'une action ultérieure de l'État.

293. En deuxième lieu, la coordination dans le dépôt d'une requête fait partie intégrante de nos sociétés démocratiques. Les personnes physiques ou morales ont la faculté de s'organiser et de présenter conjointement leurs requêtes au gouvernement ou aux organes législatifs. Il appartient alors aux autorités publiques de décider si l'action proposée répond à l'intérêt public. Elles seules en ont le pouvoir, comme la responsabilité.

294. Il en résulte que l'article 85, paragraphe 1, n'interdit pas non plus le dépôt conjoint d'une requête visant à rendre l'affiliation obligatoire.

295. Comme aucun de ces deux accords ne restreint la concurrence, il n'est point

121 — Arrêt du 17 janvier 1984, VBVB et VBBB/Commission (43/82 et 63/82, Rec. p. 19, point 37), et du 12 décembre 1991, Hilti/Commission (T-30/89, Rec. p. II-1439, points 115 à 119), et décision 94/815/CEE de la Commission, du 30 novembre 1994, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE (IV/33.126 — Ciment) (JO L 343, p. 1, point 8).

122 — Décision 94/815, précitée à la note 121.

besoin d'analyser leurs effets sur le commerce entre États membres.

296. Nous en concluons que l'article 85, paragraphe 1, n'est pas applicable ratione materiae aux conventions collectives par lesquelles, pour chaque travailleur relevant d'un secteur déterminé, les employeurs conviennent de verser une cotisation de pension d'un montant déterminé, dès lors qu'il s'agit de conventions collectives conclues de bonne foi entre partenaires sociaux, portant sur des matières qui sont de l'essence même des négociations collectives, telles que les salaires et les conditions de travail, qui n'affectent pas directement des marchés tiers ou des tierces personnes. En l'espèce, l'article 85, paragraphe 1, n'est pas non plus applicable, ratione personae, aux travailleurs salariés ou aux syndicats car, dans le contexte de négociations collectives, ils n'agissent pas en qualité d'entreprises au sens des règles de concurrence. S'agissant des deux accords implicites entre employeurs visant la constitution d'un régime sectoriel de pension unique géré conjointement par les partenaires sociaux et visant l'introduction, conjointement avec les syndicats, d'une requête auprès du ministre compétent en vue de rendre l'affiliation obligatoire, bien qu'il soit en principe applicable, l'article 85, paragraphe 1, n'est pas enfreint dès lors que ni l'un ni l'autre de ces accords ne restreint la concurrence.

297. Il n'y a donc pas infraction à l'article 85, paragraphe 1, lorsque des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs d'un secteur économique conviennent, dans le cadre d'une convention collective, de constituer un fonds sectoriel de pension unique et d'introduire conjointement auprès des pouvoirs publics une requête visant l'affiliation obligatoire de toutes les personnes relevant dudit secteur.

VII — Les articles 5 et 85

298. Il convient de se demander si un État membre viole les articles 5 et 85 du traité lorsque, à la requête des organisations représentatives d'employeurs et de travailleurs, il rend l'affiliation à un régime sectoriel de pension obligatoire pour toutes les entreprises du secteur concerné.

299. Albany, Brentjens et Drijvende Bokken soutiennent que, tout d'abord, en créant le cadre législatif de l'affiliation obligatoire et ensuite en rendant obligatoire l'affiliation aux trois fonds, le royaume des Pays-Bas a, d'une part, favorisé la conclusion d'ententes contraires à l'article 85, paragraphe 1, et, d'autre part, renforcé les effets de telles ententes. Elles considèrent que cette attitude constitue une infraction aux articles 5 et 85 du traité, tels qu'ils sont interprétés dans les arrêt Meng [123] et Ohra Schadeverzekeringen [124].

123 — Arrêt du 17 novembre 1993, Meng (C-2/91, Rec. p. I-5751).

124 — Arrêt du 17 novembre 1993 (C-245/91, Rec. p. I-5851).

300. Les Fonds de pension, les gouvernements néerlandais, français et suédois, ainsi que la Commission soutiennent que, dans les présentes affaires, il n'y a pas d'accord contraire à l'article 85, paragraphe 1, qui pourrait être favorisé ou dont les effets pourraient être renforcés, au sens de la jurisprudence de la Cour. En outre, selon les Fonds de pension, le royaume des Pays-Bas n'a pas délégué à des opérateurs économiques privés la responsabilité de prendre des décisions en matière économique.

301. La jurisprudence de la Cour a établi les principes suivants [125]. En lui-même, l'article 85 concerne uniquement le comportement des entreprises. Il ne vise donc pas, en principe, des mesures législatives ou réglementaires émanant des États membres. Toutefois, l'article 85, lu en combinaison avec l'article 5, deuxième alinéa, impose aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence applicables aux entreprises. Tel est le cas dans trois hypothèses: tout d'abord, lorsqu'un État membre impose ou favorise l'adoption d'accords, de décisions ou de pratiques concertées contraires à l'article 85; en deuxième lieu, lorsqu'il renforce ses effets et, troisièmement, lorsqu'il retire à sa propre réglementation son caractère étatique en déléguant à des opérateurs privés la responsabilité des décisions d'intervention en matière économique.

302. S'agissant des deux premières hypothèses, la Cour exige, pour qu'une réglementation étatique soit illégale, qu'il y ait un lien avec un comportement anticoncurrentiel des entreprises [126]. Ainsi, des mesures prises par l'État qui exigent ou favorisent un accord donné entre entreprises ou qui renforcent leurs effets ne sont pas visées par les articles 5 et 85 lorsque cet accord n'est pas contraire à l'article 85, paragraphe 1 [127]. Dans les affaires à l'examen, comme nous l'avons relevé précédemment, les accords en question ne restreignent pas la concurrence et ne sont donc pas visés par l'article 85, paragraphe 1.

303. S'agissant de la troisième hypothèse, soit celle dans laquelle les pouvoirs publics ont délégué leurs pouvoirs à des agents économiques privés, il résulte de la législation néerlandaise que le ministre compétent assume seul la responsabilité de la décision rendant obligatoire l'affiliation à un fonds déterminé. En vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la BPW, les partenaires sociaux se bornent à introduire une requête auprès du ministre. La chambre des assurances et le Conseil économique et social, qui sont de toute façon des organismes publics, ont uniquement le droit d'être consultés. Dans ce contexte, il convient également de se rappeler que le ministre compétent a la faculté de mettre fin à l'affiliation obligatoire (article 3, paragraphe 4, de la BPW)

125 — Arrêts du 21 septembre 1988, Van Eycke (267/86, Rec. p. 4769, point 16); Meng, précité à la note 123, point 14; du 17 novembre 1993, Reiff (C-185/91, Rec. p. I-5801, point 14); Ohra Schadeverzekeringen, précité à la note 124, point 10; du 9 juin 1994, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (C-153/93, Rec. p. I-2517, point 14); du 5 octobre 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Rec. p. I-2883, points 20 et 21); du 17 octobre 1995, DIP e.a. (C-140/94 à C-142/94, Rec. p. I-3257, points 14 et 15); Sodemare e.a., précité à la note 57, points 41 et 42; du 18 juin 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Rec. p. I-3949, points 35, 36 et 49), et Commission/Italie, précité à la note 102, points 53 et 54.

126 — Voir les dispositifs des arrêts Meng, précité à la note 123, et Ohra Schadeverzekeringen, précité à la note 124.

127 — Voir, par exemple, l'arrêt Corsica Ferries France, précité à la note 125, point 51.

et qu'il est tenu de prendre une nouvelle décision rendant l'affiliation obligatoire en cas de modification des règles du régime (article 3, paragraphe 5, de la BPW). La décision sur l'affiliation obligatoire appartient donc au ministre compétent: les partenaires sociaux ne peuvent pas la décréter dans une convention collective.

304. Nous montrerons ci-après que la question de la délégation de pouvoir habilitant le fonds à prendre des décisions en matière de dispenses individuelles de l'affiliation obligatoire est une question distincte, qui doit être examinée dans le cadre de la lex specialis [128] de l'article 90, paragraphe 1.

305. Dès lors, pour autant que la Cour estime devoir maintenir sa jurisprudence relative à l'article 5, il n'y a pas infraction aux articles 5 et 85 du traité.

VIII — La qualification d'entreprises donnée aux fonds sectoriels de pension néerlandais

306. Nous nous demanderons si les fonds sectoriels de pension néerlandais sont des «entreprises» au sens des règles de concurrence du traité. Plus spécialement, il convient d'établir si l'activité des fonds sectoriels de pension qui nous occupe, à savoir le service de pensions complémentaires au bénéfice des travailleurs, revêt une nature économique [129].

307. Les caractéristiques essentielles des fonds en cause en l'espèce sont les suivants:

— ils procurent des pensions de vieillesse complémentaires;

— ils ont initialement été constitués en vertu d'une convention collective conclue entre partenaires sociaux et couvrent l'ensemble d'un secteur économique;

— l'affiliation a été rendue obligatoire en vertu d'un arrêté ministériel, sous réserve de dispense dans certains cas;

— il s'agit d'un régime présentant les caractéristiques d'un fonds, opérant selon un mode de gestion par capitalisation;

128 — Arrêt du 5 octobre 1994, Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Rec. p. I-5077, point 15).

129 — Voir ci-dessus, point 207.

— le montant des cotisations et celui des prestations sont fixés par le conseil d'administration du fonds;

— les prestations de pension sont fonction des réserves constituées grâce aux cotisations, des résultats financiers des investissements du fonds et des frais d'administration;

— les régimes poursuivent un but social;

— ils présentent les éléments suivants de solidarité au niveau du secteur: les fonds ont l'obligation effective d'accepter l'adhésion de tout employeur ou de tout travailleur relevant du secteur; ils n'opèrent pas de sélection des risques par la voie de questionnaires ou d'examens médicaux; en outre, il n'y a pas de lien entre le risque et les cotisations: tous les affiliés versent une cotisation moyenne qui ne tient pas compte, par exemple, de l'âge des travailleurs; les cotisations relatives aux travailleurs des petites et moyennes entreprises sont identiques à celles relatives aux travailleurs des grandes entreprises; en cas d'incapacité de travail, des dispenses de cotisation sont accordées;

— les représentants des employeurs et ceux des travailleurs doivent siéger en nombre égal au sein du conseil d'administration du fonds;

— la direction du fonds est tenue de maintenir l'équilibre financier;

— les investissements du fonds doivent être prudents (op solide wijze);

— comme c'est le cas des compagnies d'assurances privées, la gestion est contrôlée par la chambre des assurances;

— le fonds ne poursuit pas un but lucratif.

308. Albany, Brentjens et Drijvende Bokken soutiennent que les fonds de pension en cause sont des entreprises. La Commission partage ce point de vue.

309. Les Fonds de pension, ainsi que les gouvernements néerlandais, français, allemand et suédois sont tous d'accord pour

considérer que les fonds de pension ne sauraient être qualifiés d'entreprises.

310. Avant d'examiner les décisions plus spécifiques que sont les arrêts Poucet et Pistre [130], Van Schijndel et Van Veen [131], et FFSA e.a. [132], il est utile de rappeler certains principes généraux relatifs à la qualification à donner, en droit communautaire de la concurrence, aux activités d'une entité.

311. Comme nous l'avons précédemment exposé, la Cour a généralement adopté une perspective fonctionnelle [133]. La question essentielle consiste dès lors à se demander si l'entité en cause exerce une activité qui serait, à tout le moins en principe, susceptible d'être celle d'une entreprise poursuivant un but lucratif.

312. Cette interprétation fonctionnelle a conduit la Cour à rejeter comme dépourvus de pertinence un certain nombre d'arguments. Tout d'abord, ni le statut juridique de l'entité ni son mode de financement ne sont significatifs [134]. Ainsi, par exemple, des autorités publiques telles que la Bundesanstalt für Arbeit [135] ou l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato [136] ont été considérés par la Cour comme effectuant des activités de nature économique dans le domaine du placement de travailleurs ou de la fourniture de biens ou de services sur le marché du tabac manufacturé. En revanche, la Cour a considéré que les règles de concurrence ne s'appliquaient pas à une société privée chargée d'une mission de surveillance antipollution qui lui avait été confiée par un État membre [137]. Deuxièmement, le caractère sans but lucratif d'une entité [138] ou le fait qu'elle ne poursuive pas des buts économiques [139] sont en principe dénués de pertinence. Enfin, le fait que certaines entités se sont vu confier par l'État certaines missions d'intérêt public n'implique pas que ces entités ne soient pas des entreprises, puisque, si elle ne l'étaient pas, les dispositions de l'article 90, paragraphes 1 et 2, seraient dénuées de signification. Aussi les règles de concurrence s'appliquent-elles aux activités par exemple de télécommunication publique [140] et des fournisseurs de services postaux [141], aux émetteurs publics de télévision [142] ou aux sociétés et entreprises de travaux portuaires [143]. Enfin, le simple fait que certaines activités soient normalement confiées à des

130 — Précité à la note 55.

131 — Précité à la note 2.

132 — Précité à la note 56.

133 — Voir ci-dessus, point 214.

134 — Arrêts Höfner et Elser, précité à la note 53, point 21, et Job Centre, précité à la note 54, point 21.

135 — Arrêt Höfner et Elser, précité à la note 53.

136 — Arrêts du 16 juin 1987, Commission/Italie (118/85, Rec. p. 2599, points 6 à 16), et du 14 décembre 1995, Banchero (C-387/93, Rec. p. I-4663, point 50).

137 — Arrêt Diego Calì & Figli, précité à la note 97.

138 — Arrêt Van Landewyck e.a./Commission, précité à la note 105, point 88; conclusions de l'avocat général M. Lenz sous l'arrêt Bosman, précité à la note 21, point 255.

139 — Arrêt du 30 avril 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409, points 13 et 14).

140 — Arrêt du 20 mars 1985, Italie/Commission (41/83, Rec. p. 873, points 18 et 19).

141 — Arrêt du 19 mai 1993, Corbeau (C-320/91, Rec. p. I-2533, point 8).

142 — Arrêts ERT, précité à la note 64, point 33, et du 3 octobre 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261, point 17).

143 — Arrêt du 10 décembre 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, Rec. p. I-5889, point 9).

offices publics ne suffit pas à les faire échapper aux règles de concurrence [144].

313. Dans certains arrêts, la Cour a adopté un point de vue allant au-delà de cette interprétation fonctionnelle. Par exemple, dans l'arrêt IAZ e.a./Commission, la Cour considère que «l'article 85, paragraphe 1, s'applique également aux associations d'entreprises dans la mesure où leur activité propre ou celle des entreprises qui y adhèrent tend à produire les effets qu'il vise à réprimer» [145]. Le Tribunal de première instance aboutit à la même conclusion lorsqu'il considère que «l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE s'adresse à des entités économiques constituées d'un ensemble d'éléments matériels et humains pouvant concourir à la commission d'une infraction visée par cette disposition» [146].

314. En revanche, les activités d'une entité peuvent échapper à l'application des règles de concurrence dans deux cas de figure. Tout d'abord, les règles de concurrence ne s'appliquent pas lorsque l'État agit «en exerçant l'autorité publique» [147] ou lorsque des autorités émanant de l'État agissent «dans leur qualité d'autorités publiques» [148]. Peu importe, à cet égard, que l'État agisse directement par la voie d'un organe faisant partie de l'administration publique ou par l'intermédiaire d'une entité qu'il a investie de droits spéciaux ou exclusifs [149]. Un organisme agit en exerçant l'autorité publique lorsque l'activité en cause «constitue une mission d'intérêt général qui relève des fonctions essentielles de l'État» ou, «par sa nature, son objet et les règles auxquelles elle est soumise, se rattache à l'exercice de prérogatives... qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique» [150]. En second lieu, il semble qu'il faille déduire du point 22 de l'arrêt Höfner et Elser que les règles de concurrence ne s'appliquent pas lorsque l'activité a toujours été et est nécessairement exercée par des entités publiques [151].

315. Nous examinerons à présent les trois affaires qui portaient sur la qualification d'organismes semblables à ceux dont il est question en l'espèce.

316. Dans l'arrêt Poucet et Pistre [152], la Cour a considéré que des organismes français chargés de la gestion du régime d'assurance maladie et maternité applicable aux travailleurs non salariés des professions non agricoles et du régime d'assurance vieillesse pour les professions artisanales ne devaient pas être qualifiés d'entreprises au sens du droit de la concurrence.

144 — Arrêt Höfner et Elser, précité à la note 53, point 22.

145 — Arrêts du 8 novembre 1983, IAZ e.a./Commission (96/82 à 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 et 110/82, Rec. p. 3369, point 20), et Frubo/Commission, précité à la note 110, points 30 et 31.

146 — Arrêt du 17 décembre 1991, Enichem Anic/Commission (T-6/89, Rec. p. II-1623, point 235).

147 — Arrêts du 16 juin 1987, Commission/Italie, précité à la note 136, points 7 et 8, et Diego Calì & Figli, précité à la note 97, points 22 et 23.

148 — Arrêt Bodson, précité à la note 93, point 18.

149 — Arrêts du 16 juin 1987, Commission/Italie, précité à la note 136, points 7 et 8, et Diego Calì & Figli, précité à la note 97, points 16 et 17.

150 — Arrêts SAT Fluggesellschaft, précité à la note 93, point 30, et Diego Calì & Figli, précité à la note 97, points 22 et 23.

151 — Arrêt Höfner et Elser, précité à la note 53.

152 — Précité à la note 55.

317. Ces régimes présentaient les caractéristiques suivantes:

— le régime de pension de vieillesse fournissait la pension de base;

— les régimes avaient été constitués en vertu d'une loi;

— l'affiliation aux régimes était obligatoire;

— le régime de pension n'était pas un régime de capitalisation: il fonctionnait selon un mode de répartition, les cotisations servant directement à financer les pensions des membres retraités;

— les régimes poursuivaient un objectif social, en ce qu'ils étaient destinés à assurer aux bénéficiaires une couverture contre les risques de maladie et de vieillesse, indépendamment de leur condition financière et de leur état de santé lors de l'affiliation;

— dans le régime d'assurance vieillesse, la solidarité s'exprimait par la circonstance que c'étaient les cotisations versées par les travailleurs en activité qui permettaient le financement des pensions des travailleurs retraités; elle se traduisait également par l'octroi de droits à pension sans contrepartie de cotisations et de droits à pension non proportionnels aux cotisations versées; enfin, la solidarité se manifestait entre les différents régimes de sécurité sociale, les régimes excédentaires participant au financement des régimes qui avaient des difficultés financières structurelles.

318. Concluant sur la nature des régimes, la Cour a énoncé:

«Il résulte de ce qui précède que les régimes de sécurité sociale ainsi conçus reposent sur un système d'affiliation obligatoire, indispensable à l'application du principe de la solidarité ainsi qu'à l'équilibre financier desdits régimes.»

319. Les organismes gérant ces régimes présentaient les caractéristiques suivantes:

— la gestion leur en était conférée par la loi;

— les activités de ces caisses de sécurité sociale étaient soumises au contrôle de l'État;

— les caisses appliquaient les lois et n'avaient aucune possibilité d'influer sur le montant des cotisations, l'utilisation des fonds ou la détermination du niveau des prestations.

320. En conclusion, à propos de la nature des activités de ces caisses, la Cour a affirmé:

«... les organismes qui concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale remplissent une fonction de caractère exclusivement social. Cette activité est, en effet, fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif. Les prestations versées sont des prestations légales et indépendantes du montant des cotisations.

Il s'ensuit que cette activité n'est pas une activité économique...».

321. Dans les conclusions que nous avons présentées sous l'arrêt Van Schijndel et Van Veen [153], nous avons conclu que le fonds professionnel de pension des physiothérapeutes néerlandais, qui présentait des caractéristiques analogues à celles des fonds à l'examen, n'agissait pas en tant qu'entreprise dans ses relations avec ses affiliés. Eu égard toutefois au manque d'informations quant au contexte factuel et juridique, nous nous sommes contenté de formuler un point de vue provisoire.

322. Les caractéristiques du régime et du fonds des physiothérapeutes néerlandais étaient les suivantes:

— le régime procurait des pensions complémentaires;

— le régime avait été constitué par les membres de la profession de physiothérapeute;

— l'affiliation obligatoire avait été prévue en vertu d'un arrêté ministériel qui avait été adopté au titre d'une loi de pension néerlandaise;

— il s'agissait d'un régime de capitalisation, en ce sens que les pensions étaient financées par des réserves plutôt que par les cotisations courantes; le régime n'était pas financé par le budget de l'État;

— le régime des physiothérapeutes avait une fonction sociale; la loi qui avait permis de rendre l'affiliation obliga-

153 — Précité à la note 2, points 53 à 65 de nos conclusions.

toire avait pour objectif d'assurer que les revenus de la retraite reflètent l'accroissement du niveau général des revenus, de permettre que les membres de la profession les plus jeunes contribuent aux charges plus élevées du versement de pensions aux membres plus âgés, et de prévoir l'octroi de droits à la pension pour les années antérieures à l'entrée en vigueur des régimes;

— le régime comprenait des éléments de solidarité entre les membres; en principe, une cotisation du même montant était perçue et une pension du même montant était payée; tel était le cas, indépendamment de l'âge auquel un affilié individuel avait commencé à exercer la profession, et indépendamment de son état de santé au moment de son affiliation; en cas d'incapacité de travail, la couverture d'assurance était maintenue sans versement de cotisation;

— le fonds gérant le régime ne poursuivait pas de but lucratif;

— son conseil d'administration était constitué exclusivement d'affiliés du fonds;

— les administrateurs ne recevaient pas de rémunération, mais uniquement des remboursements de frais.

323. Dans nos conclusions, nous avons suivi l'argumentation adoptée par la Cour dans l'arrêt Poucet et Pistre et nous avons constaté, sur une base provisoire, comme nous l'avons relevé ci-dessus, que le fonds des physiothérapeutes ressemblait davantage à une institution de sécurité sociale qu'à un assureur privé. Le fonds, dans ses relations avec ses affiliés, n'agissait pas en tant qu'entreprise mais en tant qu'institution sociale chargée par les membres de la profession de la responsabilité de s'occuper de leurs pensions. La Cour n'a pas abordé la question de savoir si le fonds était une entreprise au sens de l'article 85, paragraphe 1.

324. Par la suite, dans l'arrêt FFSA e.a. [154], la Cour a considérablement clarifié et affiné sa jurisprudence relative à l'application des règles de concurrence aux régimes de pension et aux institutions qui les gèrent.

325. Le régime complémentaire français d'assurance vieillesse des personnes non salariées des professions agricoles présentait les caractéristiques suivantes:

— il procurait des pensions complémentaires;

— il avait été créé et était régi par la loi;

154 — Précité à la note 56.

— l'affiliation était facultative;

— le régime présentait les caractéristiques d'un fonds: il était établi selon un mode de gestion par capitalisation et non par répartition;

— les cotisations étaient directement liées aux revenus;

— les prestations auxquelles le régime donnait droit dépendaient uniquement du montant des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que des résultats financiers des investissements effectués par l'organisme gestionnaire; le montant en était déterminé non pas en vertu de la loi, mais par le conseil d'administration de la caisse gérant le régime;

— le régime Coreva répondait à une finalité sociale; il avait été créé pour protéger contre différents risques une population qui se caractérisait par un revenu plus modeste et par une moyenne d'âge plus élevée que les autres catégories socio-professionnelles et dont le régime d'assurance vieillesse de base n'était pas suffisant;

— le principe de solidarité se traduisait, en l'occurrence, par les éléments suivants: l'indépendance des cotisations par rapport au risque et, dans ce contexte, l'absence de questionnaire préalable, d'examen médical et de sélection des risques, un mécanisme d'exemption du paiement des cotisations en cas de maladie, la suspension temporaire du paiement des cotisations pour des raisons liées aux conditions économiques des membres et la mise à la disposition du régime des ressources correspondant aux cotisations versées en cas de décès prématuré de l'adhérent plutôt que la mise à disposition de ses successeurs;

— l'organisme gestionnaire ne poursuivait pas de but lucratif et son administration était assurée par des bénévoles;

— sa gestion était soumise au contrôle de l'État;

— les fonds récoltés ne pouvaient être employés que pour certains placements, autorisés par le gouvernement.

326. Les attendus essentiels de l'arrêt de la Cour sont les suivants:

«A cet égard, il importe tout d'abord de relever que l'affiliation au régime Coreva est facultative, que ce régime fonctionne selon le principe de la capitalisation et que

les prestations auxquelles il donne droit dépendent uniquement du montant des cotisations versées par les bénéficiaires ainsi que des résultats financiers des investissements effectués par l'organisme gestionnaire. [L'organisme gestionnaire] exerce donc une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurance vie.

...

Les éléments de solidarité que ce régime comporte, ainsi que les autres caractéristiques... ne sont pas de nature à infirmer cette qualification.

Tout d'abord, le principe de solidarité... a une portée extrêmement limitée, qui découle du caractère facultatif du régime. Il ne saurait, dans ces conditions, ôter à l'activité exercée par l'organisme gestionnaire dudit régime son caractère économique.

Ensuite, il y a lieu d'observer que, certes, la poursuite d'une finalité à caractère social, les exigences de solidarité, ainsi que les autres règles... notamment quant aux droits et obligations de l'organisme gestionnaire et des assurés, au statut de celui-ci et aux restrictions qu'il subit dans la réalisation des investissements, pourraient rendre le service fourni par le régime Coreva moins compétitif que le service comparable fourni par les compagnies d'assurance vie. De telles contraintes n'empêchent toutefois pas de considérer l'activité exercée par [l'organisme gestionnaire] comme une activité économique. Resterait à examiner si ces contraintes pourraient être invoquées, par exemple, pour justifier le droit exclusif de cet organisme de fournir des assurances vieillesse dont les cotisations sont déductibles du revenu professionnel imposable.

Enfin, le seul fait que [l'organisme gestionnaire] ne poursuit pas un but lucratif n'enlève pas à l'activité qu'[il] exerce sa nature économique, dès lors que... elle peut donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer.

Il y a donc lieu de répondre à la juridiction nationale qu'un organisme à but non lucratif, gérant un régime d'assurance vieillesse destiné à compléter un régime de base obligatoire, institué par la loi à titre facultatif et fonctionnant, dans le respect de règles définies par le pouvoir réglementaire, notamment en ce qui concerne les conditions d'adhésion, les cotisations et les prestations, selon le principe de la capitalisation, est une entreprise au sens des articles 85 et suivants du traité. »

327. Avant d'évoquer les différentes caractéristiques des fonds dont question en l'espèce, il serait sans doute utile de tirer

quelques conclusions générales de cette jurisprudence.

328. Tout d'abord, comme nous l'avons déjà constaté dans nos conclusions sous l'arrêt Van Schijndel et Van Veen, les régimes de pension revêtent des formes variées, allant des régimes étatiques de sécurité sociale, à l'une des extrémités de l'éventail, aux régimes privés individuels gérés par des assureurs privés, à l'autre extrémité. La difficulté réside dans la classification des catégories intermédiaires: c'est une question de degré, qui nécessite l'examen de toute une série de critères.

329. Deuxièmement, dans son arrêt FFSA e.a., la Cour a considérablement affiné et clarifié son analyse de la question. Nous sommes dès lors en mesure de reconsidérer le point de vue provisoire que nous avions formulé dans nos conclusions sous l'arrêt Van Schijndel et Van Veen.

330. Troisièmement, la jurisprudence générale relative à la notion d'entreprise, et particulièrement l'arrêt Höfner et Elser et le point 20 de l'arrêt FFSA e.a., montre clairement que le critère décisif est la question de savoir si une activité déterminée est *nécessairement exercée par des entités publiques ou par leurs agents*. Contrairement aux affirmations formulées par les Fonds de pension, il convient d'opérer une distinction entre cette question et celle, différente, de savoir dans quelle mesure l'octroi de certains droits exclusifs est nécessaire à l'accomplissement d'une mission d'intérêt public. Cette dernière question n'est pertinente qu'aux fins de l'article 90, paragraphe 2, du traité. Il résulte de l'article 90 qu'en soi la nécessité d'accorder des droits exclusifs à un organisme n'enlève pas à ses activités leur caractère économique.

331. Enfin, conformément à la jurisprudence de la Cour et en particulier au point 21 de l'arrêt FFSA e.a., la question de savoir si l'organisme peut donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer est également pertinente.

332. A la lumière des développements qui précèdent, nous voudrions à présent examiner la question de savoir quelles sont, parmi les caractéristiques que présentent les fonds de pension néerlandais dont question en l'espèce, celles qui sont pertinentes aux fins de la détermination de la nature économique ou non de leur activité.

333. Nous estimons que les caractéristiques suivantes sont dénuées de pertinence.

334. Tout d'abord, les modalités de constitution du régime ou de sa gestion ainsi que son statut juridique sont dénués d'intérêt aux fins de la qualification des activités d'un fonds. Dans l'arrêt FFSA e.a., la Cour a considéré que les activités de la Caisse

centrale de la mutualité sociale agricole française, qui gère un régime établi par la loi, étaient de nature économique. Ni l'arrêt Poucet et Pistre, ni l'arrêt FFSA e.a. ne mentionnaient le statut juridique des différentes caisses. Le fait que la Cour considère que ce point n'est pas pertinent aux fins de son analyse s'inscrit parfaitement dans sa jurisprudence [155]. Dès lors, la circonstance qu'en l'espèce les régimes de pension complémentaire aient été constitués en vertu de conventions collectives et soient gérés conjointement par des représentants des partenaires sociaux, sous la forme juridique d'une fondation (Stichting) ne revêt aucune signification aux fins de la qualification de leurs activités.

335. En deuxième lieu, eu égard au point 20 de l'arrêt FFSA e.a., les règles relatives à la composition de l'organisme gestionnaire, les restrictions qu'il subit dans la réalisation des investissements et le mode de contrôle exercé par les pouvoirs publics sont tout autant dénués de pertinence. Dans l'arrêt Poucet et Pistre, la Cour avait encore mentionné le contrôle de l'État comme un élément pertinent [156]. Or, l'arrêt FFSA e.a. ne mentionne plus cette caractéristique, bien que le gouvernement français ait soulevé la question [157]. Il importe peu, par conséquent, dans les affaires actuelles, que les représentants des employeurs et ceux des travailleurs siègent en nombre égal au sein du conseil d'administration du fonds, que la direction du fonds soit tenue de maintenir l'équilibre financier et d'effectuer des placements prudents ou que la gestion soit contrôlée par la chambre des assurances. En revanche, tout comme Albany, Drijvende Bokken en Brentjens, nous reconnaissons que le fait que les compagnies d'assurances et les fonds de pension soient soumis à un même organisme de contrôle constitue un signe de la similitude de leurs activités.

336. En troisième lieu, la circonstance que les fonds de pension poursuivent un but social et leur absence de caractère lucratif sont toutes deux sans intérêt. La Cour semble avoir attaché une certaine importance à ces deux caractéristiques dans l'arrêt Poucet et Pistre [158]. Toutefois, la Cour n'en a pas fait état lorsque, au point 15 de son arrêt FFSA e.a., elle a résumé l'arrêt Poucet et Pistre. Conformément à sa thèse générale consistant à ne faire entrer en ligne de compte ni l'objectif poursuivi ni l'absence de but lucratif [159], la Cour a considéré, aux points 20 et 21 de son arrêt FFSA e.a., que ces deux caractéristiques ne pouvaient pas influencer son point de vue.

337. En revanche, les caractéristiques suivantes sont pertinentes aux fins de son analyse.

338. En premier lieu, à la lumière de l'arrêt FFSA e.a. (point 16) et contrairement à ce que nous avons avancé à titre provisoire dans nos conclusions sous l'arrêt Van Schijndel et Van Veen, le mode de fonctionnement du régime de pension constitue

155 — Voir ci-dessus, point 312, ainsi que notes 134 à 137.
156 — Voir la combinaison des points 14 et 16.
157 — Point 11.
158 — Point 18.
159 — Voir ci-dessus, point 312 et notes 138 et 139.

un facteur important. Nous estimons qu'un régime de pension n'opérant pas par capitalisation, mais conformément au système de répartition, selon lequel les cotisations courantes financent les pensions des retraités servies au même moment, est nécessairement mis en œuvre directement par l'État ou indirectement par des organismes agissant en qualité de mandataires de l'État ou d'une manière analogue. Il ne nous est pas possible d'imaginer, même d'un point de vue théorique, que, sans intervention de l'État, des entreprises privées puissent offrir sur les marchés un régime de pension fondé sur le principe de répartition. Personne ne serait prêt à payer pour les pensions des autres sans la garantie que la génération suivante fasse de même. Telle est précisément la raison pour laquelle, historiquement, il était nécessaire d'introduire de tels régimes, qui soient gérés par l'État ou à tout le moins placés sous l'égide de l'État. Nous éprouvons dès lors quelque difficulté à penser que les activités d'un tel régime pourraient être de nature économique. En revanche, il est manifeste que le marché est à l'origine de régimes de pension fonctionnant sur la base du principe de capitalisation. Le fait que les activités de tels régimes, comme beaucoup d'autres activités en matière d'assurance, soient réglementées par le législateur dans l'intérêt des consommateurs et des investisseurs ne leur enlève pas leur caractère économique. Les restrictions apportées à ces activités sont également susceptibles de faire l'objet d'un examen au titre de l'article 90 du traité. Le fait que les fonds sectoriels dont question en l'espèce fonctionnent selon un principe de capitalisation est dès lors pertinent en l'occurrence.

339. En deuxième lieu, les mécanismes de prise de décision et les facteurs financiers influençant le niveau des contributions et des prestations constituent également des éléments pertinents.

340. D'une part, les régimes dans lesquels le niveau des prestations et des cotisations est déterminé par le législateur doivent être distingués de ceux dans lesquels ce niveau est déterminé par une décision indépendante du conseil d'administration du fonds. Il convient de tenir compte, dans ce contexte, du principe qui sous-tend le point 21 de l'arrêt FFSA e.a. et certains autres arrêts de la Cour [160] qui sont examinés ci-dessus: les entités indépendantes qui pourraient donner lieu à des comportements que les règles de concurrence visent à réprimer doivent être soumises à ces règles.

341. Sur ce point, le gouvernement allemand ainsi que la Commission considèrent que, puisque les effets juridiques des conventions collectives conclues entre partenaires sociaux sont analogues à ceux produits par une législation, la situation ayant donné lieu aux présentes affaires est comparable à celle de l'arrêt Poucet et Pistre, dans laquelle les cotisations et les prestations étaient déterminées en vertu de la loi. Nous pensons, toutefois, qu'il n'est pas nécessaire de déterminer dans quelle mesure les conventions collectives et la législation produisent les mêmes effets juridiques. En l'espèce, les décisions relatives aux cotisations et aux prestations ne sont pas prises par les partenaires sociaux dans le cadre formel de négociations collectives, mais sont des décisions prises à la majorité au sein du conseil d'administration du fonds. En outre, il semble que

160 — Voir ci-dessus, point 313 et notes 145 et 146.

l'objectif principal poursuivi par le conseil d'administration consiste à promouvoir les intérêts de tous les participants aux fonds, et que ces intérêts sont susceptibles de différer de ceux des syndicats et des associations d'employeurs qui désignent les membres du conseil d'administration.

342. D'autre part, les régimes dans lesquels l'État garantit un certain niveau de cotisations et de prestations diffèrent de ceux qui ne donnent pas lieu à intervention de l'État. Cet élément était important dans l'arrêt Poucet et Pistre, qui faisait état de la solidarité entre différentes institutions de sécurité sociale [161], qui se manifestait par la participation des régimes excédentaires au financement des régimes qui connaissaient des difficultés financières. Cette caractéristique a de nouveau été mentionnée dans le sommaire de l'arrêt Poucet et Pistre repris dans l'arrêt FFSA e.a. [162]. En revanche, dans les présentes affaires, comme d'ailleurs dans l'arrêt FFSA e.a., le niveau des prestations ne dépend que du montant des cotisations, des résultats financiers des placements effectués par l'organisme gestionnaire et des frais engendrés par cet organisme.

343. En troisième lieu, les éléments de solidarité inhérents au régime sont pertinents, ainsi que le montrent clairement l'arrêt Poucet et Pistre [163] et le sommaire de cet arrêt repris dans l'arrêt FFSA e.a. [164]. Toutefois, dans l'arrêt FFSA e.a., la Cour a considéré qu'en l'occurrence les éléments de solidarité inhérents au régime étaient extrêmement limités et ne pouvaient pas enlever à l'activité du régime sa nature économique [165]. Dans les affaires que nous examinons, les éléments de solidarité au niveau du secteur ne sont ni plus nombreux ni plus importants que ceux qui apparaissaient dans l'affaire FFSA e.a., dans laquelle il n'y avait pas de relation entre les cotisations et le risque et pas de sélection des risques par des questionnaires ou des examens médicaux. La caisse était obligée d'accepter l'adhésion de tout employeur et de tout travailleur relevant du secteur [166]. Des dispenses de cotisation étaient accordées en cas de maladie [167]. La seule différence semble être le fait que certains fonds de pension néerlandais demandent le versement de cotisations forfaitaires, alors que dans l'affaire FFSA e.a., les cotisations étaient proportionnelles aux revenus. Toutefois, dès lors qu'il semble que les fonds néerlandais servent également des pensions forfaitaires qui ne sont pas proportionnelles aux salaires, cette différence n'est pas pertinente. Dès lors, en l'espèce également, les éléments de solidarité ne sont pas assez importants pour enlever aux activités du fonds leur nature économique.

344. Toutes les caractéristiques pertinentes des fonds de pension complémentaire néerlandais examinées jusqu'ici suggèrent que ces activités sont de nature économique. Toutefois se pose la question de savoir si cette conclusion est remise en question par le fait que l'affiliation à la grande majorité de ces fonds de pension a été rendue obligatoire par le gouvernement néerlandais en vertu d'un cadre législatif spécifi-

161 – Point 12.
162 – Point 15.
163 – Points 10 et 18.
164 – Point 15.
165 – Point 19.
166 – Point 9.
167 – Point 10.

que. Il convient de se rappeler que, dans l'affaire FFSA e.a., l'affiliation était facultative.

345. Dans l'arrêt Poucet et Pistre, la Cour a énoncé que les régimes de sécurité sociale en cause reposaient sur un système d'affiliation obligatoire, indispensable à l'application du principe de la solidarité ainsi qu'à l'équilibre financier desdits régimes [168]. Dans le sommaire de l'arrêt Poucet et Pistre repris dans l'arrêt FFSA e.a., la Cour a réitéré ce point de vue et a considéré que la solidarité inhérente à ces régimes impliquait nécessairement que les différents régimes soient gérés par un organisme unique et que l'affiliation à ces régimes présente un caractère obligatoire [169]. L'affiliation obligatoire était donc analysée comme une conséquence nécessaire de la présence d'éléments importants de solidarité. Toutefois, on ne distingue pas clairement si l'affiliation obligatoire est une condition préalable nécessaire pour conclure à la nature non économique des activités du fonds.

346. Dans l'arrêt FFSA e.a., la Cour s'est fondée sur l'affiliation facultative pour conclure à la nature économique des activités du régime [170]. Nous sommes d'accord sur ce point. L'affiliation facultative est un indice particulièrement important qui tendrait à montrer que les activités concernées sont comparables à celles exercées par un assureur privé et qu'elles devraient être examinées par les autorités de la concurrence.

347. Toutefois, la jurisprudence montre que la Cour ne s'est pas encore prononcée sur le problème posé en l'occurrence, soit sur la question des conclusions qui seraient à tirer de l'affiliation obligatoire à un régime donné. Il n'y a pas lieu, à notre avis, d'en inférer quelque conclusion que ce soit sous peine, tout d'abord, de donner aux États membres l'occasion de soustraire les activités de certains organismes du champ d'application des règles de concurrence en rendant simplement obligatoire l'affiliation au régime. En deuxième lieu, il convient de voir dans l'affiliation obligatoire l'octroi de droits exclusifs. Il résulte de l'article 90, paragraphe 1, du traité que les entreprises qui bénéficient de ce type de droits exclusifs restent des entreprises et relèvent des règles de concurrence.

348. Nous en concluons donc que les activités des fonds de pension complémentaire néerlandais sont de nature économique et qu'à ce titre ces fonds constituent des entreprises au sens du droit communautaire de la concurrence.

IX — Les articles 90 et 86

349. La question suivante consiste à se demander si un État membre enfreint les dispositions combinées des articles 90,

168 — Point 13.
169 — Point 15.
170 — Points 17 et 22.

paragraphe 1, et 86 du traité lorsqu'il met sur pied un système d'affiliation obligatoire à des fonds sectoriels de pension tels que celui qui existe aux Pays-Bas, et lorsque, dans le cadre de ce système, il rend obligatoire l'affiliation à des fonds sectoriels de pension.

350. Il est utile, à ce stade de notre raisonnement, de rappeler les caractéristiques du système néerlandais.

351. Un premier ensemble de règles (les règles relatives à l'affiliation obligatoire dans l'ensemble du secteur) établit les conditions dans lesquelles le gouvernement peut rendre obligatoire l'affiliation à un fonds déterminé de toutes les entreprises d'un secteur donné. Les partenaires sociaux d'un secteur introduisent conjointement une demande au ministre en vue de rendre obligatoire l'affiliation à un fonds sectoriel de pension. Le ministre vérifie ensuite si les règles régissant les activités du fonds répondent à toutes les conditions légales. Avant de prendre une décision, le fonds consulte différents organismes, dont la chambre des assurances. Il adopte alors un arrêté rendant l'affiliation obligatoire pour toutes les entreprises et pour tous les travailleurs du secteur. En cas de modification des règles régissant le régime, le ministre est tenu de prendre un nouvel arrêté.

352. Il existe ensuite un deuxième ensemble de règles (règles relatives aux exemptions individuelles), portant sur les circonstances dans lesquelles à titre individuel des entreprises ou des travailleurs peuvent être dispensés de l'affiliation obligatoire lorsqu'ils relèvent ou souhaitent relever d'autres régimes spéciaux de pension.

353. Pour qu'il puisse y avoir dispense, l'autre régime doit répondre à un certain nombre de conditions. La plus importante exige que l'autre régime fournisse des prestations qui soient au moins équivalentes à celles servies par le fonds sectoriel.

354. C'est le fonds sectoriel de pension lui-même qui se prononce sur toutes les demandes de dispense. Le fonds doit accorder une dispense lorsque l'autre régime de pension était déjà en vigueur six mois avant le dépôt de la requête à la suite de laquelle la participation au fonds de pension a été rendue obligatoire («le motif d'exemption tiré des six mois»). Dans tous les autres cas, le fonds dispose d'un pouvoir discrétionnaire.

355. Des dispositions prévoient la possibilité d'introduire une réclamation («bezwaar») contre le refus d'un fonds de pension d'accorder une dispense. La chambre des assurances connaît de la réclamation. Selon le gouvernement néerlandais, la décision de la chambre des assurances ne constitue qu'une simple proposition de conciliation et est dénuée d'effet juridique. La décision de la chambre des assurances n'est susceptible d'aucun recours.

356. Il ressort des ordonnances de renvoi, et en particulier des ordonnances rendues par le Kantongerecht dans l'affaire Albany, que les juridictions civiles sont en principe compétentes pour vérifier la légalité des décisions des fonds. On peut y voir une conséquence directe ou indirecte du fait que les fonds sont des personnes morales organisées sous forme de fondations privées («stichting»).

357. L'étendue des pouvoirs des juridictions civiles en matière de vérification des décisions discrétionnaires prises par les fonds n'est toutefois pas tout à fait claire. La juridiction de renvoi dans l'affaire Brentjens, le Kantongerecht, a énoncé ce qui suit:

«Il n'appartient pas au Kantonrechter de se prononcer sur le fait que le fonds sectoriel de pension n'a pas vu matière à exercer sa compétence d'accorder à discrétion une exemption à Brentjens dès lors que cette faculté résulte de l'orientation que le fonds sectoriel de pension a lui-même donnée à sa gestion.»

358. Toutefois, d'autres attendus des juridictions de renvoi et une formule utilisée dans l'affaire Albany semblent impliquer qu'il existe à tout le moins un pouvoir de vérification limité:

«Les relations entre un fonds professionnel de pension et un affilié sont aussi régies par les exigences de la raison et de l'équité et/ou par les principes généraux d'une saine administration.»

359. Il ressort également de cette formule que les juridictions néerlandaises éprouvent quelques doutes à propos de la détermination des principes qui régissent la question. Cela peut être derechef une conséquence de la nature hybride de la décision du fonds de pension.

360. Selon le gouvernement néerlandais, une version modifiée des directives en matière de dispense est entrée en vigueur le 26 avril 1998. Tout d'abord, alors que précédemment le seul motif entraînant obligatoirement la dispense était celui tiré de la période de six mois d'application d'un autre régime, trois nouveaux motifs obligatoires ont été ajoutés. A l'heure actuelle, une dispense doit être également accordée lorsque:

— l'employeur fait partie ou fera partie d'un groupe d'entreprises qui ne relèvent pas du champ d'application du fonds sectoriel de pension;

— l'employeur concerné qui a conclu sa propre convention collective avec ses travailleurs est, à ce titre, dispensé de la

participation obligatoire à une convention collective de portée générale; ou

— les résultats d'un fonds sectoriel de pension sont, du point de vue du rapport de ses placements, sensiblement inférieurs, au cours d'une période de plusieurs années, aux résultats d'un portefeuille type préalablement établi par le fonds de pension. Des normes comptables sont déterminées afin de mesurer les résultats obtenus.

361. En deuxième lieu, de nouvelles dispositions relatives à l'équivalence du régime de remplacement et au calcul de la compensation précédemment mentionnée de la perte actuarielle [171] ont été introduites.

362. Troisièmement, la possibilité d'introduction d'une réclamation auprès de la chambre des assurances a été supprimée.

363. Toutefois, dès lors que les procédures au principal sont régies par la version antérieure des directives en matière de dispense, la version modifiée n'est pas directement pertinente aux fins des présentes procédures.

171 — Voir ci-dessus, point 15.

364. Enfin, il convient de rappeler qu'en fait l'affiliation à 15 fonds sectoriels de pension n'a pas été rendue obligatoire.

365. Venons-en maintenant à l'analyse des dispositions combinées de l'article 90, paragraphe 1, et de l'article 86.

366. L'article 90, paragraphe 1, dispose:

«Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 6 et 85 à 94 inclus.»

367. L'article 86 dispose:

«Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun

ou dans une partie substantielle de celui-ci... ».

368. Albany, Brentjens et Drijvende Bokken soutiennent que le système néerlandais de fonds sectoriels de pension obligatoires enfreint ces dispositions sous deux aspects. En premier lieu, ils affirment que les caractéristiques du système sont telles que les services offerts par les fonds en matière de pension ne correspondent pas, ou ne correspondent plus, aux besoins des entreprises. Les demandeurs au principal renvoient sur ce point à l'arrêt Höfner et Elser [172]. Ensuite, de leur point de vue, il résulte de l'arrêt GB-Inno-BM [173] que les fonds de pension ne devraient pas être autorisés à prendre eux-mêmes les décisions relatives aux dispenses individuelles de l'affiliation obligatoire.

369. Les Fonds de pension, de même que les gouvernements néerlandais et français et la Commission, sont d'accord pour estimer — fût-ce pour des raisons différentes — qu'il n'y a pas infraction aux articles 90, paragraphe 1, et 86, ou que, de toute façon, le système néerlandais peut être justifié au titre de l'article 90, paragraphe 2.

370. S'agissant des articles 90, paragraphe 1, et 86, nous voudrions formuler deux remarques liminaires.

371. Il est important, d'entrée de jeu, de bien se remémorer la place occupée par les articles 90, paragraphe 1, et 86 dans le système du traité. Comme nous l'avons précédemment relevé [174], les articles 85 et 86 visent les entreprises et non les États membres. Il existe toutefois un principe général découlant de l'article 5, deuxième alinéa, imposant aux États membres de ne pas prendre ou maintenir en vigueur des mesures, de nature législative ou réglementaire, susceptibles d'éliminer l'effet utile des règles de concurrence [175]. Nous avons précédemment [176] examiné la jurisprudence relative aux articles 5 et 85 appliquant ce principe général à l'intervention de l'État dans le contexte d'accords entre entreprises. L'article 90, paragraphe 1, illustre une autre application — légale — de ce principe général [177]. Étant applicable ratione personae, l'article 90, paragraphe 1, constitue une lex specialis au regard de l'article 5, deuxième alinéa [178].

372. Ensuite, il convient de se rappeler que l'applicabilité de l'article 90, paragraphe 1, voire l'existence d'une infraction à cette disposition, n'entraînent nulle conséquence automatique quant à l'applicabilité aux entreprises concernées des articles 85 et 86. Les entreprises qui bénéficient de droits exclusifs restent soumises aux règles de concurrence [179]. Font seules exception à

172 — Précité à la note 53.

173 — Arrêt du 13 décembre 1991 (C-18/88, Rec. p. I-5941).

174 — Voir ci-dessus, point 301.

175 — Arrêts du 16 novembre 1977, GB-Inno-BM (13/77, Rec. p. 2115, points 30 et 31); Ahmed Saaed Flugreisen et Silver Line Reisebüro, précité à la note 48, point 50, et ERT, précité à la note 64, point 35.

176 — Voir ci-dessus, points 298 à 305.

177 — Arrêts du 16 novembre 1977, GB-Inno-BM, précité à la note 175, points 32 et 42, et Ahmed Saaed Flugreisen et Silver Line Reisebüro, précité à la note 48, point 50.

178 — Arrêt Centre d'insémination de la Crespelle, précité à la note 128, point 15.

179 — Arrêts du 29 novembre 1978, Redmond (83/78, Rec. p. 2347, points 43 et 44); CBEM, précité à la note 142, points 16 et 17, et Centre d'insémination de la Crespelle, précité à la note 128, points 24 à 27.

cette règle les hypothèses dans lesquelles un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou dans lesquelles celle-ci crée un cadre juridique qui lui-même élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part [180]. Dès lors, indépendamment de la réponse que la Cour apportera aux questions portant sur l'article 90, paragraphe 1, les différents fonds resteront en principe soumis aux règles de concurrence.

373. Pour répondre aux questions posées par les juridictions de renvoi, il conviendra d'établir, tout d'abord, si les fonds de pension sont des entreprises auxquelles le royaume des Pays-Bas a accordé des droits spéciaux ou exclusifs et, ensuite, si les fonds de pension détiennent une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci et, enfin, si le royaume des Pays-Bas a, au sens de l'article 90, paragraphe 1, édicté ou maintenu une «mesure contraire aux règles du... traité», et en particulier une mesure contraire à l'article 86 ne pouvant pas être justifiée au titre de l'article 90, paragraphe 2.

A — *Applicabilité de l'article 90, paragraphe 1: entreprises bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux*

374. Pour le gouvernement néerlandais, l'arrêté ministériel rendant l'affiliation obligatoire se borne à créer des obligations incombant aux entreprises concernées et il n'accorde pas de droits exclusifs en matière d'assurance pension ou même de pensions complémentaires.

375. Nous pensons que cet argument ne tient pas: en effet, les cotisations prélevées par les employeurs et par les travailleurs à des fins de pensions complémentaires doivent être gérées par les fonds. Ceux-ci bénéficient dès lors du droit exclusif de récolter et de gérer les cotisations. De ce point de vue, le droit exclusif des fonds constitue simplement l'autre face de la médaille de l'obligation pour l'ensemble du secteur d'affilier les travailleurs à un fonds de pension complémentaire déterminé.

376. En outre, on pourrait aussi soutenir que les dispositions néerlandaises en matière de dispense individuelle confèrent aux fonds un deuxième droit exclusif, à savoir le droit de statuer de manière discrétionnaire sur les demandes de dispenses individuelles de l'affiliation obligatoire.

377. Les fonds relèvent dès lors du type d'entreprises auxquelles s'applique l'article 90, paragraphe 1.

180 — Arrêt du 11 novembre 1997, Commission et France/Ladbroke Racing (C-359/95 P et C-379/95 P, Rec. p. I-6225, points 32 à 37).

B — *Applicabilité de l'article 86: position dominante dans une partie substantielle du marché commun*

378. Pour Albany, Brentjens et Drijvende Bokken, chacun des fonds détient une position dominante sur le marché des services d'assurance pension complémentaire dans le secteur économique qu'il couvre.

379. Les Fonds affirment que, sur le marché de l'assurance pension, sur lequel beaucoup d'autres entreprises sont présentes, ils ne sont que des acteurs relativement modestes. Ils considèrent que les arguments soulevés par les demandeurs au principal se fondent sur une définition extrêmement étroite du marché en cause.

380. Initialement, dans ses observations écrites, la Commission a contesté l'existence d'une position dominante, en se fondant essentiellement sur les arguments avancés par les Fonds de pension. Toutefois, à l'audience, elle a adopté une attitude opposée et elle a rejoint à ce sujet le point de vue du gouvernement français. Celui-ci soutenait que, lorsque l'affiliation était obligatoire, il n'existait pas d'autre choix, que ce soit du côté de l'offre ou du côté de la demande.

381. Nous pouvons nous contenter d'être bref sur la question. La Cour a constamment affirmé qu'une entreprise détentrice d'un monopole légal de prestation de services sur une partie substantielle du marché commun pouvait être considérée comme occupant une position dominante, au sens de l'article 86 du traité [181]. Le fait que la position du fonds de pension soit due à une intervention gouvernementale est donc dénué de pertinence à cet égard [182].

382. Lorsque l'affiliation est obligatoire, d'autres formes d'assurance pension privée ne sauraient constituer une solution de remplacement valable pour une pension complémentaire sectorielle. S'agissant des pensions complémentaires, employeurs et travailleurs n'ont tout simplement pas la possibilité de s'affilier eux-mêmes ailleurs. Partant, le fait que chaque fonds de pension ne mette en œuvre qu'un seul régime de pension et qu'il en existe de nombreux autres, plus importants, est tout autant dénué de pertinence. [183]

383. Enfin, chacun des fonds de pension couvre la totalité du territoire néerlandais et, partant, une partie substantielle du marché commun. Chacun des fonds de pension occupe dès lors une position dominante en ce qui concerne l'offre d'assurance

181 — Arrêts CBEM, précité à la note 142, point 16; Höfner et Elser, précité à la note 53, point 28; ERT, précité à la note 64, point 31; Merci convenzionali porto di Genova, précité à la note 143, point 14; du 12 février 1998, Raso e.a. (C-163/96, Rec. p. I-533, point 25), et Corsica Ferries France, précité à la note 125, point 39.

182 — Arrêt CBEM, précité à la note 142, point 16.

183 — Arrêt du 13 novembre 1975, General Motors/Commission (26/75, Rec. p. 1367, point 9.

pension complémentaire dans un secteur économique donné aux Pays-Bas.

C — *Mesures nationales contraires aux articles 90 et 86*

384. Comme nous l'avons précédemment signalé, Albany, Brentjens et Drijvende Bokken contestent la compatibilité du système néerlandais avec les articles 90, paragraphe 1, et 86, en formulant deux arguments qui font référence aux arrêts Höfner et Elser et GB-Inno-BM.

385. S'agissant du premier argument, soutenant que les services offerts par les fonds en matière de pension ne correspondent pas, ou ne correspondent plus, aux besoins des entreprises, les demandeurs au principal considèrent que les prestations de pension offertes sont trop basses, ne sont pas liées aux salaires et sont de ce fait systématiquement inadéquates. Ils soutiennent que le système néerlandais engendre d'autres effets négatifs: en effet, les employeurs se verraient obligés de prévoir d'autres dispositions en matière de pension et seraient dans l'impossibilité de souscrire auprès d'une compagnie d'assurances une police unique assurant une couverture globale en matière de pension. Les entreprises doivent donc fonctionner avec différents niveaux de régimes de pension, ce qui accroît les frais administratifs et diminue l'efficacité.

386. A l'appui du deuxième argument, tiré de ce que les fonds ne devraient pas être autorisés à prendre eux-mêmes les décisions relatives aux dispenses individuelles de l'affiliation obligatoire, les demandeurs au principal soutiennent que les fonds se sont vu octroyer une position dans laquelle ils peuvent eux-mêmes choisir le degré de concurrence auquel ils sont exposés.

387. Ces arguments soulèvent, pensons-nous, deux questions différentes: la première est la question de savoir si et dans quelle mesure en elle-même, l'affiliation obligatoire aux fonds sectoriels de pension est compatible avec les articles 90, paragraphe 1 et 86; la deuxième est la question de savoir si et dans quelle mesure les règles relatives aux dispenses individuelles discrétionnaires sont compatibles avec ces mêmes articles du traité.

1. *Compatibilité de l'affiliation obligatoire avec les articles 90 et 86*

388. Ainsi que nous l'avons déjà fait observer, l'article 90, paragraphe 1, n'est qu'une application particulière de l'article 5, deuxième alinéa, et impose des obligations aux États membres et non directement aux entreprises. Son interaction avec l'arti-

cle 86 ne lui permet pas de constituer une base juridique adéquate pour rendre les États membres responsables d'un comportement anticoncurrentiel indépendant émanant des entreprises au seul motif que ce comportement se produirait sous leur juridiction. Il en résulte qu'il ne saurait y avoir infraction à l'article 90, paragraphe 1, que s'il y a un lien de cause à effet entre, d'une part, une intervention législative ou administrative d'un État membre et, d'autre part, un comportement anticoncurrentiel émanant de certaines entreprises. La Cour a retenu que, dans le contexte de l'article 90, paragraphe 1, l'abus allégué doit être «la conséquence directe» du cadre légal national [184].

389. Telle est l'une des explications du dilemme fondamental engendré par l'application de l'article 90, paragraphe 1. D'une part, l'octroi de droits exclusifs ou, en d'autres termes, la création d'un monopole légal, constitue une mesure étatique structurelle typique, qui favorise un comportement anticoncurrentiel. D'autre part, les termes employés dans l'article 90 paraissent impliquer qu'*en soi* l'octroi de droits exclusifs ne saurait avoir été le type de mesures que, en rédigeant l'article 90, paragraphe 1, les auteurs du traité avaient l'intention d'interdire.

390. En mettant en question l'affiliation obligatoire, les entreprises demanderesses au principal s'en prennent en réalité au droit exclusif accordé aux fonds en tant que tel. C'est précisément ce dilemme que nous rencontrons.

391. La Cour a constamment affirmé que le simple fait de créer une telle position dominante par l'octroi d'un droit exclusif n'est normalement pas incompatible avec les articles 90, paragraphe 1, et 86 du traité [185].

392. C'est ce principe général qui était au centre de l'arrêt Centre d'insémination de la Crespelle [186]. Cet arrêt portait sur le monopole détenu en France par les centres d'insémination en ce qui concerne l'offre de certains services aux éleveurs. La Cour a commencé par rappeler le principe énoncé ci-dessus. Elle a ensuite reconnu qu'il y avait exceptionnellement infraction aux articles 90, paragraphe 1, et 86, si l'entreprise en cause était amenée, par le simple exercice du droit exclusif qui lui avait été conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive. La Cour s'est ensuite penchée sur la question de l'existence d'un lien causal direct entre la loi nationale et l'abus allégué, précisant que le seul octroi du droit exclusif ne suffisait normalement pas, en lui-même, à amener l'entreprise en cause à exploiter sa position dominante de façon abusive au sens de cette dernière formule [187]. La Cour a décidé, au vu des

184 — Arrêt Centre d'insémination de la Crespelle, précité à la note 128, point 20.

185 — Voir, par exemple, les arrêts CBEM, précité à la note 142, point 17; Höfner et Elser, précité à la note 53, point 29; Merci convenzionali porto di Genova, précité à la note 143, point 16, et Corbeau, précité à la note 141, point 11.

186 — Précité à la note 128.

187 — Voir, pour une argumentation analogue, l'arrêt Banchero, précité à la note 136, ainsi que l'arrêt Job Centre, précité à la note 54.

faits, que la législation n'« amenait » pas les centres à abuser de leur position dominante. Sous une autre rubrique, la Cour a ensuite examiné si les centres eux-mêmes avaient commis un abus sanctionné par l'article 86, dont ils auraient été seuls responsables.

393. Or, bien que l'octroi de droits exclusifs ne soit pas, en lui-même, contraire aux articles 90, paragraphe 1, et 86, la Cour a constamment considéré que les États membres ne disposaient pas d'une liberté illimitée dans l'octroi de droits exclusifs, en constatant ce qui suit:

« ... même si cet article [l'article 90, paragraphe 1] présuppose l'existence d'entreprises titulaires de certains droits spéciaux et exclusifs, il ne s'ensuit pas pour autant que tous les droits spéciaux et exclusifs sont nécessairement compatibles avec le traité. Cela dépend des différentes règles auxquelles l'article 90, paragraphe 1, renvoie » [188].

394. S'agissant de la portée de ces limitations, les formules employées par la Cour ne concordent pas toujours parfaitement [189]. Il convient donc d'examiner les principaux arrêts dans lesquels la Cour avait à résoudre la même question difficile, soit la question de la compatibilité d'un droit exclusif, en lui-même, avec les articles 90, paragraphe 1, et 86. Dans de telles affaires, le dilemme évoqué ci-dessus est particulièrement aigu.

395. Les grands arrêts relatifs à la compatibilité d'un droit exclusif avec l'article 90, paragraphe 1, peuvent être répartis en trois groupes. Pour la facilité, nous les qualifierons d'arrêts du type ERT [190], du type Höfner et Elser [191], et du type Corbeau [192]. Nous analyserons la motivation sous-jacente à chacun de ces groupes d'arrêts et nous l'appliquerons aux présentes affaires.

a) Les arrêts du type ERT

396. Dans l'arrêt ERT, c'était le cumul de deux droits exclusifs, à savoir le droit de diffuser les programmes propres de l'entreprise et le droit de retransmettre les émissions étrangères, qui provoquait un conflit d'intérêts. L'entreprise bénéficiaire du monopole était amenée à abuser de sa position dominante par une politique discriminatoire favorisant ses propres programmes.

188 — Arrêt du 19 mars 1991, France/Commission (C-202/88, Rec. p. I-1223, point 22).

189 — Voir, par exemple, les arrêts Merci convenzionali porto di Genova, précité à la note 143, point 17, et du 25 juin 1998, Dusseldorp e.a. (C-203/96, Rec. p. I-4075, point 61).

190 — Précité à la note 64; voir aussi les arrêts Merci convenzionali porto di Genova, précité à la note 143, et Raso e.a., précité à la note 181.

191 — Précité à la note 53, et arrêt Job Centre, précité à la note 54.

192 — Précité à la note 141; voir également l'arrêt Corsica Ferries France, précité à la note 125, ainsi que l'arrêt Sacchi, précité à la note 139.

397. Dans l'arrêt Raso e.a. [193], le régime italien en cause n'accordait pas seulement aux compagnies portuaires le droit exclusif de fournir de la main-d'œuvre temporaire à certaines entreprises: il leur permettait en outre de concurrencer les entreprises qui dépendaient de leurs services. Un conflit d'intérêts était ici aussi inévitable dès lors que, par le simple exercice de son monopole, la compagnie portuaire se trouvait en mesure de fausser à son profit la concurrence sur le marché secondaire.

398. Dans l'arrêt Merci convenzionali porto di Genova [194], statuant à propos des droits exclusifs accordés aux entreprises et aux compagnies portuaires italiennes, la Cour a énoncé ce qui suit:

«A cet égard, il apparaît des circonstances décrites par la juridiction nationale et discutées devant la Cour que les entreprises investies, selon les modalités définies par la réglementation nationale en cause, de droits exclusifs sont, de ce fait, amenées soit à exiger le paiement de services non demandés, soit à facturer des prix disproportionnés...» [195].

399. Ni le passage cité ni le reste de l'arrêt ne permettent de déterminer tout à fait clairement si, en réalité, le cadre légal comportait des dispositions allant au-delà de l'octroi de droits exclusifs, justifiant l'application de l'article 90, paragraphe 1. Cependant, puisque la Cour a fait référence à des «circonstances décrites par la juridiction nationale», nous serions enclin à classer cet arrêt également dans le premier groupe.

400. Dans ces trois affaires, ce n'était pas seulement le monopole en soi qui était contraire aux articles 90, paragraphe 1, et 86: c'était la combinaison de ce monopole et d'éléments supplémentaires qui rendait l'abus très vraisemblable. Des mesures structurelles allant au-delà de l'octroi d'un droit exclusif ont amené les entreprises en cause à abuser de leur position dominante. Ce n'est que dans ce cas qu'il existait une raison permettant de rendre l'État responsable, à tout le moins pour partie, du comportement anticoncurrentiel de l'entreprise monopolistique.

401. Il convient de se poser la question de savoir si les affaires soumises à la Cour correspondent au cas de figure des arrêts du type ERT et s'il existe des éléments structurels allant au-delà de l'existence du droit exclusif qui amènent les fonds de pension à abuser de leur position dominante.

402. Il est prétendu, tout d'abord, qu'il n'existe pas encore de preuve d'un abus concret, tel qu'un montant excessivement

193 — Précité à la note 181.
194 — Précité à la note 143.
195 — Point 19.

élevé des cotisations ou un niveau excessivement modeste des prestations.

403. Ce seul fait ne saurait être décisif. Il résulte de l'économie de l'article 90, paragraphe 1, ainsi que de la jurisprudence de la Cour [196] que la question ne consiste pas à savoir si des abus ont effectivement été commis, mais bien si le cadre légal amène — fût-ce d'une manière hypothétique — les entreprises à commettre de tels abus.

404. Or, nous n'apercevons aucun élément qui, dans le système néerlandais, amène les entreprises à commettre de tels abus. En revanche, les fonds de pension néerlandais sont sous le contrôle de différentes autorités publiques et d'un conseil représentant les personnes affiliées. Il leur est imposé de placer prudemment les fonds récoltés. Les dispositions fiscales limitent le montant maximal des prestations de pension. A cet égard, la marge de manœuvre du fonds est dès lors limitée. En conséquence, même en présence d'abus concrets du type évoqué ci-dessus, les fonds de pension seraient seuls responsables au titre de l'article 86.

405. Il n'y a donc pas, dans la législation néerlandaise, d'éléments structurels supplémentaires amenant les fonds de pension à abuser de leur position dominante.

b) Les arrêts du type Höfner et Elser

406. Dans l'arrêt Höfner et Elser [197], la Cour était appelée à statuer sur la légalité du monopole du placement de main-d'œuvre en Allemagne. La Cour a énoncé ce qui suit:

«... Un État membre n'enfreint, en effet, les interdictions contenues dans ces deux dispositions que si l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice du droit exclusif qui lui a été conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive.

Selon l'article 86, deuxième phrase, sous b), du traité, une telle pratique abusive peut, notamment, consister en une limitation de la prestation, au préjudice des demandeurs du service en cause.

Or, un État membre crée une situation dans laquelle la prestation est limitée, lorsque l'entreprise, à laquelle il a conféré un droit exclusif qui s'étend aux activités de placement de cadres et de dirigeants d'entrepri-

196 — Arrêts Raso e.a., précité à la note 181, point 31, et du 13 décembre 1991, GB-Inno-BM, précité à la note 173, points 23 et 24.

197 — Précité à la note 53.

ses, n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités, et lorsque l'exercice effectif de ces activités par des sociétés privées est rendu impossible par le maintien en vigueur d'une disposition légale interdisant ces activités sous peine de nullité des contrats correspondants» [198].

407. Dans l'arrêt Job Centre [199], l'État italien assurait activement le respect d'un monopole similaire de placement de la main-d'œuvre en recourant à des procédures pénales. La Cour a confirmé son arrêt Höfner et Elser. Elle a souligné les particularités inhérentes au marché de fourniture de services relatifs au placement de main-d'œuvre et elle a énoncé ce qui suit:

«Sur un marché aussi étendu et différencié, qui est, de surcroît, sujet, en raison du développement économique et social, à de grands changements, les bureaux publics de placement risquent de ne pas être en mesure de satisfaire une partie significative de toutes les demandes en prestations» [200].

408. Dans ces deux affaires, contrairement aux affaires du type ERT, l'intervention de l'État n'allait pas au-delà de l'octroi d'un droit exclusif. La Cour a toutefois estimé que, en raison du contexte économique spécifique et de la nature des services concernés, l'entreprise monopolistique était simplement amenée à abuser de sa position dominante en limitant constamment «la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs», au sens de l'article 86, sous b). Ainsi, dans des circonstances exceptionnelles, la Cour a-t-elle estimé qu'il se justifiait de prévoir une véritable exception au principe de respect de la liberté, pour les États membres, d'accorder des droits exclusifs.

409. Toutefois, en se référant, dans l'arrêt Höfner et Elser, à une entreprise qui n'était *manifestement* pas en mesure de satisfaire la demande, la Cour a clairement montré qu'elle n'exerçait qu'un contrôle marginal de la légalité des monopoles.

410. Se pose la question de savoir si les affaires que nous examinons donnent lieu à une situation du type de celle rencontrée dans l'arrêt Höfner et Elser, dans laquelle le fonds est amené, par le simple exercice du droit exclusif qui lui a été conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive. Le contexte factuel et économique est-il tel que les fonds de pension complémentaire ne sont manifestement et systématiquement pas en mesure de satisfaire la demande?

411. Les parties divergent fortement sur ce point. La Cour n'est pas en mesure de résoudre cette question: il conviendrait, à

198 — Points 29 à 31.
199 — Précité à la note 54.
200 — Point 34.

cette fin, de procéder à des évaluations factuelles et économiques minutieuses. S'agissant d'une demande préjudicielle déférée par une juridiction nationale au titre de l'article 177 du traité CE, ces évaluations relèvent du juge de renvoi. Il serait néanmoins utile de dégager un certain nombre de lignes de force relatives aux facteurs que les juridictions nationales pourraient trouver pertinents pour procéder à de telles évaluations.

412. D'abord et avant tout, les juridictions nationales se doivent de tenir compte des responsabilités respectives du gouvernement néerlandais et des fonds de pension dans le contexte des articles 90, paragraphe 1, et 86. Un État membre ne saurait être rendu responsable que pour autant que le système en lui-même présente une faille, en d'autres termes pour autant que les abus soient la «conséquence directe» de son intervention réglementaire ou décisionnelle, alors que les entreprises bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux sont seules responsables de toute infraction aux règles de concurrence qui leur est exclusivement imputable. Il n'y aura donc pas infraction aux articles 90, paragraphe 1, et 86 lorsque la seule raison pour laquelle un fonds n'est «manifestement pas en mesure de satisfaire la demande» est la piètre qualité de sa gestion ou de sa politique de placement.

413. Ensuite, les juridictions nationales devraient bien avoir conscience que ce type de question est toujours une question de degré, qu'elle soulève des problèmes d'une grande complexité et implique des appréciations portant sur des choix économiques et sociaux importants. Il nous faut dès lors souligner que, dans des situations du type de celle de l'arrêt Höfner et Elser, la Cour a limité l'étendue de son propre contrôle et de celui des juridictions nationales aux systèmes nationaux qui sont manifestement inadéquats.

414. Enfin, parce que l'octroi de droits exclusifs implique des évaluations économiques délicates, dans des domaines de ce genre, les États membres doivent pouvoir disposer d'une marge d'appréciation lorsqu'ils se prononcent sur la question de savoir si l'entreprise monopolistique est ou non en mesure de satisfaire la demande. C'est une raison supplémentaire pour limiter la portée du contrôle à exercer par les juridictions nationales.

415. La Commission a encore soulevé un argument supplémentaire: en toute hypothèse, les fonds de pension ne sauraient être comparés à des assureurs normaux dès lors qu'ils sont obligés de limiter leurs activités à un seul secteur et ne sont pas autorisés à opérer une sélection des risques, bons ou mauvais.

416. Ces arguments sont, pensons-nous, à mettre en relation avec l'article 90, paragraphe 2, et nous amènent directement au troisième groupe d'affaires, à savoir les affaires du type de l'arrêt Corbeau.

c) Les arrêts du type Corbeau

417. Dans l'arrêt Corbeau [201], il était demandé à la Cour de se prononcer sur la compatibilité avec les articles 90, paragraphe 1, et 86 du monopole belge des services postaux. La Cour s'est abstenue de désigner clairement les dispositions qui, dans la législation belge, pouvaient être contraires aux articles 90, paragraphe 1, et 86. En lieu et place, elle a indiqué qu'il convenait de lire l'article 90, paragraphe 1, en combinaison avec le paragraphe 2 du même article, et elle a immédiatement procédé à une appréciation comparative des différents arguments susceptibles de justifier l'étendue du monopole. La Cour a, entre autres, énoncé ce qui suit:

« [L'article 90, paragraphe 2,] permet ainsi aux États membres de conférer à des entreprises, qu'ils chargent de la gestion de services d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur la concurrence, dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires des droits exclusifs » [202].

418. Plus récemment, dans l'arrêt Corsica Ferries France [203], la Cour a adopté le même raisonnement à propos des droits exclusifs des groupes de lamanage dans deux grands ports italiens. Sans se prononcer prima facie quant à une infraction à l'article 90, paragraphe 1, la Cour a considéré que, de toute façon, ces droits exclusifs étaient justifiés au titre de l'article 90, paragraphe 2.

419. Même l'arrêt Sacchi [204], rendu antérieurement par la Cour, relève, à notre avis, de cette catégorie. Dans les attendus décisifs de son arrêt [205], la Cour fait référence à l'article 90 sans spécifier, comme elle l'avait fait dans d'autres attendus, le paragraphe qui était applicable. Toutefois, eu égard aux conclusions de l'avocat général M. Reischl [206], il n'est pas exclu que la Cour ait entendu viser l'article 90, paragraphe 2.

420. Il ressort de cette jurisprudence de la Cour que, lorsque l'exception inscrite à l'article 90, paragraphe 2, s'applique, l'octroi de droits exclusifs s'avère de toute façon justifié. L'article 90, paragraphe 2, s'applique-t-il dans les affaires que nous examinons?

421. L'article 90, paragraphe 2, dispose:

« Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou

201 — Précité à la note 141.
202 — Point 14.
203 — Précité à la note 125.
204 — Précité à la note 139.
205 — Point 14, troisième alinéa.
206 — Page 445.

présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du présent traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. »

422. Posons-nous d'abord, dans ce contexte, la question de savoir si les fonds de pension sont chargés de la gestion de services d'intérêt général. A notre avis, il ne peut y avoir que peu de doutes à ce sujet.

423. Aux Pays-Bas, le régime de pension légal se borne à fournir une pension liée au salaire minimal. Les régimes de pension complémentaire permettent ainsi de faire en sorte qu'une grande partie de la population bénéficie de prestations de pension dépassant ce minimum. Les fonds de pension poursuivent donc un but social. Les fonds n'agissent pas, à titre principal, dans leur propre intérêt ni dans l'intérêt privé individuel de leurs affiliés [207]: ils agissent surtout dans l'intérêt général. Récemment, le législateur communautaire a indirectement reconnu la fonction sociale importante dévolue aux pensions complémentaires en adoptant une directive relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté [208].

424. En outre, comme nous l'avons précédemment signalé, les fonds ne poursuivent pas un but lucratif. Ils sont tenus d'accepter tout employeur et tout travailleur appartenant au secteur. Ils ne peuvent donc pas procéder à une quelconque sélection des risques en recourant à des questionnaires ou à des examens médicaux. Il n'y a pas de rapport entre risque et cotisations. Toutes les personnes affiliées versent une cotisation forfaitaire qui ne fait pas entrer en ligne de compte, par exemple, l'âge des travailleurs ou la taille de l'entreprise qui les occupe. En cas d'incapacité de travail, des dispenses de cotisation sont accordées.

425. L'arrêté rendant l'affiliation obligatoire est donc un acte de l'autorité publique chargeant le fonds de la gestion d'un service d'intérêt général.

426. Aussi la prochaine question qu'il convient de se poser, à savoir si l'abolition du système de l'affiliation obligatoire ferait obstacle, en droit ou en fait, à l'accomplissement des missions particulières imparties aux fonds, revêt-elle une importance décisive.

207 — Arrêt BRT, précité à la note 106, point 23, et, a contrario, arrêt Züchner, précité à la note 50, point 7.

208 — Directive 98/49/CE du Conseil, du 29 juin 1998 (JO L 209, p. 46).

427. Les Fonds de pension ainsi que le gouvernement néerlandais soutiennent que le maintien de leurs droits exclusifs est une condition nécessaire à la survie des régimes de pension. Renvoyant à l'arrêt Corbeau, ils affirment que, en l'absence d'affiliation obligatoire, leur équilibre financier serait menacé. Ils utilisent l'argument d'une spirale négative: les «bons risques» (soit les grosses entreprises employant du personnel jeune et en bonne santé exerçant des activités qui ne sont pas dangereuses) rechercheraient des dispositions plus avantageuses auprès d'assureurs privés, et les fonds de pension se retrouveraient face à une concentration plus élevée de mauvais risques. Cette évolution provoquerait à son tour une hausse du coût des pensions des travailleurs, et notamment des travailleurs des petites et moyennes entreprises disposant d'un personnel âgé exerçant des activités dangereuses. Il deviendrait alors toujours plus difficile, voire impossible, d'assurer de mauvais risques à un prix acceptable.

428. Ils soutiennent en outre que ce n'est que sur la base de l'affiliation obligatoire que des cotisations forfaitaires (non liées au risque) et des pensions forfaitaires (non liées aux salaires) sont possibles. Ils considèrent que ce type d'assurance pension ne pourrait jamais être offert par des assureurs privés.

429. Albany, Brentjens et Drijvende Bokken estiment que le système néerlandais d'affiliation obligatoire va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'un niveau approprié de protection sociale.

430. Tout d'abord, des conventions collectives comportant un minimum d'exigences en matière de pensions devraient suffire. Il conviendrait en principe de laisser aux employeurs le soin de déterminer les modalités de gestion des cotisations de pension récoltées. Des conditions légales minimales pourraient également être imposées par le législateur si cela s'avérait nécessaire. Un bon exemple en la matière est fourni par une loi en vigueur depuis le 1er janvier 1998, qui interdit l'examen médical préalable pour les polices d'assurance pension de groupe.

431. A l'argument selon lequel la faisabilité de cotisations et de prestations forfaitaires ne pourrait être assurée que dans le cadre d'une affiliation obligatoire, Albany, Brentjens et Drijvende Bokken répondent que, en réalité, le système des cotisations forfaitaires ne constitue plus une caractéristique essentielle des régimes de pension complémentaire et qu'un tel système n'est pas obligatoire légalement. Inversement, il existe différents régimes sectoriels de pension qui fonctionnent avec un système de cotisations forfaitaires sans recourir à l'affiliation obligatoire.

432. Enfin, le fait que l'affiliation obligatoire ne soit pas nécessaire pour 15 régimes de pension complémentaire qui, aux Pays-

Bas, fonctionnent sans affiliation obligatoire, apporte une preuve empirique.

433. A notre sens, il y a trop de points importants relatifs au contexte factuel sur lesquels les parties ne sont toujours pas d'accord et/ou qui ne sont pas tout à fait clairs.

434. Pourquoi, par exemple, certains fonds sectoriels de pension peuvent-ils survivre sans affiliation obligatoire? La réponse écrite apportée par le gouvernement néerlandais à une question posée par la Cour laisse planer quelques doutes et était en outre partiellement contestée par les demandeurs au principal. A l'audience, les parties n'ont pas pu se mettre d'accord sur le point de savoir dans quelle mesure les cotisations forfaitaires et les prestations forfaitaires étaient encore une caractéristique essentielle des fonds sectoriels de pension complémentaire aux Pays-Bas.

435. Il en résulte que la Cour n'est, derechef, pas en mesure de déterminer si la suppression de l'affiliation obligatoire entraverait, en droit ou en fait, l'accomplissement des missions particulières imparties aux fonds de pension. L'examen minutieux de tous les aspects économiques, financiers et sociaux de cette question relève des juridictions nationales, qui devront prendre en compte les éléments que nous indiquerons ci-après.

436. L'article 90, paragraphe 2, cherche à concilier l'intérêt des États membres à utiliser certaines entreprises en tant qu'instrument de politique économique ou sociale avec l'intérêt de la Communauté au respect des règles de concurrence et à la préservation de l'unité du marché commun [209]. En tant que disposition permettant de déroger aux règles du traité, l'article 90, paragraphe 2, est d'interprétation stricte [210].

437. Toutefois, il ne saurait être interdit aux États membres de tenir compte, lorsqu'ils définissent les services d'intérêt économique général dont ils chargent certaines entreprises, d'objectifs propres à leur politique nationale [211]. Il convient, de ce point de vue, de rappeler que le droit communautaire ne porte pas atteinte à la compétence des États membres pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale [212]. Ils disposent dès lors, à cet égard, d'une large marge d'appréciation.

438. Récemment, la Cour a clairement laissé entendre que, pour que s'applique

209 – Arrêt du 23 octobre 1997, Commission/Pays-Bas (C-157/94, Rec. p. I-5699, point 39).

210 – Arrêt Commission/Pays-Bas, précité à la note 209, point 37.

211 – Arrêt Commission/Pays-Bas, précité à la note 209, point 40.

212 – Arrêts du 7 février 1984, Duphar e.a. (238/82, Rec. p. 523, point 16); Poucet et Pistre, précité à la note 55, point 6, et Sodemare e.a., précité à la note 57, point 27.

l'exception de l'article 90, paragraphe 2, il n'était pas nécessaire que la survie de l'entreprise soit elle-même menacée[213]. Il résulte des termes de cette disposition qu'il suffit que l'application des règles de concurrence fasse échec à l'accomplissement, en droit ou en fait, des obligations particulières qui incombent à cette entreprise.

439. Il appartiendra dès lors aux juridictions nationales de déterminer, en premier lieu, quelles sont de façon précise les obligations de service public imparties aux fonds et, en deuxième lieu, si l'absence d'affiliation obligatoire ferait échec à l'accomplissement de ces obligations.

440. Il en résulte que l'affiliation obligatoire n'enfreint en soi les dispositions des articles 90, paragraphe 1, et 86 que si, en raison du cadre réglementaire néerlandais, les fonds ne sont manifestement pas en mesure de satisfaire la demande et si la suppression de l'affiliation obligatoire n'est pas susceptible de faire échec à l'accomplissement des services d'intérêt général qui leur sont impartis.

2. *Les dispositions relatives au pouvoir discrétionnaire aux fins de l'octroi des dispenses de l'affiliation obligatoire*

441. Comme nous l'avons précédemment exposé, le système néerlandais comporte des règles relatives aux dispenses individuelles de l'affiliation obligatoire lorsque des employeurs ou des travailleurs ont prévu ou souhaitent prévoir d'autres dispositions particulières en matière de pension. Ces règles présentent trois caractéristiques importantes. Tout d'abord, la décision relative aux dispenses individuelles est prise par le fonds sectoriel de pension compétent lui-même. Ensuite, dans la plupart des cas, le fonds dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Enfin, en raison de ce pouvoir discrétionnaire, les juridictions nationales n'exercent qu'un contrôle marginal de la décision du fonds[214].

442. Se référant à l'arrêt GB-Inno-BM[215], Albany, Brentjens et Drijvende Bokken soutiennent que ces dispositions enfreignent les articles 90, paragraphe 1, et 86, car elles permettent aux fonds de choisir eux-mêmes le degré de concurrence auquel ils sont exposés.

443. En revanche, les Fonds soutiennent que, en réalité, leur pouvoir discrétionnaire est limité. En effet, les fonds ne peuvent pas accorder des dispenses plus souvent sauf à créer de dangereux précédents. Un plus grand nombre de dispenses compromettrait la solidarité au niveau du secteur, l'affiliation obligatoire elle-même et, finalement, l'existence des fonds. Il s'ensuit, estiment-ils, que les fonds ne sauraient être comparés à l'organisme public visé dans l'arrêt GB-Inno-BM.

213 — Arrêt Commission/Pays-Bas, précité à la note 209, point 43.

214 — Voir ci-dessus, points 352 à 363.

215 — Arrêt du 13 décembre 1991, précité à la note 173.

444. La Commission soutient, tout d'abord, que la possibilité de dispense individuelle constitue une brèche exceptionnelle dans un système par ailleurs hermétiquement fermé. Il ne serait pas cohérent, croit-elle, d'examiner la compatibilité des dispositions relatives aux dispenses individuelles si l'affiliation obligatoire elle-même est compatible avec le traité.

445. Si nous comprenons bien l'argument avancé par la Commission, toute disposition, quelle qu'elle soit, relative aux dispenses individuelles serait automatiquement légitime dès lors que l'affiliation obligatoire et donc le droit exclusif des fonds comme tel auraient été considérés comme compatibles avec les articles 90, paragraphe 1, et 86.

446. Nous ne pouvons pas marquer notre accord sur ce point.

447. La portée du monopole détenu par chaque fonds dépend non seulement de l'arrêté rendant l'affiliation obligatoire, mais aussi des possibilités de dispense existantes. Si le droit exclusif du fonds ainsi défini devait être considéré comme légitime, il serait effectivement contradictoire d'exciper des articles 90, paragraphe 1, et 86 pour réclamer la création de motifs supplémentaires (obligatoires) de dispense. A ce stade, nous sommes d'accord avec la Commission.

448. Toutefois, tel n'est pas le problème en l'occurrence. Il ne réside pas dans la portée matérielle du droit exclusif des fonds telle qu'elle a été déterminée par l'arrêté relatif à l'affiliation obligatoire et par les motifs de dispense existants, mais dans le mécanisme formel en vertu duquel sont prises les décisions relatives à cette portée. Lorsqu'un fonds prend une décision discrétionnaire sur une demande de dispense individuelle, il détermine en réalité lui-même la portée de son monopole légal. Cette délégation des pouvoirs de décision ne constitue pas un élément nécessaire, inhérent aux dispositions relatives à la portée matérielle du droit exclusif. Cet élément peut dès lors être disjoint de ces dispositions et être contesté distinctement.

449. A l'audience, la Commission a soutenu, en deuxième lieu, qu'aucune disposition du cadre réglementaire néerlandais n'amenait les fonds de pension à abuser de leur pouvoir discrétionnaire. Renvoyant à l'arrêt Centre d'insémination de la Crespelle [216], la Commission a affirmé que les fonds seraient seuls responsables de tout abus.

450. Nous ne sommes pas plus convaincu. En confiant aux fonds le pouvoir de statuer

216 – Précité à la note 128, examiné ci-dessus au point 392.

sur les demandes individuelles, le législateur crée un conflit d'intérêts manifeste.

451. En disposant que l'octroi des dispenses se ferait sur une base discrétionnaire, le législateur néerlandais a reconnu qu'il pouvait y avoir des situations dans lesquelles des entreprises relevant d'un secteur déterminé pouvaient avoir des intérêts légitimes les amenant à demander une dispense. On peut penser par exemple aux entreprises appartenant à un groupe d'entreprises ayant sa propre politique en matière de pension, ou à d'autres situations qui sont à présent inscrites comme motifs obligatoires de dispense dans la dernière version des directives en matière de dispense [217].

452. En revanche, les fonds sectoriels ont un intérêt manifeste à maintenir un haut niveau d'affiliation. Un plus grand nombre de personnes affiliées signifie, par exemple, de plus importantes économies d'échelle du point de vue des frais d'administration, un plus grand pouvoir d'achat sur les marchés des placements et une répartition des risques plus favorable.

453. Les directives en matière de dispense, dans la version applicable à la procédure au principal, confient aux fonds le soin de procéder à une appréciation comparative de ces deux ensembles d'intérêts. Ainsi, dans un certain sens, le fonds joue simultanément le rôle de juge et de partie.

454. Il est de jurisprudence constante que la création de conflits d'intérêts de ce type enfreint les articles 90, paragraphe 1, et 86.

455. Dans l'arrêt France/Commission [218], il était demandé à la Cour de statuer sur une directive fondée sur l'article 90, paragraphes 1 et 3 [219], qui obligeait les États membres à faire en sorte que la responsabilité de la formulation de spécifications et de la surveillance des terminaux de télécommunication soit confiée à un organisme indépendant de l'entreprise gestionnaire du réseau public. La Cour a énoncé ce qui suit:

« ... un système de concurrence non faussée, tel que celui prévu par le traité, ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée. Confier à une entreprise qui commercialise des appareils terminaux la tâche de formaliser des spécifications auxquelles devront répondre les appareils terminaux, de contrôler leur application et d'agréer ces appareils revient à lui conférer le pouvoir de déterminer, à son gré, quels sont les appareils terminaux susceptibles d'être rac-

217 — Voir ci-dessus, point 360.

218 — Précité à la note 188.

219 — Voir point 13 de cet arrêt.

cordés au réseau public et à lui octroyer ainsi un avantage évident sur ses concurrents» [220].

456. Dans l'arrêt GB-Inno-BM [221], la Cour a réitéré cette constatation, en ajoutant:

«le maintien d'une concurrence effective et la garantie de transparence exigent» que l'organisme formulant des spécifications et accordant l'agrément soit une entité indépendante de toute entreprise présente sur le marché des terminaux.

457. Dans l'arrêt Tranchant [222], la Cour a considéré, de manière plus spécifique, que l'exigence d'indépendance «vise donc à exclure tout risque de conflit d'intérêts entre, d'une part, l'autorité régulatrice... et, d'autre part, les entreprises...».

458. Dans d'autres affaires analogues, la Cour a strictement contrôlé le respect de l'exigence d'indépendance [223]. Par exemple, dans les arrêts Decoster [224] et Taillandier [225], la Cour a considéré que cette exigence d'indépendance n'était pas garantie dès lors que différentes directions du ministère des Postes et Télécommunications français étaient responsables de l'exploitation du réseau public comme de la mise en œuvre de la politique commerciale des télécommunications et de l'agrément des appareils terminaux.

459. Une autre forme de conflit d'intérêts a été jugée par la Cour comme contraire aux articles 90, paragraphe 1, et 86 dans les arrêts ERT [226] et, plus récemment, Raso e.a. [227]. Dans ce dernier arrêt, en particulier, la Cour explique clairement les raisons pour lesquelles de tels conflits d'intérêts constituent une menace pour le jeu de la concurrence comme pour les entreprises concurrentes.

460. En outre, les arrêts GB-Inno-BM [228] et Raso e.a. [229] montrent que la violation des articles 90, paragraphe 1, et 86 est due au fait que le cadre légal est à l'origine d'un conflit d'intérêts. Il n'est pas nécessaire d'identifier une situation particulière d'abus.

461. Dans les affaires qui nous occupent, les dangers inhérents à ce type de conflit d'intérêts sont considérablement aggravés

220 – Point 51.

221 – Arrêt du 13 décembre 1991, précité à la note 173, point 26.

222 – Arrêt du 9 novembre 1995 (C-91/94, Rec. p. I-3911, point 19).

223 – Arrêts du 17 novembre 1992, Espagne e.a./Commission, dit «marchés des services de télécommunications» (C-271/90, C-281/90 et C-289/90, Rec. p. I-5833 point 22), et du 27 octobre 1993, Decoster (C-69/91, Rec. p. I-5335), et Taillandier (C-92/91, Rec. p. I-5383).

224 – Précité à la note 223.

225 – Précité à la note 223.

226 – Précité à la note 64, point 37.

227 – Précité à la note 181, points 28 à 31.

228 – Arrêt du 13 décembre 1991, précité à la note 173, points 23 et 24.

229 – Point 31.

par les deux autres caractéristiques du système, à savoir le pouvoir discrétionnaire des fonds et le caractère limité du contrôle juridictionnel, qui en est la conséquence.

462. Dans l'arrêt Meroni/Haute Autorité, quoique statuant dans un contexte différent, la Cour a énoncé ce qui suit:

«les conséquences résultant d'une délégation de pouvoirs sont très différentes suivant qu'elle vise des pouvoirs d'exécution nettement délimités et dont l'usage, de ce fait, est susceptible d'un contrôle rigoureux au regard de critères objectifs fixés par l'autorité délégante, ou un pouvoir discrétionnaire, impliquant une large liberté d'appréciation, susceptible de traduire par l'usage qui en est fait une véritable politique économique» [230].

463. S'agissant plus particulièrement du pouvoir discrétionnaire des fonds de pension, il convient de retenir l'arrêt Lagauche e.a. [231]. L'opérateur belge de télécommunication disposait également du pouvoir d'agréer les appareils de télécommunication. Or, contrairement à la situation qui se présentait dans l'arrêt GB-Inno-BM, c'était le ministre qui déterminait les prescriptions techniques nécessaires pour l'agrément. La seule mission de l'organisme monopolistique consistait en la vérification de la conformité des appareils aux prescriptions fixées par le ministre. En l'absence d'un quelconque pouvoir discrétionnaire, la Cour n'a pas constaté d'infraction aux articles 90, paragraphe 1, et 86.

464. Pour comprendre l'importance d'un contrôle juridictionnel exhaustif, il suffit de se référer à ces mêmes deux affaires, soit l'arrêt GB-Inno-BM [232] et l'arrêt Lagauche e.a. [233]. Dans ces deux arrêts, statuant il est vrai dans le contexte de l'article 30 du traité CE, la Cour a clairement laissé entendre que les décisions d'un organisme investi d'un pouvoir régulateur et de surveillance susceptibles d'affecter les droits que les particuliers tirent du droit communautaire devaient être soumises à un contrôle juridictionnel.

465. Dans les présentes affaires, les directives relatives à l'octroi des dispenses créent un cadre qui réunit les trois éléments décisifs, soit le conflit d'intérêts, le pouvoir discrétionnaire et un contrôle juridictionnel qui n'est que marginal. Nous en concluons, sans qu'il soit nécessaire de prendre position sur la nouvelle version des directives en matière de dispense, que les dispositions néerlandaises relatives au pouvoir discrétionnaire en matière de dispense enfreignent les articles 90, paragraphe 1, et 86.

466. Il nous appartient encore d'évoquer brièvement les arguments finals de la

230 — Arrêt du 13 juin 1958, Meroni/Haute Autorité (9/56, Rec. p. 9).

231 — Arrêt du 27 octobre 1993 (C-46/90 et C-93/91, Rec. p. I-5267).

232 — Arrêt du 13 décembre 1991, précité à la note 173, points 34 à 36.

233 — Précité à la note 231, points 25 à 29.

Commission. En premier lieu, la Commission soutient que, d'un point de vue pratique, le conseil d'administration du fonds est le seul organisme en mesure de statuer sur une demande de dispense. Elle invoque ensuite la possibilité de réclamation auprès de la chambre des assurances.

467. Le premier argument est, pensons-nous, contredit, à tout le moins en partie, par le second. Si la chambre des assurances, en tant qu'organisme indépendant, peut connaître des réclamations déposées contre les décisions du fonds, pour quelle raison n'est-elle pas à même de statuer sur les dispenses individuelles? Pourquoi un autre organisme indépendant n'aurait-il pas la faculté de mettre en balance les intérêts des fonds de pension et ceux des affiliés? Quant au second argument, il est devenu évident, au cours de la procédure écrite puis de la procédure orale, que, comme nous l'avons précédemment relevé, la chambre des assurances n'avait pas le pouvoir de prendre des décisions obligatoires en droit. Les réclamations introduites devant la chambre des assurances ne constituent donc pas une voie de recours appropriée.

468. Il en résulte que des dispositions du type de celles des directives néerlandaises relatives à l'octroi des dispenses sont contraires aux articles 90, paragraphe 1, et 86, en ce qu'elles confèrent aux fonds de pension un pouvoir discrétionnaire pour statuer sur les demandes de dispense individuelle de l'affiliation obligatoire, qui n'est susceptible que d'un contrôle juridictionnel marginal.

X — Les effets en droit de l'arrêt de la Cour

469. Le Hoge Raad invite la Cour à apporter toutes précisions nécessaires quant aux effets de son arrêt.

470. Les développements qui précèdent montrent la nécessité de bien distinguer deux composantes de la législation néerlandaise: l'affiliation obligatoire elle-même et les dispositions relatives au pouvoir discrétionnaire en matière de dispense.

471. La première question ne se poserait que si les juridictions nationales étaient tenues de reconnaître l'incompatibilité avec les articles 90, paragraphe 1, et 86 du traité du système néerlandais d'affiliation obligatoire lui-même, ou d'un arrêté rendant obligatoire l'affiliation à un fonds déterminé, et porterait sur les effets d'une telle décision.

472. Contrairement aux affirmations des Fonds de pension, cette décision nationale serait fondée sur la lex specialis des arti-

cles 90, paragraphe 1, et 86, et non sur l'article 5, deuxième alinéa [234]. Les articles 90, paragraphe 1, et 86 sont dotés d'effet direct [235]. Les lois et dispositions réglementaires nationales rendant l'affiliation obligatoire seraient dès lors en principe inapplicables [236].

473. Le gouvernement néerlandais invite la Cour à limiter les effets dans le temps de sa décision.

474. L'interprétation par la Cour d'une disposition de droit communautaire éclaire et précise, lorsque besoin est, la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de son entrée en vigueur. La Cour a néanmoins admis, par application du principe général de sécurité juridique et en tenant compte des troubles graves que son arrêt pourrait entraîner, qu'exceptionnellement les effets dans le temps de son arrêt soient limités pour le passé [237].

475. Il serait possible de soutenir, à l'encontre d'une telle limitation, que, depuis la demande préjudicielle formulée par le Hoge Raad dans l'arrêt Van Schijndel et Van Veen [238], les opérateurs économiques concernés auraient pu nourrir quelque doute quant à la légalité de l'affiliation obligatoire aux fonds de pension complémentaire [239].

476. Cependant, d'un autre côté, les pensions constituent l'un des domaines dans lesquels le besoin d'une limitation dans le temps se fait sentir d'une manière particulièrement aiguë. Des arrêts qui ne comporteraient pas de telles limitations risqueraient de bouleverser rétroactivement l'équilibre financier de nombre de régimes de pension et de remettre en cause des situations juridiques qui ont épuisé leurs effets dans le passé [240]. Nous sommes dès lors enclin à préconiser une limitation exceptionnelle dans le temps des effets de l'arrêt.

477. Il convient de souligner qu'il appartient à la seule Cour de justice de décider de pareille limitation exceptionnelle, et que celle-ci ne saurait être admise que dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée [241].

478. Dans les affaires que nous examinons, conformément à notre analyse, c'est à la juridiction nationale qu'il appartiendra de statuer définitivement sur la compatibilité de l'affiliation obligatoire avec le droit

234 — Voir ci-dessus, point 304, ainsi que l'arrêt Centre d'insémination de la Crespelle, précité à la note 128, point 15.

235 — Arrêt Merci convenzionali porto di Genova, précité à la note 143, point 23.

236 — Arrêts du 4 avril 1968, Lück (34/67, Rec. p. 359, et en particulier p. 370), et du 22 octobre 1998, IN.CO.GE.'90 (C-10/97 et C-22/97, Rec. p. I-6307, points 18 à 21).

237 — Arrêt du 15 septembre 1998, Edis (C-231/96, Rec. p. I-4951, points 15 et 16).

238 — Précité à la note 2.

239 — Arrêt Bosman, précité à la note 21, point 146.

240 — Arrêt Barber, précité à la note 91, point 44.

241 — Arrêt du 27 mars 1980, Salumi e.a. (66/79, 127/79 et 128/79, Rec. p. 1237, point 11).

communautaire. Cela n'empêche pas la Cour, croyons-nous, de prendre une décision définitive quant aux effets dans le temps de son arrêt, en le fondant de manière explicite sur l'hypothèse dans laquelle, à la lumière de l'interprétation qu'elle a donnée, les juridictions nationales disent pour droit que le cadre légal néerlandais est contraire aux articles 90, paragraphe 1, et 86.

479. La deuxième question porte sur les effets d'un arrêt déclarant incompatibles avec les articles 90, paragraphe 1, et 86 des dispositions relatives aux dispenses individuelles du type de celles applicables aux Pays-Bas.

480. En raison de l'effet direct des articles 90, paragraphe 1, et 86, les dispositions relatives aux dispenses individuelles sont inapplicables. S'agissant en l'occurrence de dispositions distinctes, comme nous l'avons précédemment exposé, les dispositions relatives à l'affiliation obligatoire ne devraient pas en être affectées en tant que telles[242]. Les autres effets relèveraient derechef du droit national, dans les limites imposées par le droit communautaire.

242 — Voir, dans une situation comparable, les conclusions de l'avocat général M. Tesauro sous l'arrêt Decoster, précité à la note 223, Rec. p. 5371.

XI — Conclusion

Nous concluons à ce que la Cour apporte les réponses suivantes aux questions préjudicielles qui lui ont été déférées dans les présentes affaires:

« 1) Il n'y a pas infraction à l'article 85, paragraphe 1, du traité CE lorsque des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs d'un secteur économique déterminé conviennent, dans le cadre d'une convention collective, de constituer un fonds sectoriel de pension unique, et d'introduire conjointement auprès des pouvoirs publics une requête en vue de rendre l'affiliation obligatoire pour toutes les personnes relevant dudit secteur.

2) Il n'y a pas infraction aux articles 5 et 85 du traité CE lorsque, à la suite d'une requête introduite conjointement par les organisations représentatives des employeurs et les organisations représentatives des travailleurs, un État membre rend obligatoire l'affiliation à un fonds sectoriel de pension pour toutes les entreprises du secteur concerné.

3) Les fonds sectoriels de pension néerlandais sont des entreprises au sens des règles de concurrence du traité CE.

4) Les articles 90, paragraphe 1, et 86 du traité CE ne s'opposent à l'application de dispositions relatives à l'affiliation obligatoire à des fonds sectoriels de pension, telles que les dispositions néerlandaises, que pour autant que, en raison du cadre réglementaire et de l'arrêté rendant l'affiliation obligatoire, ils ne sont manifestement pas en mesure de satisfaire la demande, et pour autant

que la suppression de l'affiliation obligatoire ne met pas en échec l'accomplissement des services d'intérêt général qui leur ont été impartis.

Les articles 90, paragraphe 1, et 86 du traité s'opposent à l'application de dispositions du type de celles énoncées dans les directives néerlandaises en matière de dispense, pour autant que ces dispositions confèrent aux fonds sectoriels de pension un pouvoir discrétionnaire aux fins de statuer sur les demandes de dispense individuelle de l'affiliation obligatoire, qui n'est susceptible que d'un contrôle juridictionnel marginal.

5) Pour autant que la Cour considère que certaines dispositions nationales sont contraires aux articles 90, paragraphe 1, et 86 du traité, il convient d'en écarter l'application, sous réserve de la possibilité, pour la Cour, d'imposer une limitation éventuelle aux effets dans le temps de sa décision. »