

COUR DE CASSATION

Audience publique du **1er juin 2016**

Cassation partielle
sans renvoi

M. FROUIN, président,

Arrêt n° 1071 FS-P+B+I

Pourvoi n° D 15-12.276
U 15-12.796

JONCTION

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

I - Statuant sur le pourvoi n° D 15-12.276 formé par la Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT, dont le siège est 47-49 avenue Simon Bolivar, 75950 Paris cedex 19,

contre un arrêt rendu le 16 octobre 2014 par la cour d'appel de Paris (pôle 6, chambre 2), dans le litige l'opposant :

1°/ à la Fédération des syndicats pharmaceutiques de France, dont le siège est 13 rue Ballu, 75009 Paris,

2°/ à l'Union nationale des pharmacies de France (UNPF), dont le siège est 57 rue Spontini, 75116 Paris,

3°/ à l'Union des syndicats de pharmaciens d'officine, dont le siège est 43 rue de Provence, 75009 Paris,

4° à la Fédération nationale du personnel d'encadrement des industries chimiques et connexes CFE-CGC, dont le siège est 33 avenue de la République, 75011 Paris,

5° à la Fédération nationale de la pharmacie FO, dont le siège est 7 passage Tenaille, 75014 Paris,

6° à la Fédération nationale des syndicats chrétiens des services de santé et sociaux CFTC, dont le siège est 34 quai de la Loire, 75019 Paris,

7° à la Fédération nationale des industries chimiques CGT, dont le siège est 263 rue de Paris, case 429, 93514 Montreuil cedex,

8° à la société Allianz IARD, société anonyme,

9° à la société Allianz vie, société anonyme,

ayant toutes deux leur siège 87 rue de Richelieu, 75002 Paris,

défenderesses à la cassation ;

II - Statuant sur le pourvoi n° U 15-12.796 formé par :

1° la société Allianz IARD, société anonyme,

2° la société Allianz vie, société anonyme,

contre le même arrêt rendu, dans le litige les opposant :

1° à la Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT,

2° à la Fédération des syndicats pharmaceutiques de France,

3° à l'Union nationale des pharmaciens de France,

4° à l'Union des syndicats de pharmaciens d'officine,

5° à la Fédération nationale du personnel d'encadrement des industries chimiques et connexes CFE-CGC,

6° à la Fédération nationale de la pharmacie FO,

7° à la Fédération nationale des syndicats chrétiens des services de santé et sociaux CFTC,

8° à la Fédération nationale des industries chimiques CGT, défenderesses à la cassation ;

La Fédération des syndicats pharmaceutiques de France à formé un pourvoi incident contre le même arrêt ;

La demanderesse au pourvoi n° D 15-12.276 invoque, à l'appui de son recours, un moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Les demanderesse au pourvoi n° U 15-12.796 invoquent, à l'appui de leur recours, les trois moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

La Fédération des syndicats pharmaceutiques de France, défenderesse aux pourvois n° D 15-12.276 et U 15-12.796, invoque à l'appui de ses recours, un moyen unique commun de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 2 mai 2016, où étaient présents : M. Frouin, président, Mme Mariette, conseiller référendaire rapporteur, Mmes Geerssen, Lambremon, MM. Chauvet, Huglo, Maron, Déglise, Mmes Reygner, Farthouat-Danon, M. Betoulle, Mmes Slove, Basset, conseillers, Mmes Sabotier, Salomon, Depelley, Duvallat, M. Le Corre, Mme Prache, conseillers référendaires, M. Petitprez, avocat général, Mme Becker, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Mariette, conseiller référendaire, les observations de la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat de la Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT, de la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat des sociétés Allianz IARD et Allianz vie, de la SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, avocat de la Fédération des syndicats pharmaceutiques de France, de la SCP Delaporte et Briard, avocat de l'Union des syndicats de pharmaciens d'officine, de la Fédération nationale du personnel d'encadrement des industries chimiques et connexes CFE-CGC, de la Fédération nationale de la pharmacie FO et de la Fédération nationale des syndicats chrétiens des services de santé et sociaux CFTC, l'avis de M. Petitprez, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Vu la connexité, joint les pourvois n° D 15-12.276 et U 15-12.796 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par accord collectif national du 8 décembre 2011 relatif au régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés, conclu dans le cadre de la convention collective nationale de la pharmacie d'officine du 3 décembre 1997, signé par la majorité des organisations syndicales représentatives des salariés - FO, la CFTC et le CFE-CGC et par deux organisations patronales - l'Union des syndicats de pharmaciens d'officine (USPO) et la Fédération des syndicats pharmaceutiques de France (FSPF), l'Institution de Prévoyance du Groupe Mornay (IPGM), a été désignée comme l'unique organisme gestionnaire de ce régime complémentaire de prévoyance ; que cet accord qui avait été précédé d'une procédure de désignation dont les modalités étaient prévues par un accord du 18 avril 2011 *relatif à l'organisation d'un appel d'offres en vue de désigner une ou plusieurs entreprises d'assurance chargées d'assurer le régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés de la branche professionnelle de la Pharmacie d'officine*, a été étendu par arrêté du ministre du travail du 19 décembre 2012 ; que la Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT (le syndicat CFDT) a assigné l'ensemble des organisations syndicales membres de la commission paritaire nationale devant un tribunal de grande instance pour obtenir l'annulation de l'accord de branche du 8 décembre 2011 et une injonction à l'ensemble des partenaires sociaux de procéder à une nouvelle réunion aux fins de désignation de la société Allianz conformément aux résultats de l'appel d'offres ; que les sociétés Allianz IARD et Allianz vie sont intervenues à l'instance ;

Sur les cinquième, sixième et septième branches du moyen unique pourvoi principal du syndicat CFDT (n° D 15-12.276) et les premier et troisième moyens du pourvoi principal des sociétés Allianz (n° U 15-12.796) ;

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur les moyens, ci-après annexés, qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner une cassation ;

Sur les première, deuxième, troisième et quatrième branches du moyen unique du pourvoi du syndicat CFDT et le deuxième moyen du pourvoi des sociétés Allianz IARD et Allianz vie :

Attendu que le syndicat CFDT et les sociétés Allianz font grief à l'arrêt de rejeter leurs demandes tendant à l'annulation de la décision de la commission paritaire nationale du 8 décembre 2011 et de l'accord collectif du 8 décembre 2011 ayant désigné l'IPGM et à l'injonction aux partenaires sociaux de procéder à une nouvelle désignation, alors, selon les moyens :

1°/ qu'il ressort des accords collectifs des 2 décembre 2009 et 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine que les partenaires sociaux, tenus de se déterminer dans le respect des obligations de mise en

concurrence et de transparence, doivent désigner le candidat ayant obtenu la meilleure note à l'issue du processus d'évaluation fixé par voie conventionnelle ; qu'en retenant néanmoins que l'accord collectif du 8 décembre 2011 avait pu désigner l'institut de prévoyance du groupe Mornay, quand l'offre de celui-ci avait été classée troisième à l'issue de l'évaluation, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009 et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, L. 2221-1 et L. 2231-1 du code du travail, l'article 1134 du code civil et l'article 56 du TFUE ;

2°/ que les partenaires sociaux sont libres d'encadrer l'exercice de leur liberté contractuelle ; que l'article 14, alinéa 3, du protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine impose aux partenaires sociaux de conclure un accord collectif portant désignation de l'organisme choisi par la commission paritaire nationale pour gérer le régime de prévoyance conformément aux obligations de mise en concurrence et de transparence et du résultat de la notation ; qu'en affirmant que la décision finale portant désignation de l'organisme gestionnaire du régime de prévoyance appartenaient aux organisations syndicales et qu'elles étaient libres de ne pas suivre la délibération de la commission paritaire nationale et les résultats de la notation, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009 et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, L. 2221-1 et L. 2231-1 du code du travail, l'article 1134 du code civil et l'article 56 du TFUE ;

3°/ que tenus d'attribuer la gestion du régime de prévoyance obligatoire en conformité aux obligations de mise en concurrence, de transparence, les partenaires sociaux étaient obligés d'arrêter leur décision en considération des seuls critères définis dans l'appel d'offres ; qu'en retenant néanmoins que les partenaires sociaux avaient pu se déterminer en considération de leurs règles internes et d'éléments qui leur étaient propres et que deux organisations syndicales signataires avaient pu arrêter leur choix en considération du mode de gestion paritaire de l'institut du groupe Mornay qui ne figurait pas parmi les critères conventionnels de sélection, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009 et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, L. 2221-1 et L. 2231-1 du code du travail, l'article 1134 du code civil et l'article 56 du TFUE ;

4°/ que les partenaires sociaux sont tenus de désigner l'organisme gestionnaire du régime de prévoyance complémentaire obligatoire dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats ; que l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale dans sa

version applicable au litige place à ce propos sur un pied d'égalité les mutuelles, les compagnies d'assurance et les institutions de prévoyance ; qu'en retenant néanmoins que plusieurs organisations syndicales avaient pu arrêter leur choix en considération du mode de gestion paritaire de l'institut du groupe Mornay, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009 et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, L. 2221-1 et L. 2231-1 du code du travail, l'article 1134 du code civil et l'article 56 du TFUE ;

5°/que lorsqu'un pouvoir adjudicateur qui n'est a priori pas tenu de passer un marché selon des modalités régies par la loi, se soumet volontairement, pour la sélection de son cocontractant, à une procédure dont il définit les modalités, ledit pouvoir adjudicateur est tenu de respecter les règles qu'il a lui-même instituées ; qu'ainsi, s'il lance une procédure qualifiée par lui d'« appel d'offres », en précisant bien que le cocontractant sera le candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse appréciée sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats, et en se soumettant en outre à la Communication interprétative relative aux passations de marchés non soumis aux directives « marchés publics » de la Commission européenne, le pouvoir adjudicateur s'oblige à désigner comme attributaire le candidat qui aura émis l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle classée en premier à l'issue de la procédure de notation pondérée définie par le pouvoir adjudicateur ; qu'au cas présent, l'accord collectif national du 2 décembre 2009 relatif à la mise en concurrence pour la gestion du régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine, a prévu la « mise en concurrence des organismes assureurs » sur la base d'un certain nombre de critères (art. 1er), en précisant que « les modalités d'organisation de la mise en concurrence seront précisées dans un protocole particulier qui sera soumis pour validation aux autorités administratives compétentes » (art. 2) ; qu'en application de cet article 2, les partenaires sociaux ont conclu, le 18 avril 2011, le « protocole d'accord relatif à l'organisation d'un appel d'offres en vue de désigner une ou plusieurs entreprises d'assurance chargées d'assurer le régime » précité, en indiquant alors expressément que « la commission paritaire nationale de la pharmacie d'officine (CPN) organise un appel d'offres en vue de désigner » l'assureur gestionnaire du régime (art. 1er), et en précisant que « les candidats sont sélectionnés sur la base d'un barème de notation » précis, avec pondération des notes (art. 8) ; qu'en considérant qu'« il ne résulte cependant pas des termes des accords préparatoires que les partenaires sociaux auraient entendu s'en remettre exclusivement et mécaniquement au processus de notation qu'ils avaient organisé », de sorte que « le seul fait que, par l'avenant du 8 décembre 2011 (l'avenant de désignation), n'ait pas été retenu le candidat qui avait obtenu la meilleure note au terme du processus

préparatoire, ne saurait (...) emporter la nullité dudit accord », la cour d'appel, qui a méconnu la notion d'appel d'offres à laquelle s'étaient référés les partenaires sociaux, a violé l'accord collectif précité du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, la notion d'appel d'offres (telle qu'elle ressort notamment des articles 12 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 36 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005, 33 et 53 du code des marchés publics), les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail, les articles 49, 56 et 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ensemble les principes de transparence, d'égalité de traitement, et de non-discrimination ;

6°/ que les documents du marché, et notamment l'avis publié au Journal officiel de l'Union européenne, exposaient de manière complète le processus de désignation du futur assureur et gestionnaire du régime de prévoyance et de complémentaire santé des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine ; de sorte qu'en considérant que des documents organisant le processus de prise de décision au sein des instances paritaires pourraient avoir prévu une étape distincte de l'appel d'offres à proprement parler, lequel ne conduirait pas à un choix s'imposant aux partenaires sociaux, mais uniquement à une « proposition » soumise à « discussion et négociation », la cour d'appel a méconnu le principe de confiance légitime, le principe de sécurité juridique, les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, le principe selon lequel les documents de marché lient l'autorité adjudicatrice, l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

7°/ que le pouvoir adjudicateur qui est soumis aux principes d'égalité de traitement, de transparence et de non-discrimination, doit annoncer aux candidats à la procédure de sélection les critères, fussent-ils qualitatifs voire subjectifs, sur lesquels ils seront jugés, et rendre compte du choix effectué à travers une motivation de la décision de rejet de la candidature de l'opérateur évincé ; que n'est pas conforme à ces principes fondamentaux une procédure qui conduit à ménager, au bénéfice de l'autorité adjudicatrice, une phase de choix arbitraire, en fonction de critères non annoncés, entièrement distincte d'une phase définie comme purement préparatoire, pour laquelle seule la transparence serait de mise ; qu'au cas présent, la cour d'appel a considéré que la prétendue scission du processus de désignation entre une phase dite « de préparation » et une phase de « décision » à proprement parler, aurait permis aux partenaires sociaux d'émettre un vote « sur la base » du rapport de la sous-commission, mais en fonction de critères propres qu'ils n'auraient pas eu à énoncer, de sorte que la décision d'écarter tel ou tel candidat n'avait pas à être motivée ; qu'en statuant ainsi, cependant que la désignation du gestionnaire du régime de

complémentaire santé en cause en l'espèce était soumise aux principes généraux précités, de sorte qu'elle ne pouvait légalement intervenir au terme d'une procédure telle que décrite par l'arrêt attaqué, qui, étant opaque et laissant à l'autorité adjudicatrice une faculté de choix discrétionnaire, en aurait méconnu les garanties fondamentales, a violé les principes d'égalité de traitement, de transparence et de non discrimination, les articles 49, 56 et 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ainsi que les articles 2 de l'accord collectif national du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et 14 du protocole d'accord relatif à l'organisation d'un appel d'offres, du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

8°/ que si l'objectif, convenu entre les partenaires sociaux, d'améliorer le niveau de couverture de la prévoyance ou de la complémentaire santé d'une catégorie de salariés, par un accord définissant pareil régime, touche à l'essence du droit de négociation collective, tel n'est pas le cas de la désignation de l'organisme appelé à assurer le régime préalablement défini ; que les partenaires sociaux abdiquent d'autant moins leur liberté de négociation collective que la désignation est le fruit d'un processus que, même s'ils les lient par la suite, ils ont librement choisi à l'origine ; qu'au cas présent, le processus instauré par le protocole d'accord du 18 avril 2011, ayant débouché sur la conclusion de l'accord collectif de désignation du 8 décembre 2011, visait uniquement, précisément, à la désignation de l'organisme qui serait chargé d'assurer le régime de prévoyance et de complémentaire santé préalablement défini par les partenaires sociaux, et non à la définition dudit régime ; qu'en considérant que la circonstance que cette désignation devait prendre la forme d'un accord collectif impliquerait que les partenaires sociaux auraient entendu retenir jusqu'à ce stade avancé l'entièreté de leur faculté autonome et indépendante de choix, la cour d'appel, qui a négligé le fait que l'accord de désignation n'était qu'un instrument, imposé par la loi, destiné à entériner le choix, fruit mécanique de la procédure d'appel d'offres qui, elle, avait été librement choisie, en amont, par les partenaires sociaux, a violé les articles 49, 56 et 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail, ensemble, par fausse application, l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable en la cause ;

9°/ que les règles de l'appel d'offres permettaient aux partenaires sociaux signataires du protocole d'accord du 18 avril 2011 d'exprimer un choix plus personnel jusqu'à la veille de la date prévue pour

la désignation de l'organisme assureur ; qu'en effet, en parallèle de la commission paritaire nationale (l'autorité adjudicatrice), siégeait, avec la même composition, une sous-commission prévoyance chargée de fixer les notes ; que l'appréciation subjective que pouvaient porter les membres de la commission paritaire nationale, après notamment audition des candidats (le 21 septembre 2011), pouvait s'exprimer en sous-commission, à travers la majoration ou la minoration discrétionnaire de 10% des notes proposées par les actuaires conseils pour chacun des critères du marché ; que c'est par ce biais que pouvait s'exprimer une part de subjectivité, jusqu'au dépôt du rapport de la sous-commission comportant le résultat de la notation pondérée (le 11 octobre 2011), soit la veille de la date à laquelle devait se prononcer la commission paritaire nationale ; qu'en considérant que le processus de désignation aurait nécessairement comporté deux phases subséquentes, l'une de « préparation », devant la sous-commission prévoyance, et l'autre, autonome et indépendante des notes attribuées, de « décision » proprement dite, devant la commission paritaire nationale, quand les deux phases coexistaient et étaient imbriquées, de façon à permettre aux partenaires sociaux d'exprimer, en formation « sous-commission prévoyance », via une majoration ou minoration des notes, un certain choix personnel, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

10°/ que l'autorité adjudicatrice qui est appelée à statuer en prenant « notamment en considération des exigences propres à l'équilibre technique et financier des régimes sur au moins trois ans » (art. 14 de l'accord du 18 avril 2011), ne dispose d'aucune marge d'appréciation par rapport aux documents du marché indiquant, pour ce qui est de la « méthode de notation des candidats », que « chaque candidat est noté », en particulier, sur « la solvabilité », ainsi que sur « la qualité de la réponse apportée au cahier des charges », sachant que le candidat est invité à décrire sa marge de solvabilité des « trois derniers exercices », sa marge prévisionnelle, la « couverture des engagements » et leur « provisionnement », comme le « tarif du risque » et celui de la « gestion », et que le cahier des charges auquel la « méthode de notation » fait ainsi référence comporte elle-même des données techniques et financières sur les trois exercices passés ainsi que sur les trois exercices futurs ; de sorte qu'au final, l'appréciation, par l'autorité adjudicatrice, des « exigences propres à l'équilibre technique et financier des régimes sur au moins trois ans », rappelée par l'accord du 18 avril 2011 (art. 14), apparaît comme un critère synthétique à appréhender via la réponse à l'appel d'offres du candidat, et nullement comme un critère différent de ceux énoncés par les documents de marché ; qu'en considérant qu'il aurait existé une « distorsion » entre le « barème de notation » et le critère devant « notamment » être pris en compte, aux termes de l'article 14 de l'accord du 18 avril 2011, la cour

d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, l'article 14 du protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

11°/ que l'autorité adjudicatrice est tenue par les documents de marché dont elle organise la publicité ; qu'elle ne peut opposer aux candidats une quelconque distorsion entre les documents de marché et un accord régissant son fonctionnement interne, pas plus qu'une quelconque incohérence entre les documents de marché eux-mêmes, pour prétendre reprendre une autonomie de décision et statuer en dehors des critères énoncés ; qu'au cas présent, la cour d'appel a retenu qu'il aurait existé une « distorsion » entre les critères de choix énoncés par le cahier des charges, auquel renvoyait l'avis de marché publié au JOUE, et la disposition de l'accord du 18 avril 2011 indiquant la manière dont la commission paritaire nationale devait procéder au choix de l'assureur gestionnaire du régime (v. art. 14 : « équilibre technique et financier »), ce dont elle a déduit que la commission paritaire nationale « demeure autonome » ; qu'en statuant ainsi, cependant que cette « distorsion », à la supposer avérée (ce qui n'est pas le cas), ne pouvait avoir cet effet de libérer l'autorité adjudicatrice des critères ainsi que du processus dont elle avait organisé la publicité, a violé le principe de transparence, ensemble l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, ainsi que les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

12°/ qu'au cas d'espèce, la cour était appelée à invalider l'accord ayant désigné l'IPGM, au lieu des sociétés Allianz ; que la cour d'appel n'a nullement constaté ni établi que l'IPGM aurait mieux rempli que les sociétés Allianz le critère des « exigences propres à l'équilibre technique et financier des régimes sur au moins trois ans » ; de sorte qu'en se référant à cette notion pour justifier, in fine, la désignation de l'IPGM, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, en violation des articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable en la cause, ensemble les principes de transparence, d'égalité entre les candidats, et de non-discrimination, l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, le protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, ainsi que les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L.2262-1 du code du travail ;

13°/ que la définition des critères d'attribution des marchés offre aux pouvoirs adjudicateurs suffisamment de latitude pour traduire la poursuite d'objectifs sociaux ; qu'au cas présent, la cour d'appel a retenu que la prise en compte d'« éléments » « tels la prévention, les droits non contributifs, l'action sociale » seraient « de fait difficilement quantifiables dans le cadre du processus de notation », ce qui justifierait l'introduction

d'une marge d'appréciation une fois clos ledit processus ; qu'en statuant ainsi, cependant que ces « éléments » pouvaient parfaitement donner lieu à formulation de critères ainsi qu'à notation, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, le protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non discrimination, et les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

14°/ que le principe de transparence impose à l'autorité adjudicatrice de communiquer aux candidats à un marché les critères d'attribution dudit marché ; qu'il en va ainsi y compris quand l'autorité en cause est collégiale et qu'elle est composée de représentants de plusieurs personnes morales ; qu'au cas présent, la cour d'appel a considéré que « chacune des organisations décisionnaires a ainsi pu se déterminer (...) selon ses règles internes et en fonction d'éléments qui lui sont propres et dont elle n'avait pas à rendre compte, éléments liés à la personne de chaque organisation et qui n'auraient pu faire, en conséquence, à supposer que chaque organisation ait été en mesure d'en dresser une liste à l'avance, l'objet d'une consultation préalable » ; qu'en statuant ainsi, cependant que la communication aux candidats des critères était impérative, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, et les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

15°/ que lorsque des opérateurs appartenant à plusieurs catégories sont admis à participer à une mise en concurrence, ils ne peuvent être ensuite écartés pour un motif tenant à leur statut ; que préférer un candidat à un autre à raison de son statut est en effet ouvertement discriminatoire ; qu'au cas présent, la cour d'appel a jugé que le choix par les partenaires sociaux d'une institution de prévoyance (l'IPGM), de préférence à une société d'assurance (Allianz), pouvait s'expliquer par la « préférence pour le paritarisme » affichée par certains syndicats, ainsi que par la circonstance que, contrairement aux institutions de prévoyance, les sociétés d'assurance disposaient de la faculté de suspendre leurs prestations en cas de non paiement des cotisations ; qu'en justifiant ainsi l'éviction d'un opérateur admis à candidater pour des raisons tenant à son statut, donc sur le fondement d'un motif par définition discriminatoire, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence, ensemble les article L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable en la cause, 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

16°/ que la différence de statut et de régime pouvant exister entre les sociétés d'assurance, d'une part, et les institutions de prévoyance, d'autre part, n'était pas un critère prévu par les documents de marché ; qu'en justifiant la préférence pour l'IPGM par son statut et son régime, la cour d'appel, qui a validé un choix fondé sur un critère qui, n'ayant pas été divulgué, ne pouvait légalement être pris en compte dans la procédure de mise en concurrence, a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

17°/ qu'un pouvoir adjudicateur est tenu d'exclure du marché un opérateur économique qui ne remplit pas un des critères que ledit pouvoir a lui-même fixé ; que, dans leurs écritures d'appel, les sociétés Allianz soulignaient que l'attribution du marché à l'IPGM était exclue dès lors que l'institution de prévoyance avait répondu ne pas pouvoir remplir un des critères-clé de l'appel d'offres, tenant à l'obligation, pour le candidat qui serait retenu, en cas de transfert ultérieur du marché à un nouvel opérateur, de transmettre les provisions constituées au titre du régime ; qu'en ne répondant pas à ces conclusions, dont il ressortait pourtant que le marché n'avait pas pu être régulièrement octroyé à l'IPGM, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu, d'abord, qu'il résulte de l'arrêt du 17 décembre 2015 de la Cour de justice de l'Union européenne (C-25/14 et C-26/14) que c'est l'intervention de l'autorité publique - par le biais de l'arrêt d'extension - qui est à l'origine de la création d'un droit exclusif et qui doit ainsi, en principe, avoir lieu dans le respect de l'obligation de transparence découlant de l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ; que s'agissant de la décision d'extension prise par l'autorité publique, la Cour de justice dans le même arrêt a jugé que sans nécessairement imposer de procéder à un appel d'offres, l'obligation de transparence implique un degré de publicité adéquat permettant, d'une part, une ouverture à la concurrence et, d'autre part, le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution permettant à l'autorité publique compétente de tenir compte des informations soumises, relatives à l'existence d'une offre plus avantageuse ; que les accords collectifs de branche instituant un régime de protection sociale complémentaire ne relèvent donc pas du champ d'application de l'article 56 du TFUE qui n'impose aucune obligation de transparence aux partenaires sociaux, lesquels ne sont pas un pouvoir adjudicateur soumis aux règles régissant les marchés publics ou la commande publique et ne peuvent être liés, le cas échéant, que par les règles conventionnelles qu'ils ont pu établir relativement aux conditions de choix de l'organisme assureur ;

Attendu, ensuite, qu'interprétant les accords du 2 décembre 2009 et du 18 avril 2011 relatifs à la mise en concurrence et l'organisation d'un appel d'offres en vue de désigner une ou plusieurs entreprises d'assurance pour gérer le régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés de la branche professionnelle de la Pharmacie d'officine, la cour d'appel, hors toute dénaturation, a relevé, d'une part, que si la qualité des différentes offres devait être évaluée, au regard des critères fixés dans le cahier des charges, par la sous-commission Prévoyance chargée de procéder à une pré-sélection des candidats sur la base d'un barème de notation et d'établir un rapport avec l'assistance d'un actuaire conseil, il n'était attribué à cette sous-commission, non plus qu'à l'actuaire conseil, aucun pouvoir décisionnel quant au choix de l'organisme assureur, d'autre part, que le choix final du ou des assureurs revenait aux seuls partenaires sociaux composant la commission paritaire nationale et devait faire l'objet d'un accord collectif négocié et conclu dans les conditions prévues par le code du travail, les partenaires sociaux n'étant aucunement liés par la notation attribuée aux différentes offres par le rapport, qui ne constituait qu'un élément de réflexion parmi d'autres ;

Attendu, enfin, qu'ayant relevé que l'ensemble des offres sélectionnées par la sous-commission répondait aux critères d'attribution énumérés par l'appel d'offres et remplissait l'objectif assigné par les partenaires sociaux, la cour d'appel en a exactement déduit que les parties à la négociation collective étaient libres de choisir parmi les offres en présence, dès lors que l'appel d'offres avait été effectivement ouvert à l'ensemble des institutions de statuts divers prévues par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi incident de la FSPF :

Vu l'article 62 de la Constitution, ensemble l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale dans sa rédaction alors applicable et les articles 2-2° et 4 de l'accord du 8 décembre 2011 ;

Attendu que l'arrêt énonce que les pharmacies d'officine qui n'avaient pas encore, au jour de la publication de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013, satisfait à l'obligation d'adhérer aux contrats types avec l'IPGM prévue par les articles 2-2° et 4 de l'accord du 8 décembre 2011, ne peuvent plus y être contraintes ;

Attendu, cependant, que le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 juin 2013 a énoncé que la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale n'était pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de la publication de la décision

et liant les entreprises à celles qui sont régies par le code des assurances, aux institutions relevant du titre III du code de la sécurité sociale et aux mutuelles relevant du code de la mutualité ; qu'il en résulte que les contrats en cours sont les actes ayant le caractère de conventions ou d'accords collectifs ayant procédé à la désignation d'organismes assureurs pour les besoins du fonctionnement des dispositifs de mutualisation que les partenaires sociaux ont entendu mettre en place, voire les actes contractuels signés par eux avec les organismes assureurs en vue de lier ces derniers et de préciser les stipulations du texte conventionnel de branche et ses modalités de mise en oeuvre effective ;

Qu'en statuant comme elle a fait, alors que l'accord collectif du 8 décembre 2011 étendu par arrêté du 19 décembre 2012 était en cours lors de la publication de la décision du Conseil constitutionnel, de sorte que l'ensemble des employeurs entrant dans le champ d'application de l'accord collectif, restait tenu d'adhérer au régime géré par l'organisme désigné par les partenaires sociaux, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Vu l'article 627 du code de procédure civile et après avis donné aux parties suivant l'article 1015 du même code ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il dit que les pharmacies d'officine qui n'avaient pas encore, au jour de la publication de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013, satisfait à l'obligation d'adhérer aux contrats types avec l'IPGM prévue par les articles 2-2° et 4 de l'accord du 8 décembre 2011, ne peuvent plus y être contraintes, l'arrêt rendu le 16 octobre 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi de ce chef ;

Dit que l'ensemble des employeurs entrant dans le champ d'application de l'accord collectif de branche du 8 décembre 2011 relatif au régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés, conclu dans le cadre de la convention collective nationale de la pharmacie d'officine du 3 décembre 1997, reste tenus d'adhérer au régime géré par l'Institution de prévoyance du groupe Mornay, désignée par les partenaires sociaux ;

Condamne le syndicat CFDT et les sociétés Allianz IARD et Allianz vie aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne le syndicat CFDT et les sociétés Allianz IARD et Allianz vie à payer à la Fédération des syndicats pharmaceutiques de France la somme de 3 000 euros, à l'Union des syndicats de pharmaciens d'officine, à la

Fédération nationale du personnel d'encadrement des industries chimiques et connexes CFE-CGC, à la Fédération nationale de la pharmacie FO et à la Fédération nationale des syndicats chrétiens des services de santé et sociaux CFTC, la somme globale de 4 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du premier juin deux mille seize.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen produit au pourvoi principal n° D 15-22.276 par la SCP Masse-Dessen, Thouvenin et Coudray, avocat aux conseils pour la Fédération nationale des syndicats des services de santé et des services sociaux CFDT

Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR débouté la fédération des syndicats des services de santé et services sociaux CFDT de ses demandes tendant à l'annulation de l'accord collectif du 8 décembre 2011 relatif au régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine, à ce qu'il soit enjoint aux partenaires sociaux de procéder à une nouvelle réunion pour désigner la société Allianz ou subsidiairement d'organiser un nouvel appel d'offres, et enfin à la condamnation des signataires à lui payer un euro à titre de dommages et intérêts ;

AUX MOTIFS propres QUE c'est en vain que les sociétés Allianz Iard et Allianz Vie soutiennent qu'il appartient à la cour, dans le cadre de la présente instance, de tirer les conséquences de la décision d'inconstitutionnalité et d'annuler l'accord du 8 décembre 2011, au motif qu'il aurait été conclu dans le cadre d'un texte législatif depuis déclaré inconstitutionnel, dès lors qu'en juger ainsi aurait pour conséquence de faire perdre tout fondement conventionnel aux contrats conclus entre les pharmacies d'officine et l'Institut de prévoyance du groupe Mornay en exécution de cet accord, contrats dont il n'est pas contesté qu'ils ont été conclus dans les délais stipulés, à savoir avant le 1er janvier 2013, et donc de retirer tout effet à la décision du Conseil qui a au contraire jugé que la déclaration d'inconstitutionnalité n'était pas applicable à ces contrats ; qu'il importe peu, à cet égard, que le Conseil constitutionnel n'ait pas, dans sa décision, réservé le cas des instances en cours ; que les sociétés Allianz Iard et Allianz Vie soutiennent que le silence de cette décision à cet égard serait dépourvu de signification, en ce qu'il serait seulement la conséquence de ce que la décision du 13 juin 2013 n'a pas été rendue sur une question prioritaire de constitutionnalité ; que cependant, parallèlement saisi d'une telle question qui lui avait été transmise par le Conseil d'Etat (par un arrêt rendu le 25 juillet 2013 par cette juridiction, précisément saisie par les mêmes sociétés Allianz Iard et Allianz Vie d'un recours pour excès de pouvoir visant l'arrêté d'extension de l'accord du 8 décembre 2011), le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 2013-349 QPC du 18 octobre 2013, n'a pas modifié les modalités d'application dans le temps de sa décision précédente, mais a au contraire, dans ses motifs, répété que les contrats en cours n'étaient pas privés de fondement légal et a décidé qu'il n'y avait pas lieu, en raison de sa décision précédente ayant déjà déclaré ce même article contraire à la Constitution, de statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui était transmise ; qu'enfin, à titre de simple argument et sans en déduire un moyen de nullité de l'accord du 8 décembre 2011, les sociétés Allianz Iard et Allianz Vie soutiennent que, par décision n°

2013-682 DC du 19 décembre 2013, le Conseil constitutionnel aurait déclaré contraire à la Constitution la nouvelle rédaction proposée à l'article L 912-1 par l'article 14,1, 1°) de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 ; que la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition qui n'est pas applicable au litige ne serait cependant pas susceptible d'avoir d'effet sur celui-ci ; que cependant, en tout état de cause, cet argument manque en fait, dès lors que le Conseil constitutionnel n'a nullement déclaré contraire à la Constitution cette rédaction nouvelle, qui n'autorise les accords collectifs qu'à recommander, et non plus à désigner, un organisme gestionnaire (rédaction qui n'est applicable qu'aux accords conclus à compter du 1er janvier 2014), la déclaration d'inconstitutionnalité n'affectant que le dispositif d'incitation fiscale à contracter avec l'organisme ainsi recommandé par un accord collectif, qui devait être inséré aux articles L. 137-15 et L. 137-16 du même code ; qu'il ne résulte pas des termes des accords préparatoires que les partenaires sociaux auraient entendu s'en remettre exclusivement et mécaniquement au processus de notation qu'ils avaient organisé ; que ces accords définissent à la fois les critères qui doivent guider le choix et la procédure selon laquelle celui-ci devra être effectué ; que s'agissant des critères de choix, l'accord du 2 décembre 2009, sans les énumérer à proprement parler - dès lors qu'il renvoie à un cahier des charges la description des garanties à mettre en oeuvre et « des critères qui seront utilisés pour apprécier les propositions des candidats » -, en dresse cependant une première liste ; que le protocole d'accord du 18 avril 2011 définit un « barème de notation qui se décompose en quatre parties ; que l'accord du 2 décembre 2009, outre la référence aux principes de transparence et de non-discrimination entre les candidats, tels qu'interprétés par un document de la Commission européenne, renvoie à un protocole particulier ; que le barème de notation est l'outil auquel doit recourir l'actuaire conseil, pour élaborer une proposition de notation qu'il adresse à la sous-commission ; que c'est encore par référence à ce barème que se détermine la sous-commission, qui peut majorer ou minorer la notation proposée par l'actuaire, dans les limites fixées par l'accord ; que le barème de notation n'intervient donc que dans la phase de proposition ; que dans la phase de décision, il n'est en revanche plus fait référence à ce barème de notation ; que la commission paritaire nationale se prononce, en effet et ainsi qu'il a été rappelé plus haut, « sur la base » du rapport de la sous-commission, et de l'audition du ou des actuaires conseils qu'elle a nommés ; que c'est à ce stade qu'elle est invitée à prendre « notamment en considération les exigences propres à l'équilibre technique et financier des régimes sur au moins trois ans » ; qu'il en résulte que le choix de la commission paritaire nationale se fonde certes sur le travail préparatoire des actuaires et de la sous-commission, qui doit constituer sa « base », mais demeure autonome, la référence, entre autres critères ainsi qu'il résulte de l'emploi de l'adverbe « notamment », à « l'équilibre technique et financier », sur une période d'« au moins trois ans », supposant en elle-même une distorsion par rapport au barème de notation, dès lors que cette notion

apparaît dans certains seulement des éléments du barème ; que la prise en considération de cet équilibre technique et financier sur une durée d'au moins trois années conduit donc la commission paritaire nationale à privilégier certains éléments du barème de notation par rapport à d'autres ; qu'enfin, les partenaires sociaux, dans le protocole du 18 avril 2011, ont clairement décidé que « la ou les entreprises chargées d'assurer les présents régimes de prévoyance sont choisis par la voie d'un avenant à la convention collective susvisée », avenant qui n'a donc pas simplement pour objet de formaliser un choix précédemment fait, mais d'exprimer ce choix ; que le renvoi à un accord collectif pour exprimer le choix de l'organisme assureur signifiait clairement que les parties n'entendaient pas s'obliger à entériner purement et simplement la proposition des actuaires conseils et de la sous-commission, mais avaient décidé de conserver leur liberté de choix ; qu'il résulte de ce qui précède qu'ainsi que l'ont retenu à bon droit les premiers juges, le seul fait que, par l'avenant du 8 décembre 2011, n'ait pas été retenu le candidat qui avait obtenu la meilleure note au terme du processus préparatoire, ne saurait en conséquence emporter la nullité du dit accord ; qu'il en est de même de la circonstance qu'en vue de la réunion du 8 décembre 2011 de la commission paritaire nationale, seuls deux projets d'accord désignant, l'un les sociétés Allianz (dont la proposition avait recueilli la meilleure notation), et l'autre l'institut de prévoyance du groupe Mornay (arrivé en troisième position) aient été préparés, cette sélection résultant clairement des positions exprimées dès la réunion du 12 octobre précédent, ces deux candidats ayant chacun été retenu de façon ferme par deux organisations de salariés, et de façon conditionnée à un accord majoritaire des dites organisations de salariés chacun par une organisation d'employeur, et ce alors que les deux autres candidats n'avaient été retenus que par une organisation (pour ce qui concerne Axa-Uniprévoyance, arrivé en seconde position) ou par aucune (APICIL, candidat ayant reçu la moins bonne note) ; que les notations obtenues par les quatre candidats s'étalent de 80,36 pour la moins bonne à 86,94 pour la meilleure ; que le rapport relève que les experts mandatés par la commission paritaire nationale ont estimé que toutes les offres étaient « de bonne qualité » ; que les conclusions de ce rapport doivent être complétées par celles de M. De Priester, actuaire conseil ; que les éléments techniques et économiques analysés avec l'aide d'actuaires conseils dans le rapport de la sous-commission ne conduisaient donc pas de façon déterminante et incontestable à un choix qui s'imposait d'évidence ; que rien ne pouvait interdire aux partenaires sociaux de nourrir leur choix final, effectué sur la base d'un rapport établi sur des critères techniques et économiques qui, de l'aveu même des actuaires conseils, ne permettaient pas de départager les différentes offres de façon significative, d'un examen des dites offres prenant en compte ces autres éléments, qui sont de fait difficilement quantifiables dans le cadre du processus de notation ; qu'il ne résulte, en effet, d'aucune des pièces produites aux débats quels éléments circonstanciés chaque organisation syndicale a particulièrement pris en compte pour émettre, lors des réunions successives de la commission

paritaire nationale, son propre choix ; que le procès-verbal des réunions des 12 et 28 octobre 2011 et les extraits retranscrits des enregistrements effectués lors de cette réunion sont, notamment, muets sur ce point, de même que l'accord du 8 décembre 2011 ; que chacune des organisations décisionnaires a ainsi pu se déterminer, comme elle avait pu le faire dans la phase précédente de majoration ou de minoration de la notation proposée par l'actuaire conseil, selon ses règles internes et en fonction d'éléments qui lui sont propres et dont elle n'avait pas à rendre compte, éléments liés à la personne de chaque organisation et qui n'auraient pu faire en conséquence, à supposer que chaque organisation ait été en mesure d'en dresser une liste à l'avance, l'objet d'une consultation préalable ; qu'il résulte de la lecture de cette retranscription qu'une organisation de salariés et une organisation d'employeurs ont justifié que leur choix se porte vers l'institut de prévoyance du groupe Mornay par leur préférence pour le paritarisme ; qu'une telle prise de position ne peut être considérée comme affectant l'égalité entre les candidats ; qu'il résulte en effet des termes mêmes de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale dans sa version applicable au litige que les dits candidats pouvaient être soit des entreprises régies par le code des assurances, soit des institutions relevant du code de la sécurité sociale ou du code rural, soit enfin des mutuelles relevant du code de la mutualité ; qu'il n'est pas contesté que l'appel d'offres litigieux a été effectivement ouvert à ces institutions de statuts divers, et il n'est soutenu à aucun moment qu'il aurait comporté à cet égard la moindre disposition discriminatoire qui aurait été de nature à nier l'égalité des chances entre les candidats, quel que soit leur statut ; qu'aucune rupture de l'égalité de traitement ne saurait dans ces conditions résulter de la préférence affirmée par telle ou telle des organisations décisionnaires pour ceux des organismes candidats ayant un mode de gestion mettant en oeuvre les principes du paritarisme, préférence de nature à permettre à cette organisation de départager des candidats dont les offres étaient, ainsi qu'il a été déjà relevé, très voisines ; qu'il ne saurait être fait grief, notamment, à certains des partenaires sociaux d'avoir privilégié les institutions de prévoyance, qui se voient interdire, en application des dispositions de l'article L. 932-9 du code de la sécurité sociale, de suspendre leurs garanties, de dénoncer une adhésion et de résilier un contrat à l'égard d'une entreprise ne s'acquittant pas de ses cotisations ; que la prise en compte, par les organisations syndicales, de différences instituées par la loi ne peut, en effet, constituer une rupture de l'égalité de traitement ; que la fédération nationale des syndicats des services de santé et services sociaux CFDT soutient que des représentants de la fédération des syndicats pharmaceutiques de France et de l'union des syndicats de pharmaciens d'officine à la commission paritaire nationale auraient été dans une telle situation de conflit d'intérêts, sans donner les noms des personnes concernées ni aucune autre précision à cet égard ; que les sociétés Allianz Iard et Allianz Vie ne précisent pas davantage les situations exactes qu'elles dénoncent ; que la fédération nationale du personnel d'encadrement des industries chimiques et connexes CFE-CGC, la fédération nationale des

syndicats chrétiens des services de santé et sociaux CFCT, la fédération nationale de la pharmacie FO et l'union des syndicats de pharmaciens d'officine font dans ces conditions exactement observer, à titre principal, que la réalité des situations de conflit d'intérêts ainsi dénoncées n'est pas établie ; que la fédération nationale des syndicats des services de santé et services sociaux CFDT verse aux débats à cet égard deux attestations émanant de Mme Fatima El Hajjam, secrétaire fédérale, et de Mme Corinne N'kaoua épouse Bernard, juriste, qui font état des propos tenus par Mme Hamet (CGT) les 12 et 28 octobre 2011 et Mme Vasek (CGC) le 28 octobre 2011 qui déclaraient « avoir subi des pressions » ; que ni ces attestations, ni des retranscriptions des débats devant la commission paritaire nationale, ne donnent cependant une quelconque précision sur la nature et l'origine de ces pressions ; que la fédération nationale du personnel d'encadrement des industries chimiques et connexes CFE-CGC, dont un des représentants aurait été l'objet des dites pressions, en conteste par conclusions devant la cour la réalité ; que s'agissant de la fédération nationale des industries chimiques CGT, elle n'a pas signé l'accord du 8 décembre 2011, de sorte que les éventuelles pressions qu'aurait subies un de ses représentants n'ont pas eu d'incidence sur le processus de sélection ; que la fédération nationale des syndicats des services de santé et services sociaux CFDT produit encore la retranscription par huissier d'un message vocal laissé le 12 octobre 2011 sur le téléphone de Mme Bernard par une personne dont il n'est pas contesté qu'il s'agit d'un représentant de l'institut de prévoyance du groupe Mornay, lequel, tout en assurant respecter la position de la CFDT, évoque sa crainte que « la section syndicale CFDT du Groupe Mornay n[en] soit la victime collatérale », mentionnant la situation qui serait celle de la responsable de cette section, au cas où « Mornay soit désigné et que la CFDT soit une des seules organisations à avoir voté pour Allianz », et spécialement « le traitement [que] les autres sections, les autres sections concurrentes lui feraient courir », et suggérant qu'une abstention serait préférable ; qu'est ainsi clairement caractérisée une pression exercée par un des candidats sur une des organisations syndicales décisionnaires, et ce « à deux heures de la décision », ainsi que son auteur l'indique lui-même dans son message ; que cependant, cette pression, qui a été publiquement dénoncée tant lors de la réunion du 12 octobre 2011 que dans un courrier du 4 novembre suivant adressé aux membres de la commission paritaire nationale, n'a pas eu d'incidence sur le choix, dès lors que la fédération nationale des syndicats des services de santé et services sociaux CFDT n'y a pas cédé et n'a pas signé l'accord litigieux désignant l'institut de prévoyance du groupe Mornay ; que la fédération nationale des syndicats des services de santé et services sociaux CFDT dénonce des modifications qui ont été apportées dans la composition des délégations à la commission paritaire nationale, qui auraient abouti à une violation du principe de la continuité du jury ; qu'un tel principe, qui n'exclut d'ailleurs pas, en cas d'indisponibilité d'un membre d'un jury pendant une partie des épreuves, son remplacement au sein même du jury, ne peut cependant s'appliquer à la commission paritaire nationale, laquelle

ne peut être assimilée à un jury d'examen ou de concours, dès lors qu'elle n'avait pas pour rôle d'entendre successivement les candidats, mais avait reçu du protocole du 18 avril 2011 la mission d'examiner le rapport de la sous-commission et d'entendre l'avis des actuaires conseils, avant de se prononcer ; que la commission paritaire nationale est, ainsi que le prévoit l'article 23 de la convention collective nationale de la pharmacie d'officine, composée de deux représentants de chacune des organisations de salariés signataires ou adhérentes et d'un nombre total au plus égal de représentants des chambres patronales signataires ; que ses membres ne sont donc pas nommés à titre personnel, mais en qualité de représentants de leur organisation ; qu'elle a de plus, pendant toute la procédure, été présidée par un représentant du ministère du travail ; que s'agissant de la décision elle-même, le protocole du 18 avril 2011 a prévu qu'elle n'était pas prise par la commission paritaire nationale mais par les organisations syndicales de salariés et d'employeurs sous forme d'un avenant à la convention collective ; qu'aucune nullité ne saurait, dans ses conditions, résulter d'un éventuel changement, d'une réunion à l'autre de la commission paritaire nationale, des personnes physiques représentants des organisations signataires de la convention ; que les sociétés Allianz Iard et Allianz Vie font encore valoir que, contrairement aux stipulations de l'accord du 18 avril 2011 (article 16), elles n'ont pas été informées des raisons du rejet de leur candidature ; que la lettre qui leur a été adressée le 15 décembre 2011 par les organisations signataires de l'accord du 8 décembre précédent ne comporte effectivement aucune motivation du rejet qu'elle notifie ; que cette irrégularité postérieure à l'accord litigieux ne saurait cependant avoir de conséquence sur la validité de celui-ci ; que la fédération nationale des syndicats des services de santé et services sociaux CFDT soutient que la désignation de l'institut de prévoyance du groupe Mornay contrevient aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce prohibant les ententes illicites, d'une part en ce que les critères sur lesquels elle a été effectuée ne seraient pas ceux figurant dans les accords organisant l'appel d'offres et d'autre part en ce que les réunions que la commission paritaire nationale a tenues postérieurement au 12 octobre 2011 pourraient n'être pas conformes aux exigences du code du travail ; qu'il résulte des développements qui précèdent que le premier argument est dénué de fondement ; que le second moyen, présenté sous une forme dubitative, n'est pas davantage pertinent ; que si le protocole du 18 avril 2011 impartissait la date du 12 octobre 2011 à la commission paritaire nationale pour se prononcer, il résulte du procès-verbal de la réunion tenue par ladite commission à cette date que les partenaires sociaux ont décidé de fixer une nouvelle réunion au 28 octobre et se sont accordés pour que les dispositions du protocole soient appliquées jusqu'à cette date ; que lors de la réunion du 28 octobre 2011, la commission paritaire nationale s'est prononcée, au sens du protocole, dès lors qu'il a été proposé la rédaction d'un projet d'accord de branche désignant l'institut de prévoyance du groupe Mornay, rédaction qui a été confiée à la sous-commission prévoyance lors d'une réunion qui a été fixée au 15 novembre suivant ; qu'une réunion

supplémentaire de la sous-commission a encore eu lieu le 2 décembre 2011, dans des conditions qui ont permis la signature, le 8 décembre 2011, de l'avenant à la convention collective ; que dans ces conditions, aucun manquement au code du travail ni aux accords collectifs antérieurs n'est caractérisé et ce second moyen est également dépourvu de fondement ; que s'agissant plus largement du respect du droit de la concurrence, il n'est allégué d'atteinte à celui-ci que dans la mesure où serait caractérisée une violation des principes de transparence et de non-discrimination, principes que les parties signataires avaient en tout état de cause décidé de respecter par l'accord du 2 décembre 2009, qui y renvoie expressément ; que dans ces conditions, et sans qu'il soit besoin de répondre à l'argumentation des parties sur l'applicabilité ou non au présent litige des règles de prohibition des ententes illicites, il suffit de rappeler qu'il résulte de ce qui précède qu'aucune des atteintes alléguées à ces principes n'est caractérisée ;

AUX MOTIFS adoptés QUE contrairement à ce que soutient la Fédération CFDT, la sous-commission n'a pris aucune décision à l'occasion de la rédaction de son rapport, et n'a notamment pas désigné Allianz en lui attribuant la note la plus élevée, ce pouvoir de décision ne lui appartenant en toute hypothèse pas ; qu'en effet, il résulte des dispositions des accords collectifs des 2 décembre 2009 et 18 avril 2011 que le choix de l'assureur revient à la CPN qui se prononce certes sur la base du rapport de la sous-commission mais sans être pour autant tenue par celui-ci dont les termes doivent être soumis à la discussion et à la négociation entre les représentants des différentes organisations syndicales siégeant au sein de la CPN, que si les partenaires sociaux ont souhaité se doter d'outils leur permettant de prendre une décision éclairée, ils n'ont pas entendu déléguer leur pouvoir de décision à la sous-commission qui, elle, était tenue d'établir son rapport sur la base des notations proposées par l'actuaire conseil ; que les partenaires sociaux restaient libres de prendre en compte, outre les éléments techniques fournis par les actuaires conseils, des critères non retenus dans le cahier des charges, tels la prévention, les droits non contributifs, l'action sociale, échappant aux notions assurantielles appliquées par les actuaires, ainsi que la nature de l'organisme chargé d'assurer le régime ; que les syndicats de salariés défenseurs et l'USPO font à cet égard observer que l'IPGM est une institution de prévoyance relevant du code de la mutualité et qu'à ce titre elle ne peut suspendre ou rompre les relations avec une entreprise soumise à un système collectif et obligatoire de prévoyance né d'un accord de branche au motif du non-paiement des cotisations, alors qu'Allianz est une compagnie d'assurance relevant du code des assurances et pour laquelle cette obligation n'existe pas ; qu'il résulte en outre des observations de l'actuaire ci-dessus rappelées que les notes qu'il avait attribuées n'étaient pas déterminantes pour le choix des candidats ; qu'il est dès lors logique que d'autres critères que ceux retenus pour établir la notation aient été pris en compte par les membres de la CPN ; que le 12 octobre 2011, date à laquelle la CPN devait se prononcer, aucune décision

n'a été prise, la CFDT et la CFE-CGC s'étant exprimées en faveur d'Allianz, la CFTC et FO en faveur de l'IPGM et la CGT en faveur d'Axa-Uniprévoyance, les organisations patronales indiquant quant à elles qu'elles ne signeront qu'un accord majoritaire et qu'il a été convenu de prolonger la procédure jusqu'à une nouvelle réunion le 28 octobre ; que le 28 octobre, l'inspecteur du travail qui présidait la CPN a constaté que deux organisations syndicales de salariés étaient en faveur de l'IPGM, que deux organisations patronales étaient en mesure de signer un accord désignant l'IPGM sous réserve de l'existence d'un accord majoritaire en nombre d'organisations syndicales de salariés signataires, et a proposé que soit soumis à la signature un projet d'accord désignant l'IPGM ; qu'il n'est pas contesté que finalement deux projets ont été adressés aux membres de la CPN le 7 décembre 2011, l'un désignant l'IPGM, l'autre désignant Allianz ; Attendu que le 8 décembre 2011, un accord a été signé, entre la Fédération des syndicats pharmaceutiques de France et l'Union des syndicats de pharmaciens d'officine, d'une part, la Fédération nationale du personnel d'encadrement des industries chimiques et connexes CFE-CGC, la Fédération nationale force ouvrière des métiers de la pharmacie, des laboratoires d'analyses de biologie médicale, du cuir et de l'habillement FO et la Fédération nationale des syndicats chrétiens des services santé et sociaux CFTC, d'autre part, aux termes duquel l'IPGM était désigné pour assurer le régime de prévoyance des cadres et assimilés de la pharmacie d'officine ; que le choix par les partenaires sociaux d'un assureur autre que celui ayant obtenu la meilleure note ne constitue pas une violation des accords des 2 décembre 2009 et 18 avril 2011 qui n'imposent nullement cette détermination du choix ; que la circonstance que certains des membres de la CPN ont modifié leur point de vue entre le 12 octobre et le 8 décembre 2011, ainsi qu'il ressort des retranscriptions des réunions versées aux débats par la demanderesse, n'affecte pas le choix qu'ils ont finalement effectué et n'est que le reflet des discussions et négociations ayant eu lieu ; que par ailleurs, rien n'interdit aux organisations patronales de subordonner leur signature à un accord majoritaire des syndicats salariés ; que la position manifestée en ce sens par ces dernières lors des réunions des 12 et 28 octobre 2011 n'est pas contraire aux accords signés les 2 décembre 2009 et 18 avril 2011 et n'entache en rien la validité de la signature de ces organisations patronales ; que la rédaction de deux projets d'accord, l'un en faveur d'Allianz, l'autre en faveur de l'IPGM, en vue de la réunion de signature du 8 décembre 2011 n'avait pas pour objet de privilégier ces deux candidats mais correspondait aux tendances qui s'étaient dégagées lors des réunions des 12 et 28 octobre 2011 ; que si que l'article 16 de l'accord du 18 avril 2011 prévoit que "la CPN informe, dans un délai de quinze jours suivant la date de la réunion au cours de laquelle elle a choisi la ou les entreprises d'assurance, chacune des entreprises d'assurance dont la candidature n'a pas été retenue ainsi que des raisons de ce rejet", cette formalité n'est assortie d'aucune sanction particulière et l'absence de motivation dans les courriers adressés le 15 décembre 2011 à Allianz, à Axa Vie, à

Uniprévoyance et au groupe Apicil, n'est pas de nature à entraîner la nullité de l'accord collectif conclu le 8 décembre 2011 ; que la Fédération CFDT soutient que la remise en cause du résultat de l'appel d'offres ne peut résulter que d'une entente illicite prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, ayant pour objet et effet d'écartier la société Allianz ; que cependant, d'une part, comme indiqué ci-dessus la conclusion de l'accord du 8 décembre 2011 n'est pas une remise en cause du résultat de l'appel d'offres mais relève du choix des partenaires sociaux, d'autre part, la demanderesse ne caractérise aucun fait de nature à caractériser une entente illicite au sens des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, enfin, la réglementation sur les ententes illicites est exclue s'agissant d'un accord collectif de prévoyance dont l'objet est l'amélioration des conditions de travail ; qu'il ressort des procès-verbaux des réunions des 12 et 28 octobre 2011 que M. Patrick Le Métayer représentant de la Fédération FO, membre de la CPN, qui avait déclaré une situation potentielle de conflit d'intérêt sur laquelle la CPN avait statué, ce dernier devant suspendre ses fonctions au sein de PIPGM jusqu'au 12 octobre 2011, date à laquelle la décision devait être prise, a siégé après le 12 octobre au conseil d'administration de l'IPGM ; que si la position de ce dernier qui a soutenu lors de la réunion du 28 octobre que la procédure d'appel d'offres était terminée depuis le 12 octobre 2012 alors qu'il avait été convenu à cette date, ainsi qu'il résulte du relevé de décision des réunions de la CPN des 12 et 28 octobre 2011 produit aux débats, que les dispositions du protocole du 18 avril 2011 s'appliqueraient jusqu'au 28 octobre 2011 inclus, est contestable au regard des principes définis par ce protocole, la circonstance qu'il ait siégé le 13 octobre 2011 au conseil d'administration de l'IPGM n'apparaît pas avoir porté atteinte au principe d'impartialité dans la mesure où M. Le Métayer s'était déjà prononcé très clairement, pour le compte de sa Fédération, dès le 12 octobre 2011 en faveur de l'IPGM ; que les attestations de Mme Dadoune et Mme Bernard qui indiquent que lors des réunions des 12 et 28 octobre 2011, Mme Hamet, représentante de la CGT, et Mme Vasek, représentantes de la CFE-CGC, ont déclaré avoir subi des pressions, ne permettent pas d'établir la réalité de ces pressions ; que par ailleurs, la CFDT n'ayant pas signé l'accord du 8 décembre 2011, les pressions qu'elle dit avoir elle-même subies, ne peuvent affecter la régularité de l'accord, lesdites pressions, à les supposer avérées, n'ayant pas été exercées sur les signataires de l'accord ;

1/ ALORS QUE il ressort des accords collectifs des 2 décembre 2009 et 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine que les partenaires sociaux, tenus de se déterminer dans le respect des obligations de mise en concurrence et de transparence, doivent désigner le candidat ayant obtenu la meilleure note à l'issue du processus d'évaluation fixé par voie conventionnelle ; qu'en retenant néanmoins que l'accord collectif du 8 décembre 2011 avait pu désigner l'institut de prévoyance du groupe Mornay, quand l'offre de celui-ci avait été classée troisième à l'issue de l'évaluation, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009 et le protocole

d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, L. 2221-1 et L. 2231-1 du code du travail, l'article 1134 du code civil et l'article 56 du TFUE ;

2/ ALORS QUE les partenaires sociaux sont libres d'encadrer l'exercice de leur liberté contractuelle ; que l'article 14, alinéa 3, du protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine impose aux partenaires sociaux de conclure un accord collectif portant désignation de l'organisme choisi par la commission paritaire nationale pour gérer le régime de prévoyance conformément aux obligations de mise en concurrence et de transparence et du résultat de la notation ; qu'en affirmant que la décision finale portant désignation de l'organisme gestionnaire du régime de prévoyance appartenaient aux organisations syndicales et qu'elles étaient libres de ne pas suivre la délibération de la commission paritaire nationale et les résultats de la notation, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009 et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, L. 2221-1 et L. 2231-1 du code du travail, l'article 1134 du code civil et l'article 56 du TFUE ;

3/ ALORS QUE, tenus d'attribuer la gestion du régime de prévoyance obligatoire en conformité aux obligations de mise en concurrence, de transparence, les partenaires sociaux étaient obligés d'arrêter leur décision en considération des seuls critères définis dans l'appel d'offres ; qu'en retenant néanmoins que les partenaires sociaux avaient pu se déterminer en considération de leurs règles internes et d'éléments qui leur étaient propres et que deux organisations syndicales signataires avaient pu arrêter leur choix en considération du mode de gestion paritaire de l'institut du groupe Mornay qui ne figurait pas parmi les critères conventionnels de sélection, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009 et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, L. 2221-1 et L. 2231-1 du code du travail, l'article 1134 du code civil et l'article 56 du TFUE ;

4/ ALORS QUE les partenaires sociaux sont tenus de désigner l'organisme gestionnaire du régime de prévoyance complémentaire obligatoire dans le respect du principe d'égalité de traitement entre les candidats ; que l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale dans sa version applicable au litige place à ce propos sur un pied d'égalité les mutuelles, les compagnies d'assurance et les institutions de prévoyance ; qu'en retenant néanmoins que plusieurs organisations syndicales avaient pu arrêter leur choix en considération du mode de gestion paritaire de l'institut du groupe Mornay, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009 et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, L. 2221-1 et

L. 2231-1 du code du travail, l'article 1134 du code civil et l'article 56 du TFUE ;

5/ ALORS QUE les pressions exercées sur un membre d'une organisation syndicale chargée de négocier un accord collectif constituent un manquement au principe de loyauté affectent nécessairement la validité de cet accord, quand bien même l'organisation syndicale n'y aurait pas cédé et que les pressions auraient été publiquement dénoncées ; qu'en refusant d'annuler l'accord collectif du 8 décembre 2011 après avoir pourtant constaté que le représentant du syndicat CFDT avait subi des pressions de la part de l'institut de prévoyance groupe Mornay auquel le marché avait été attribué, la cour d'appel a omis de tirer les conséquences qui s'évinçaient de ses propres constatations et, partant, a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009 et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, L. 2221-1 et L. 2231-1 du code du travail, l'article 1134 du code civil et l'article 56 du TFUE ;

6/ ALORS QUE l'obligation de transparence implique que la commission chargée d'attribuer le marché soit composée de personnes ayant participé à l'ensemble des travaux de la phase de consultation ; qu'en décidant que les personnes composant la commission paritaire nationale avaient pu varier d'une réunion de la CPN à l'autre sans atteinte à l'obligation de transparence, la cour d'appel a violé l'article 23 de la convention collective de la pharmacie d'officine, ensemble l'accord collectif du 2 décembre 2009, le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, les articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, L. 2221-1 et L. 2231-1 du code du travail, l'article 1134 du code civil et l'article 56 du TFUE ;

7/ ALORS QUE la commission paritaire nationale informe, dans un délai de 15 jours suivant la date de la réunion au cours de laquelle elle a choisi la ou les entreprises d'assurance, chacune des entreprises d'assurance dont la candidature n'a pas été retenue ainsi que des raisons de ce rejet ; qu'une méconnaissance de cette obligation constitue une atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence affectant la validité de l'accord portant désignation de l'organisme assureur ; qu'en considérant que la méconnaissance de cette formalité à l'égard des sociétés Allianz n'avait pas eu de conséquence sur la validité de l'accord collectif du 8 décembre 2011 dès lors qu'elle était survenue postérieurement à sa conclusion, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009 et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, L. 2221-1 et L. 2231-1 du code du travail, l'article 1134 du code civil et l'article 56 du TFUE.

Moyens produits au pourvoi principal n° U 15-12.796 par de la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle et Hannotin, avocat aux conseils pour les sociétés Allianz IARD et Allianz vie,

PREMIER MOYEN DE CASSATON

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement entrepris en toutes ses dispositions, et d'avoir ainsi débouté les sociétés Allianz IARD et Allianz Vie de leur demande tendant à l'annulation de l'accord collectif du 8 décembre 2011 ayant désigné l'IPGM ;

Aux motifs que « sur la demande principale en annulation de l'accord du 8 décembre 2011 : sur les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013 : le processus litigieux a été conduit dans le cadre législatif institué par le code de la sécurité sociale, lequel prévoit, en son article L. 911-1, qu'« à moins qu'elles ne soient instituées par des dispositions législatives ou réglementaires, les garanties collectives dont bénéficient les salariés, anciens salariés et ayants droits en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale, sont déterminées soit par voie de conventions ou d'accords collectifs, soit à la suite de la ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise, soit par une décision unilatérale du chef d'entreprise constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé » ; que, dans sa version applicable au litige, l'article L. 912-1 du même code, envisageant le cas où ces garanties collectives étaient instituées par voie de convention ou d'accords collectifs, était ainsi rédigé : « Lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1er de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques ou d'une ou plusieurs institutions mentionnées à l'article L. 370-1 du code des assurances, auxquels adhèrent alors obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de ces accords, ceux-ci comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation des risques peuvent être réexaminées. La périodicité du réexamen ne peut excéder cinq ans. Lorsque les accords mentionnés ci-dessus s'appliquent à une entreprise qui, antérieurement à leur date d'effet, a adhéré ou souscrit un contrat auprès d'un organisme différent de celui prévu par les accords pour garantir les mêmes risques à un niveau équivalent, les dispositions du second alinéa de l'article L. 132-23 (L. 2253-2) du code du travail sont applicables » ; que cet article a été déclaré contraire à la Constitution par la décision du Conseil constitutionnel n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, rendue après dépôt par soixante parlementaires d'un recours préalable à la promulgation de la loi relative à la sécurisation de l'emploi, qui se proposait de compléter ledit article L. 912-1 d'un alinéa organisant une mise en

concurrence préalable au choix des organismes visés au premier alinéa ; qu'examinant, à l'occasion de l'introduction de cette disposition nouvelle, la constitutionnalité de l'ensemble de l'article, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en imposant aux entreprises d'une branche professionnelle de souscrire un contrat au contenu totalement prédéfini avec un cocontractant qu'elles ne peuvent choisir, et en conduisant à la remise en cause des choix effectués par les entreprises précédemment à la conclusion de l'accord collectif, ce texte portait atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre ; que le Conseil a décidé que cette déclaration d'inconstitutionnalité prenait effet à compter de la publication de sa décision, ajoutant « qu'elle n'est toutefois pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication, et liant les entreprises à celles qui sont régies par le code des assurances, aux institutions du Titre III du code de la sécurité sociale et aux mutuelles relevant du code de la mutualité » ; que c'est dans ces conditions en vain que les sociétés Allianz IARD et Allianz Vie soutiennent qu'il appartient à la cour, dans le cadre de la présente instance, de tirer les conséquences de la décision d'inconstitutionnalité et d'annuler l'accord du 8 décembre 2011, au motif qu'il aurait été conclu dans le cadre d'un texte législatif depuis déclaré inconstitutionnel, dès lors qu'en juger ainsi aurait pour conséquence de faire perdre tout fondement conventionnel aux contrats conclus entre les pharmacies d'officine et l'IPGM en exécution de cet accord, contrats dont il n'est pas contesté qu'ils ont été conclus dans les délais stipulés, à savoir avant le 1er janvier 2013, et donc de retirer tout effet à la décision du Conseil qui a au contraire jugé que la déclaration d'inconstitutionnalité n'était pas applicable à ces contrats ; qu'il importe peu, à cet égard, que le Conseil constitutionnel n'ait pas, dans sa décision, réservé le cas des instances en cours ; que les sociétés Allianz IARD et Allianz Vie soutiennent que le silence de cette décision à cet égard serait dépourvu de signification, en ce qu'il serait seulement la conséquence de ce que la décision du 13 juin 2013 n'a pas été rendue sur une question prioritaire de constitutionnalité ; que cependant, parallèlement saisi d'une telle question qui lui avait été transmise par le Conseil d'Etat (par un arrêt rendu le 25 juillet 2013 par cette juridiction, précisément saisie par les mêmes sociétés Allianz IARD et Allianz Vie d'un recours pour excès de pouvoir visant l'arrêté d'extension de l'accord du 8 décembre 2011), le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 2013-349 QPC du 18 octobre 2013, n'a pas modifié les modalités d'application dans le temps de sa décision précédente, mais a au contraire, dans ses motifs, répété que les contrats en cours n'étaient pas privés de fondement légal et a décidé qu'il n'y avait pas lieu, en raison de sa décision précédente ayant déjà déclaré ce même article contraire à la Constitution, de statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité qui lui était transmise ; qu'enfin, à titre de simple argument et sans en déduire un moyen de nullité de l'accord du 8 décembre 2011, les sociétés Allianz IARD et Allianz Vie soutiennent que, par décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013, le Conseil constitutionnel aurait déclaré contraire à la Constitution la nouvelle rédaction proposée à l'article L. 912-1 par l'article 14-I-1° de la loi de

financement de la sécurité sociale pour 2014 ; que la déclaration d'inconstitutionnalité d'une disposition qui n'est pas applicable au litige ne serait cependant pas susceptible d'avoir effet sur celui-ci ; mais qu'en tout état de cause, cet argument manque en fait, dès lors que le Conseil constitutionnel n'a nullement déclaré contraire à la Constitution cette rédaction nouvelle, qui n'autorise les accords collectifs qu'à recommander, et non plus à désigner, un organisme gestionnaire (rédaction qui n'est applicable qu'aux accords conclus à compter du 1er janvier 2014), la déclaration d'inconstitutionnalité n'affectant que le dispositif d'incitation fiscale à contracter avec l'organisme ainsi recommandé par un accord collectif, qui devait être inséré aux articles L. 137-15 et L. 137-16 du même code ; que dans ces conditions, étant rappelé que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent, aux termes de l'article 62 de la Constitution, « aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles », la décision du 13 juin 2013 ne peut emporter annulation de l'accord du 8 décembre 2011 » (arrêt p. 9 à 11) ;

Alors que les dispositifs de droit transitoire des décisions du Conseil constitutionnel s'interprètent strictement, la non-application d'une déclaration d'inconstitutionnalité aux situations, instances et contrats en cours relevant de l'exception et non du principe ; qu'au cas présent, la décision n° 2013-672-DC du 13 juin 2013 relative à sécurisation de l'emploi, indique que « la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale prend effet à compter de la publication de la présente décision », soit le 16 juin 2013, et « qu'elle n'est toutefois pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication, et liant les entreprises à celles qui sont régies par le code des assurances, aux institutions relevant du titre III du code de la sécurité sociale et aux mutuelles relevant du code de la mutualité » (§14) ; que seuls les « contrats » visés étaient ainsi préservés de l'application immédiate de la déclaration d'inconstitutionnalité, mais non les accords collectifs de désignation, pas plus que les protocoles d'accord conclus entre les partenaires sociaux et l'organisme désigné contenant les contrats-type proposés par ledit organisme ; que l'accord de désignation du 8 décembre 2011 se trouvait dès lors privé de fondement juridique, ainsi que l'indiquaient les sociétés Allianz dans leurs écritures (§ C, p. 21 et suiv.) ; qu'en intégrant également les accords de désignation du type de celui contesté en l'espèce, dans le champ des « contrats » sanctuarisés par le point 14 de la décision du 13 juin 2013 précité, au motif que juger autrement « aurait pour conséquence de faire perdre tout fondement conventionnel aux contrats » conclus entre les entreprises et l'organisme désigné (p. 10, al. 3), la cour d'appel, qui a interprété largement l'exception à l'application immédiate de la déclaration d'inconstitutionnalité, a violé l'article 62 de la Constitution, l'article 6§1 de la CEDH, et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement entrepris en toutes ses dispositions, et d'avoir ainsi débouté les sociétés Allianz IARD et Allianz Vie de leur demande tendant à l'annulation de la décision de la commission paritaire nationale du 8 décembre 2011 ayant désigné l'IPGM en tant qu'assureur et gestionnaire du régime de prévoyance et de complémentaire santé des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine, ainsi qu'à l'annulation de l'accord collectif du 8 décembre 2011 ayant désigné l'IPGM ;

Aux motifs propres que « sur la conformité de l'accord du 8 décembre 2011 aux accords organisant les modalités du choix du gestionnaire du régime de prévoyance : que la CFDT et les sociétés Allianz IARD et Allianz Vie soutiennent que l'accord litigieux aurait été conclu en violation des accords précédents en date des 2 décembre 2009 et 18 avril 2011 ; qu'ils font valoir à juste titre, en droit, que l'accord du 8 décembre 2011 se devait de respecter ces accords précédents ; qu'aucun de ces deux accords ne prévoyant, en effet, de modalités particulières de révision, ils ne pouvaient être modifiés que de l'accord unanime de l'ensemble de leurs signataires, ainsi qu'il résulte des dispositions de l'article L. 2261-7 du code du travail ; qu'il sera d'ailleurs observé qu'il ne résulte d'aucune des stipulations de l'accord du 8 décembre 2011 que les signataires de celui-ci auraient entendu remplacer les stipulations des accords précédents, stipulations qu'ils entendaient seulement mettre en oeuvre ; que la Fédération appelante et les sociétés intervenantes volontaires font d'abord grief à cet accord de ne pas avoir retenu le candidat le mieux noté ; qu'il ne résulte cependant pas des termes des accords préparatoires que les partenaires sociaux auraient entendu s'en remettre exclusivement et mécaniquement au processus de notation qu'ils avaient organisé ; que ces accords définissent à la fois les critères qui doivent guider le choix et la procédure selon laquelle celui-ci devra être effectué ; que s'agissant des critères de choix, l'accord du 2 décembre 2009, sans les énumérer à proprement parler – dès lors qu'il renvoie à un cahier des charges la description des garanties à mettre en oeuvre et des « critères qui seront utilisés pour apprécier les propositions des candidats » -, en dresse cependant une première liste, au travers de l'objectif, qu'il assigne à la mise en concurrence, de « s'assurer que les organismes assureurs actuellement désignés fournissent aux pharmacies d'officine et à leurs salariés cadres et assimilés le meilleur service possible en ce qui concerne notamment : la qualité du provisionnement des engagements/ la participation des assurés aux excédents ou bénéfices techniques et financiers/ la protection des provisions et réserves affectées au régime/ le caractère suffisant du tarif/ les frais de gestion/ la capacité, par une organisation suffisante, à rechercher et à couvrir l'ensemble des pharmacies d'officine de la branche, notamment dans les DOM/ la qualité des contrats proposés, notamment des clauses relatives aux droits des assurés, et de l'information délivrée à ceux-ci/ la

qualité des informations fournies par les organismes assureurs au comité de gestion/ la solvabilité globale des organismes assureurs ou du groupe auquel ils appartiennent/ la qualité de leur organisation et des services qu'ils apportent aux entreprises adhérentes comme aux participants » ; que le protocole d'accord du 18 avril 2011, dont les termes ont été rappelés plus haut, définit un « barème de notation qui se décompose en quatre parties : activité et environnement du candidat/ solvabilité du candidat et du groupe auquel il appartient/ expérience du candidat en matière d'assurances collectives obligatoires/ réponses au cahier des charges du régime de prévoyance de la branche professionnelle », chacune de ces quatre parties étant détaillée dans le cahier des charges de la consultation ; qu'il impose encore à la commission paritaire nationale, au moment du choix qui lui appartient, de prendre « notamment en considération les exigences propres à l'équilibre technique et financier des régimes sur au moins trois ans » ; que s'agissant de la procédure, l'accord du 2 décembre 2009, outre la référence aux principes de transparence et de non discrimination entre les candidats, tels qu'interprétés par un document de la Commission européenne, renvoie à un protocole particulier ; que les modalités du choix, telles que précisées par le protocole du 18 avril 2011, ont été décrites plus haut ; qu'y sont distinguées deux phases : une phase de proposition, confiée à la sous-commission prévoyance assistée d'un actuaire conseil, et une phase de décision, laquelle revient à la commission paritaire nationale et prend la forme d'un accord collectif au sens du titre III du livre II (de la deuxième partie) du code du travail ; que le barème de notation est l'outil auquel doit recourir l'actuaire conseil, pour élaborer une proposition de notation qu'il adresse à la sous-commission ; que c'est encore par référence à ce barème que se détermine la sous-commission, qui peut majorer ou minorer la notation proposée par l'actuaire, dans les limites fixées par l'accord ; que le barème de notation n'intervient donc que dans la phase de proposition ; que dans la phase de décision, il n'est en revanche plus fait référence à ce barème de notation ; que la commission paritaire nationale se prononce en effet et ainsi qu'il a été rappelé plus haut, « sur la base » du rapport de la sous-commission, et de l'audition du ou des actuaires conseils qu'elle a nommés ; que c'est à ce stade qu'elle est invitée à prendre « notamment en considération les exigences propres à l'équilibre technique et financier des régimes sur au moins trois ans » ; qu'il en résulte que le choix de la commission paritaire nationale se fonde certes sur le travail préparatoire des actuaires et de la sous-commission, qui doit constituer sa « base », mais demeure autonome, la référence, entre autres aux critères ainsi qu'il résulte de l'emploi de l'adverbe « notamment », à « l'équilibre technique et financier », sur une période d'« au moins trois ans », supposant en elle-même une distorsion par rapport au barème de notation, dès lors que cette notion apparaît dans certains éléments seulement du barème (ceux de la partie II relative à la solvabilité du candidat et du groupe auquel il appartient, qui s'apprécient en E « pour les trois prochaines années de l'entreprise candidate » et en F « pour les trois prochaines années de l'entreprise

combinante ou consolidante du groupe auquel appartient l'entreprise candidate », et, en partie IV, « éléments relatifs au régime à assurer », s'agissant du « maintien du tarif sur une durée de trois ans » seulement) ; que la prise en compte de cet équilibre technique et financier sur une durée d'au moins trois années conduit donc la commission paritaire nationale à privilégier certains éléments du barème de notation par rapport à d'autres ; qu'enfin, les partenaires sociaux, dans le protocole du 18 avril 2011, ont clairement décidé que « la ou les entreprises chargées d'assurer les présents régimes de prévoyance sont choisies par la voie d'un avenant à la convention collective susvisée », avenant qui n'a donc pas simplement pour objet de formaliser un choix précédemment fait, mais d'exprimer ce choix ; qu'il doit être rappelé, à cet égard, que les principes de la négociation collective supposent, en application de l'article L. 2231-2 du code du travail, que les représentants des organisations syndicales ayant la capacité de négocier et à conclure des conventions ou accords sont habilités à contracter au nom de l'organisation qu'ils représentent, pour l'essentiel selon les modalités et dans les limites que chaque organisation détermine librement ; que dans ces conditions, le renvoi à un accord collectif pour exprimer le choix de l'organisme assureur signifiait clairement que les parties n'entendaient pas s'obliger à entériner purement et simplement la proposition des actuaires conseils et de la sous-commission, mais avaient décidé de conserver leur liberté de choix ; qu'il résulte de ce qui précède qu'ainsi que l'ont retenu à bon droit les premiers juges, le seul fait que, par l'avenant du 8 décembre 2011, n'ait pas été retenu le candidat qui avait obtenu la meilleure note au terme du processus préparatoire, ne saurait en conséquence emporter la nullité dudit accord ; qu'il en est de même de la circonstance qu'en vue de la réunion du 8 décembre 2011 de la commission paritaire nationale, seuls deux projets d'accord désignant, l'un les sociétés Allianz (dont la proposition avait recueilli la meilleure notation) et l'autre l'IPGM (arrivé en troisième position) aient été préparés, cette sélection résultant clairement des positions exprimées dès la réunion du 12 octobre précédent, ces deux candidats ayant chacun été retenu de façon ferme par deux organisations de salariés, et de façon conditionnée à un accord majoritaire desdites organisations de salariés chacun par une organisation d'employeur, et ce alors que les deux autres candidats n'avaient été retenus que par une organisation (pour ce qui concerne Axa-Uniprévoyance, arrivé en seconde position) ou par aucune (Apicil, candidat ayant reçu la moins bonne note) ; que pour autant, dès lors qu'il avait aussi été décidé, par le protocole du 18 avril 2011, que le choix serait effectué sur la base du rapport de la sous-commission, c'est en considération des conclusions dudit rapport que doivent être examinés les autres moyens de nullité soumis par la Fédération CFDT et les sociétés intervenantes volontaires ; qu'il sera rappelé à ce stade, que les notations obtenues par les quatre candidats s'étalent de 80,36 pour la moins bonne à 86,94 pour la meilleure, que le rapport relève que les experts mandatés par la commission paritaire nationale ont estimé que toutes les offres étaient « de bonne qualité » s'agissant des parties II (solvabilité) et III (expérience) et

«globalement satisfaisantes » s'agissant de la partie IV (réponse au cahier des charges) ; que les conclusions de ce rapport doivent être complétées par celles de M. De Priester, actuaire conseil, dont l'analyse est produite aux débats et qui, outre les éléments repris dans le rapport, écrit que « les notes attribuées ne permettent pas de départager les candidats, les différences étant dues à des aspects que nous considérons comme secondaires » et qu'« en ma qualité d'expert mandaté par la commission paritaire, je considère, sur la base des dossiers des candidatures qui ont été adressés, que les offres des quatre candidats sont équivalentes au regard de la grille d'analyse qui avait été élaborée avant l'organisation de l'appel d'offres » et conclut qu'il n'a « aucune préconisation à indiquer concernant une ou plusieurs des quatre offres » ; qu'ainsi que l'ont retenu à bon droit les premiers juges, les éléments techniques et économiques analysés avec l'aide d'actuaire conseils dans le rapport de la sous-commission ne conduisaient donc pas de façon déterminante et incontestable à un choix qui s'imposait d'évidence ; sur l'adoption de critères distincts de ceux énumérés dans l'appel d'offres : que la Fédération CFDT et les sociétés Allianz Iard et Allianz Vie font grief aux parties signataires de l'accord d'avoir pris leur décision sur la base de critères qui n'avaient pas été portés à la connaissance des candidats, dans des conditions portant atteinte à la transparence du processus d'appel d'offres et au principe de non-discrimination entre les candidats ; que ces parties s'appuient, à cet égard, sur la motivation du jugement déféré aux termes duquel « les partenaires sociaux restaient libres de prendre en compte, outre les éléments techniques fournis par les actuaires-conseils, des critères non retenus dans le cahier des charges, tels la prévention, les droits non contributifs, l'action sociale » ; qu'elles dénaturent le sens de cette mention, dès lors que les premiers juges n'ont nullement entendu dégager les critères du choix effectué ni apprécier la pertinence dudit choix au regard de ces critères, mais ont seulement évoqué quelques éléments ayant pu être pris en compte par telle ou telle des organisations décisionnaires pour départager les candidats ; que rien ne pouvait en effet interdire aux partenaires sociaux de nourrir leur choix final, effectué sur la base d'un rapport établi sur des critères techniques et économiques qui, de l'aveu même des actuaires-conseils, ne permettaient pas de départager les différentes offres de façon significative, d'un examen desdites offres prenant en compte ces autres éléments, qui sont de fait difficilement quantifiables dans le cadre du processus de notation ; que pour autant, même si, compte tenu des termes susvisés du jugement déféré, les parties argumentent devant la cour sur la pertinence de ces éléments, c'est en vain que la Fédération CFDT et les sociétés Allianz Iard et Allianz Vie soutiennent qu'auraient été ainsi substitués aux critères sur la base desquels la consultation avait été effectuée des critères nouveaux, de l'existence desquels les candidats n'auraient pas été informés ; qu'il ne résulte, en effet, d'aucune des pièces produites aux débats quels éléments circonstanciés chaque organisation syndicale a particulièrement pris en compte pour émettre, lors des réunions successives de la commission paritaire nationale,

son propre choix ; que le procès-verbal des réunions des 12 et 28 octobre 2011 et les extraits retranscrits des enregistrements effectués lors de cette réunion sont, notamment, muets sur ce point, de même que l'accord du 8 décembre 2011 ; que chacune des organisations décisionnaires a ainsi pu se déterminer, comme elle avait pu le faire dans la phase précédente de majoration ou de minoration de la notation proposée par l'actuaire-conseil, selon ses règles internes et en fonction d'éléments qui lui sont propres et dont elle n'avait pas à rendre compte, éléments liés à la personne de chaque organisation et qui n'auraient pu faire en conséquence, à supposer que chaque organisation ait été en mesure d'en dresser une liste à l'avance, l'objet d'une consultation préalable ; qu'il résulte à cet égard et ainsi que les parties en ont débattu, de la lecture de cette retranscription qu'une organisation de salariés et une organisation d'employeurs ont justifié que leur choix se porte vers l'IPGM par leur préférence pour le paritarisme ; que, contrairement à ce que soutiennent les sociétés Allianz Iard et Allianz Vie, une telle prise de position ne peut être considérée comme affectant l'égalité entre les candidats ; qu'il résulte en effet des termes mêmes de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale dans sa version applicable au litige (qui renvoyait à l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques) que lesdits candidats pouvaient être soit des entreprises régies par le code des assurances (incluant les institutions de retraite professionnelle ayant leur siège dans un autre Etat membre de l'Union européenne), soit des institutions relevant du code de la sécurité sociale ou du code rural, soit enfin des mutuelles relevant du code de la mutualité ; qu'il n'est pas contesté que l'appel d'offres litigieux a été effectivement ouvert à ces institutions de statuts divers, et il n'est soutenu à aucun moment qu'il aurait comporté à cet égard la moindre disposition discriminatoire qui aurait été de nature à nier l'égalité des chances entre les candidats, quel que soit leur statut ; qu'aucune rupture de l'égalité de traitement ne saurait dans ces conditions résulter de la préférence affirmée par telle ou telle des organisations décisionnaires pour ceux des organismes candidats ayant un mode de gestion mettant en oeuvre les principes du paritarisme ; préférence de nature à permettre à cette organisation de répartir les candidats dont les offres étaient, ainsi qu'il a été déjà relevé, très voisines ; qu'il ne saurait être fait grief, notamment, à certains des partenaires sociaux d'avoir privilégié les institutions de prévoyance, qui se voyaient interdire, en application des dispositions de l'article L. 932-9 du code de la sécurité sociale, de suspendre leurs garanties, de dénoncer une adhésion et de résilier un contrat à l'égard d'une entreprise ne s'acquittant pas de ses cotisations (étant observé qu'il en est de même pour les mutuelles, en application de l'article L. 221-14 du code de la mutualité) ; que la prise en compte, par les organisations syndicales, de différences instituées par la loi ne peut, en effet, constituer une rupture d'égalité de traitement ; qu'il en serait de même s'agissant de la clause dite de migration figurant à l'accord du 8 décembre 2011, qui découlait de la rédaction de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale applicable à la

consultation (en ce qu'il envisageait l'adhésion obligatoire des entreprises concernées à l'organisme choisi par la voie d'un accord collectif), dans le cas où une telle clause ne serait considérée comme admissible, au regard des règles européennes et nationales du droit de la concurrence, que si elle bénéficiait à une institution de prévoyance, et non pas à une société d'assurance (ce qui, en tout état de cause, ne résulte pas de l'analyse du droit positif, tel notamment qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt C-437/09 du 3 mars 2011) : une telle différence, à la supposer caractérisée, aurait alors été également instaurée par la loi et ne pourrait en conséquence constituer une rupture de l'égalité de traitement» (arrêt p. 11 à 15) ;

Et aux motifs éventuellement adoptés des premiers juges que « aux termes de l'article de la convention collective nationale étendue de la pharmacie d'officine du 3 décembre 1997, les partenaires sociaux sont convenus d'instituer pour « les bénéficiaires de la présente convention collective un régime de prévoyance obligatoire couvrant les risques décès, invalidité, incapacité de travail, maladie, chirurgie, maternité et paternité » ; qu'une commission paritaire nationale (CPN) composée de deux représentants de chacune des organisations de salariés signataires ou adhérentes à la convention et d'un nombre total au plus égal de représentants des chambres patronales signataires, est chargée notamment d'étudier et de conclure un contrat type définissant les risques garantis ainsi que les prestations correspondantes ; que, selon accord collectif national du 2 décembre 2009 relatif au régime de prévoyance des cadres et assimilés de la pharmacie d'officine, les partenaires sociaux sont convenus de procéder à l'unification des garanties proposées par les différentes sociétés d'assurance actuellement chargées d'assurer le régime de prévoyance, à savoir les sociétés Allianz et Generali Vie, de mettre en place un régime de prévoyance pour les cadres et assimilés, unique et obligatoire, dans le cadre dans un premier temps de conventions de coassurance conclues entre ces deux assureurs, et ont décidé qu'une mise en concurrence des assureurs mentionnés à l'accord et tout organisme habilité pour le régime décès et incapacité-invalidité et le régime de frais de soins de santé des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine serait organisée avant le 31 décembre 2010 aux fins de s'assurer que les organismes assureurs actuellement désignés fournissent aux pharmacies d'officine et à leurs salariés cadres et assimilés le meilleur service possible ; qu'un deuxième accord signé le même jour précise les éléments sur lesquels la mise en concurrence des organismes assureurs sera effectuée (qualité du provisionnement des engagements, participation des assurés aux excédents ou bénéfices techniques et financiers, protection des provisions et réserves affectées au régime, caractère suffisant du tarif, frais de gestion, etc ...), les principes applicables à la mise en concurrence, à savoir les principes de transparence et de non discrimination entre les candidats, et renvoie à un cahier des charges comportant la description détaillée des garanties à mettre

en oeuvre et des critères qui seront utilisés pour apprécier les propositions des candidats ; qu'un protocole d'accord signé le 18 avril 2011 fixe les modalités de cette mise en concurrence en vue de désigner un ou plusieurs assureurs chargés à compter du 1er janvier 2012 d'assurer les risques envisagés par la convention collective ; qu'aux termes de l'article 1er de ce protocole, la CPN est chargée de l'organisation de l'appel d'offres ; que l'accord 8 stipule que les candidats sont sélectionnés sur la base d'un barème de notation qui se décompose en quatre parties : activités et environnement du candidat, solvabilité du candidat et du groupe auquel il appartient, expérience du candidat en matière d'assurances collectives obligatoires, réponse au cahier des charges du régime de prévoyance de la branche professionnelle ; que son article 9 prévoit que la CPN se prononce sur la base d'un rapport établi par les représentants des organisations syndicales signataires du protocole réunis en sous-commission prévoyance qui élabore ce rapport avec l'assistance d'un actuaire-conseil indépendant, ce dernier proposant une notation pour chacune des rubriques du cahier des charges, notation qui peut être majorée ou minorée, par accord des deux collèges de la sous-commission, dans la limite de 10% ; que l'article 11 impose à chaque membre de la CPN et de la sous-commission prévoyance de déclarer, au plus tard le 22 juillet 2011, les situations de conflit d'intérêts et que les membres de la CPN et de la sous-commission s'engagent à informer la CPN de toute nouvelle situation de conflit d'intérêts dans laquelle ils pourraient se trouver placés pendant la durée de l'appel d'offres ; que les alinéas 1 et 2 de l'article 14 précisent que : « La CPN se prononce, au plus tard le 12 octobre 2011. Elle se prononce sur la base du rapport de la sous-commission prévoyance, de la ou des auditions du ou des actuaires conseils qu'elle a nommés et prend notamment en considération les exigences propres à l'équilibre technique et financier des régimes sur une période d'au moins trois ans. Tout au long de la procédure, la CPN veille au respect de l'égalité entre les candidats, notamment entre la ou les entreprises d'assurance qui mettent actuellement en oeuvre les régimes de prévoyance de la branche et la ou les autres entreprises d'assurance candidates. La ou les entreprises d'assurance chargées d'assurer les présents régimes de prévoyance sont choisis par la voie d'un avenant à la convention collective susvisée conclu conformément aux dispositions du Titre III du Livre II du code du travail » ; que l'appel d'offres a été publié le 28 avril 2011 au Journal officiel des Communautés européennes et a fait l'objet de publicités à l'Argus de l'assurance ; que la Fédération CFDT ne soutient pas dans son assignation que la mise en concurrence ainsi décidée par les partenaires sociaux soit régie par les règles sur les marchés publics ; qu'aux termes de son rapport daté du 11 octobre 2011, la sous-commission prévoyance a analysé et comparé les éléments essentiels des offres des quatre candidats retenus, Allianz, Axa-Uniprévoyance, IPGM et Apicil, à partir des dossiers que ces derniers ont adressés à la CPN, des réponses aux questions écrites posées par la CPN et des réponses orales fournies lors de leur audition ; qu'au titre de l'appréciation d'ensemble sur les propositions, la

sous-commission a indiqué que chacun des candidats présentait une solvabilité suffisante pour assurer le régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine, avait la connaissance et la pratique du marché des assurances collectives obligatoires, que, pour trois des quatre offres, les conditions tarifaires étaient identiques, l'offre d'un candidat étant inférieure en raison de prélèvements plus élevés, qu'une des offres restituait 100% du résultat après avoir prélevé un ensemble de frais sensiblement supérieurs aux autres candidats, ces derniers restituant 95% des excédents, que pour trois des candidats, la participation aux résultats incluait des produits financiers déterminés sur la base de 95% de leur rendement comptable et sur la base de 90% pour le quatrième, qu'un des candidats conservait les produits financiers au-delà des taux techniques, qu'un des candidats ne s'était pas engagé envers les partenaires sociaux pour transférer l'intégralité des provisions techniques au nouvel assureur en cas de résiliation, que chacun des quatre candidats montrait qu'il savait mettre en place un régime de prévoyance conventionnel, notamment au niveau de l'adhésion des entreprises, de l'affiliation des salariés, de la gestion administrative et des différents services qu'il était en mesure d'apporter, que deux des candidats n'avaient aucune implantation dans les DOM, que seule une candidature prévoyait une gestion déléguée à une société indépendante, que deux candidats évoquaient cette possibilité d'externaliser la gestion au cas où les partenaires sociaux en feraient la demande ; que le rapport précise que « les experts mandatés par la CPN ont estimé, dans leurs conclusions, que chacune des quatre offres est de bonne qualité au plan de la solvabilité et de l'expérience et qu'en ce qui concerne la qualité des réponses, les quatre offres sont globalement satisfaisantes » ; que pour chaque candidat et pour chacune des rubriques du cahier des charges donnant lieu à notation, la sous-commission a établi la moyenne arithmétique des notes attribuées par les deux actuaires conseils, puis dans un deuxième temps a décidé, conformément à l'accord des deux collègues, de conserver, de minorer ou de majorer dans la limite de 10%, en application du protocole d'accord du 18 avril 2011, la note résultant de la moyenne arithmétique des notes attribuées par les deux actuaires conseils aux candidats ; qu'ont ainsi été attribuées les notes suivantes : -Allianz : 86,94, - Axa-Uniprévoyance : 81,34, - IPGM : 81,09, - Apicil : 80,36 ; qu'enfin, il convient de relever que l'actuaire conseil, dans ses conclusions sur les offres, a précisé que « les notes attribuées ne permettent pas de départager les candidats, les différences étant dues à des aspects que nous considérons comme secondaires » et a ajouté que « les offres des quatre candidats sont équivalentes au regard de la grille d'analyse qui avait été élaborée avant l'organisation de l'appel d'offres. Je n'ai aucune préconisation à indiquer concernant une ou plusieurs des quatre offres » ; que, contrairement à ce que soutient la Fédération CFDT, la sous-commission n'a pris aucune décision à l'occasion de la rédaction de son rapport, et n'a notamment pas désigné Allianz en lui attribuant la note la plus élevée, ce pouvoir de décision ne lui appartenant en toute hypothèse pas ; qu'en effet, il résulte des

dispositions des accords collectifs des 2 décembre 2009 et 18 avril 2011 que le choix de l'assureur revient à la CPN qui se prononce certes sur la base du rapport de la sous-commission mais sans être pour autant tenue par celui-ci dont les termes doivent être soumis à la discussion et à la négociation entre les représentants des différentes organisations syndicales siégeant au sein de la CPN ; que si les partenaires sociaux ont souhaité se doter d'outils leur permettant de prendre une décision éclairée, ils n'ont pas entendu déléguer leur pouvoir de décision à la sous-commission qui, elle, était tenue d'établir son rapport sur la base des notations proposées par l'actuaire conseil ; que les partenaires sociaux restaient libres de prendre en compte, outre les éléments techniques fournis par les actuaires conseils, des critères non retenus dans le cahier des charges, tels la prévention, les droits non contributifs, l'action sociale, échappant aux notions assurantielles appliquées par les actuaires, ainsi que la nature de l'organisme chargé d'assurer le régime ; que les syndicats de salariés défenseurs et l'USPO font à cet égard observer que l'IPGM est une institution de prévoyance relevant du code de la mutualité et qu'à ce titre, elle ne peut suspendre ou rompre les relations avec une entreprise soumise à un système collectif et obligatoire de prévoyance né d'un accord de branche au motif du non paiement des cotisations alors qu'Allianz est une compagnie d'assurance relevant du code des assurances et pour laquelle cette obligation n'existe pas ; qu'il résulte en outre des observations de l'actuaire ci-dessus rappelées que les notes qu'il avait attribuées n'étaient pas déterminantes pour le choix des candidats ; qu'il est dès lors logique que d'autres critères que ceux retenus pour établir la notation aient été pris en compte par les membres de la CPN ; que, le 12 octobre 2011, date à laquelle la CPN devait se prononcer, aucune décision n'a été prise, la CFDT et la CFE-CGC s'étant exprimées en faveur d'Allianz, la CFTC et FO en faveur de l'IPGM et la CGT en faveur d'Axa-Uniprévoyance, les organisations patronales indiquant quant à elles qu'elles ne signeront qu'un accord majoritaire et qu'il a été convenu de prolonger la procédure jusqu'à une nouvelle réunion le 28 octobre ; que le 28 octobre, l'inspecteur du travail qui présidait la CPN a constaté que deux organisations syndicales de salariés étaient en faveur de l'IPGM, que deux organisations patronales étaient en mesure de signer un accord désignant l'IPGM sous réserve de l'existence d'un accord majoritaire en nombre d'organisations syndicales de salariés signataires, et a proposé que soit soumis à la signature un projet d'accord désignant l'IPGM ; qu'il n'est pas contesté que finalement deux projets ont été adressés aux membres de la CPN le 7 décembre 2011, l'un désignant l'IPGM, l'autre désignant Allianz ; que le 8 décembre 2011, un accord a été signé entre la FSPF et l'USPO, d'une part, la Fédération CFE-CGC, la Fédération FO et la Fédération CFTC, d'autre part, aux termes duquel l'IPGM était désignée pour assurer le régime de prévoyance des cadres et assimilés de la pharmacie d'officine ; que le choix par les partenaires sociaux d'un assureur autre que celui ayant obtenu la meilleure note ne constitue pas une violation des accords des 2 décembre 2009 et 18 avril 2011 qui n'imposent nullement cette détermination du choix ;

que la circonstance que certains des membres de la CPN ont modifié leur point de vue entre le 12 octobre et le 8 décembre 2011, ainsi qu'il ressort des retranscriptions des réunions versées aux débats par la demanderesse, n'affecte pas le choix qu'ils ont finalement effectué et n'est que le reflet des discussions et négociations ayant eu lieu ; que par ailleurs, rien n'interdit aux organisations patronales de subordonner leur signature à un accord majoritaire des syndicats salariés ; que la position manifestée en ce sens par ces dernières lors des réunions des 12 et 28 octobre 2011 n'est pas contraire aux accords signés les 2 décembre 2009 et 18 avril 2011 et n'entache en rien la validité de la signature de ces organisations patronales ; que la rédaction de deux projets d'accord, l'un en faveur de l'IPGM, en vue de la réunion de signature du 8 décembre 2011, n'avait pas pour objet de privilégier ces deux candidats mais correspondait aux tendances qui s'étaient dégagées lors des réunions des 12 et 28 octobre 2011 ; que si l'article 16 de l'accord du 18 avril 2011 prévoit que « la CPN informe, dans un délai de quinze jours suivant la date de la réunion au cours de laquelle elle a choisi la ou les entreprises d'assurance, chacune des entreprises d'assurance dont la candidature n'a pas été retenue ainsi que des raisons de ce rejet », cette formalité n'est assortie d'aucune sanction particulière et l'absence de motivation dans les courriers adressés le 15 décembre 2011 à Allianz, à Axa Vie, à Uniprévoyance et au groupe Apicil, n'est pas de nature à entraîner la nullité de l'accord collectif conclu le 8 décembre 2011 ; que la Fédération CFDT soutient que la remise en cause du résultat de l'appel d'offres ne peut résulter que d'une entente illicite prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, ayant pour objet et effet d'écartier la société Allianz ; que cependant, d'une part, comme indiqué ci-dessus, la conclusion de l'accord du 8 décembre 2011 n'est pas une remise en cause du résultat de l'appel d'offres mais relève du choix des partenaires sociaux, d'autre part, la demanderesse ne caractérise aucun fait de nature à caractériser une entente illicite au sens des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, enfin, la réglementation sur les ententes illicites est exclue s'agissant d'un accord collectif de prévoyance dont l'objet est l'amélioration des conditions de travail ; qu'il ressort des procès-verbaux des réunions des 12 et 28 octobre 2011 que M. Patrick Le Metayer, représentant de la Fédération FO, membre de la CPN, qui avait déclaré une situation potentielle de conflit d'intérêts sur laquelle la CPN avait statué, ce dernier devant suspendre ses fonctions au sein de l'IPGM jusqu'au 12 octobre 2011, date à laquelle la décision devait être prise, a siégé après le 12 octobre au conseil d'administration de l'IPGM ; que si la position de ce dernier, qui a soutenu lors de la réunion du 28 octobre que la procédure d'appel d'offres était terminée depuis le 12 octobre 2012 alors qu'il avait été convenu à cette date, ainsi qu'il résulte du relevé de décision des réunions de la CPN des 12 et 28 octobre 2011 produit aux débats, que les dispositions du protocole du 18 avril 2011 s'appliqueraient jusqu'au 28 octobre 2011 inclus, est contestable au regard des principes définis par ce protocole, la circonstance qu'il ait siégé le 13 octobre 2011 au conseil d'administration de l'IPGM n'apparaît pas avoir porté atteinte au

principe d'impartialité dans la mesure où M. Le Metayer s'était déjà prononcé très clairement, pour le compte de sa fédération, dès le 12 octobre 2011, en faveur de l'IPGM ; que les attestations de Mme Dadoune et de Mme Bernard qui indiquent que, lors des réunions des 12 et 28 octobre 2011, Mme Hamet, représentante de la CGT, et Mme Vasek, représentantes de la CFE-CGC, ont déclaré avoir subi des pressions, ne permettent pas d'établir la réalité de ces pressions ; que par ailleurs, la CFDT n'ayant pas signé l'accord du 8 décembre 2011, les pressions qu'elle dit avoir elle-même subies, ne peuvent affecter la régularité de l'accord, lesdites pressions, à les supposer avérées, n'ayant pas été exercées sur les signataires de l'accord ; qu'aucun des moyens invoqués par la Fédération CFDT ne justifiant l'annulation de l'accord du 8 décembre 2011, celle-ci sera déboutée de l'ensemble de ses demandes» (jugement p. 5 à 11) ;

1° Alors que lorsqu'un pouvoir adjudicateur qui n'est a priori pas tenu de passer un marché selon des modalités régies par la loi, se soumet volontairement, pour la sélection de son cocontractant, à une procédure dont il définit les modalités, ledit pouvoir adjudicateur est tenu de respecter les règles qu'il a lui-même instituées ; qu'ainsi, s'il lance une procédure qualifiée par lui d'« appel d'offres », en précisant bien que le cocontractant sera le candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse appréciée sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats, et en se soumettant en outre à la Communication interprétative relative aux passations de marchés non soumis aux directives « marchés publics » de la Commission européenne, le pouvoir adjudicateur s'oblige à désigner comme attributaire le candidat qui aura émis l'offre économiquement la plus avantageuse, c'est-à-dire celle classée en premier à l'issue de la procédure de notation pondérée définie par le pouvoir adjudicateur ; qu'au cas présent, l'accord collectif national du 2 décembre 2009 relatif à la mise en concurrence pour la gestion du régime de prévoyance des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine, a prévu la « mise en concurrence des organismes assureurs » sur la base d'un certain nombre de critères (art. 1er), en précisant que « les modalités d'organisation de la mise en concurrence seront précisées dans un protocole particulier qui sera soumis pour validation aux autorités administratives compétentes » (art. 2) ; qu'en application de cet article 2, les partenaires sociaux ont conclu, le 18 avril 2011, le « protocole d'accord relatif à l'organisation d'un appel d'offres en vue de désigner une ou plusieurs entreprises d'assurance chargées d'assurer le régime » précité, en indiquant alors expressément que « la commission paritaire nationale de la pharmacie d'officine (CPN) organise un appel d'offres en vue de désigner » l'assureur gestionnaire du régime (art. 1er), et en précisant que « les candidats sont sélectionnés sur la base d'un barème de notation » précis, avec pondération des notes (art. 8) ; qu'en considérant qu'« il ne résulte cependant pas des termes des accords préparatoires que les partenaires sociaux auraient entendu s'en remettre exclusivement et mécaniquement au processus de

notation qu'ils avaient organisé » (arrêt p. 11, al. 7), de sorte que « le seul fait que, par l'avenant du 8 décembre 2011 (l'avenant de désignation), n'ait pas été retenu le candidat qui avait obtenu la meilleure note au terme du processus préparatoire, ne saurait (...) emporter la nullité dudit accord » (arrêt p. 13, al. 3), la cour d'appel, qui a méconnu la notion d'appel d'offres à laquelle s'étaient référés les partenaires sociaux, a violé l'accord collectif précité du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, la notion d'appel d'offres (telle qu'elle ressort notamment des articles 12 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 36 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005, 33 et 53 du code des marchés publics), les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail, les articles 49, 56 et 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ensemble les principes de transparence, d'égalité de traitement, et de non-discrimination ;

2° Alors qu'il en va d'autant plus ainsi que les documents du marché, et notamment l'avis publié au Journal officiel de l'Union européenne, exposaient de manière complète le processus de désignation du futur assureur et gestionnaire du régime de prévoyance et de complémentaire santé des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine ; de sorte qu'en considérant que des documents organisant le processus de prise de décision au sein des instances paritaires pourraient avoir prévu une étape distincte de l'appel d'offres à proprement parler, lequel ne conduirait pas à un choix s'imposant aux partenaires sociaux, mais uniquement à une « proposition » soumise à « discussion et négociation », la cour d'appel a méconnu le principe de confiance légitime, le principe de sécurité juridique, les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, le principe selon lequel les documents de marché lient l'autorité adjudicatrice, l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

3° Alors que le pouvoir adjudicateur qui est soumis aux principes d'égalité de traitement, de transparence et de non-discrimination, doit annoncer aux candidats à la procédure de sélection les critères, fussent-ils qualitatifs voire subjectifs, sur lesquels ils seront jugés, et rendre compte du choix effectué à travers une motivation de la décision de rejet de la candidature de l'opérateur évincé ; que n'est pas conforme à ces principes fondamentaux une procédure qui conduit à ménager, au bénéfice de l'autorité adjudicatrice, une phase de choix arbitraire, en fonction de critères non annoncés, entièrement distincte d'une phase définie comme purement préparatoire, pour laquelle seule la transparence serait de mise ; qu'au cas présent, la cour d'appel a considéré que la prétendue scission du processus de désignation entre une phase dite « de préparation » et une phase de « décision » à proprement parler, aurait permis aux partenaires sociaux d'émettre un vote « sur la base » du rapport de la sous-commission, mais en fonction de

critères propres qu'ils n'auraient pas eu à énoncer, de sorte que la décision d'écartier tel ou tel candidat n'avait pas à être motivée (arrêt p. 17, dernier al.) ; qu'en statuant ainsi, cependant que la désignation du gestionnaire du régime de complémentaire santé en cause en l'espèce était soumise aux principes généraux précités, de sorte qu'elle ne pouvait légalement intervenir au terme d'une procédure telle que décrite par l'arrêt attaqué, qui, étant opaque et laissant à l'autorité adjudicatrice une faculté de choix discrétionnaire, en aurait méconnu les garanties fondamentales, a violé les principes d'égalité de traitement, de transparence et de non-discrimination, les articles 49, 56 et 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ainsi que les articles 2 de l'accord collectif national du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et 14 du protocole d'accord relatif à l'organisation d'un appel d'offres, du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

4° Alors que si l'objectif, convenu entre les partenaires sociaux, d'améliorer le niveau de couverture de la prévoyance ou de la complémentaire santé d'une catégorie de salariés, par un accord définissant pareil régime, touche à l'essence du droit de négociation collective, tel n'est pas le cas de la désignation de l'organisme appelé à assurer le régime préalablement défini ; que les partenaires sociaux abdiquent d'autant moins leur liberté de négociation collective que la désignation est le fruit d'un processus que, même s'ils les lient par la suite, ils ont librement choisi à l'origine ; qu'au cas présent, le processus instauré par le protocole d'accord du 18 avril 2011, ayant débouché sur la conclusion de l'accord collectif de désignation du 8 décembre 2011, visait uniquement, précisément, à la désignation de l'organisme qui serait chargé d'assurer le régime de prévoyance et de complémentaire santé préalablement défini par les partenaires sociaux, et non à la définition dudit régime ; qu'en considérant que la circonstance que cette désignation devait prendre la forme d'un accord collectif impliquerait que les partenaires sociaux auraient entendu retenir jusqu'à ce stade avancé l'entière liberté de leur faculté autonome et indépendante de choix (arrêt attaqué, p. 13, al. 2), la cour d'appel, qui a négligé le fait que l'accord de désignation n'était qu'un instrument, imposé par la loi, destiné à entériner le choix, fruit mécanique de la procédure d'appel d'offres qui, elle, avait été librement choisie, en amont, par les partenaires sociaux, a violé les articles 49, 56 et 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail, ensemble, par fausse application, l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable en la cause ;

5° Alors qu'il en va d'autant plus ainsi que les règles de l'appel d'offres permettaient aux partenaires sociaux signataires du protocole d'accord du 18 avril 2011 d'exprimer un choix plus personnel jusqu'à la veille de la date prévue pour la désignation de l'organisme assureur ; qu'en effet, en parallèle de la commission paritaire nationale (l'autorité adjudicatrice), siégeait, avec la même composition, une sous-commission prévoyance chargée de fixer les notes ; que l'appréciation subjective que pouvaient porter les membres de la commission paritaire nationale, après notamment audition des candidats (le 21 septembre 2011), pouvait s'exprimer en sous-commission, à travers la majoration ou la minoration discrétionnaire de 10% des notes proposées par les actuaires conseils pour chacun des critères du marché ; que c'est par ce biais que pouvait s'exprimer une part de subjectivité, jusqu'au dépôt du rapport de la sous-commission comportant le résultat de la notation pondérée (le 11 octobre 2011), soit la veille de la date à laquelle devait se prononcer la commission paritaire nationale ; qu'en considérant que le processus de désignation aurait nécessairement comporté deux phases subséquentes, l'une de « préparation », devant la sous-commission prévoyance, et l'autre, autonome et indépendante des notes attribuées, de « décision » proprement dite, devant la commission paritaire nationale (arrêt attaqué p.

12), quand les deux phases coexistaient et étaient imbriquées, de façon à permettre aux partenaires sociaux d'exprimer, en formation « sous-commission prévoyance », via une majoration ou minoration des notes, un certain choix personnel, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

6° Alors que l'autorité adjudicatrice qui est appelée à statuer en prenant « notamment en considération des exigences propres à l'équilibre technique et financier des régimes sur au moins trois ans » (art. 14 de l'accord du 18 avril 2011), ne dispose d'aucune marge d'appréciation par rapport aux documents du marché indiquant, pour ce qui est de la « méthode de notation des candidats », que « chaque candidat est noté », en particulier, sur « la solvabilité », ainsi que sur « la qualité de la réponse apportée au cahier des charges », sachant que le candidat est invité à décrire sa marge de solvabilité des « trois derniers exercices », sa marge prévisionnelle, la « couverture des engagements » et leur « provisionnement », comme le « tarif du risque » et celui de la « gestion », et que le cahier des charges auquel la « méthode de notation » fait ainsi référence comporte elle-même des données techniques et financières sur les trois exercices passés ainsi que sur les trois exercices futurs ; de sorte qu'au final, l'appréciation, par l'autorité adjudicatrice, des « exigences propres à l'équilibre technique et financier des régimes sur au moins trois ans », rappelée par l'accord du 18 avril 2011 (art. 14), apparaît comme un critère synthétique à appréhender via la réponse à l'appel d'offres du candidat, et nullement comme un critère différent de ceux énoncés par les

documents de marché ; qu'en considérant qu'il aurait existé une « distorsion » entre le « barème de notation » et le critère devant « notamment » être pris en compte, aux termes de l'article 14 de l'accord du 18 avril 2011 (arrêt p. 12, al. 6 et 7), la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, l'article 14 du protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

7° Alors en tout état de cause que l'autorité adjudicatrice est tenue par les documents de marché dont elle organise la publicité ; qu'elle ne peut opposer aux candidats une quelconque distorsion entre les documents de marché et un accord régissant son fonctionnement interne, pas plus qu'une quelconque incohérence entre les documents de marché eux-mêmes, pour prétendre reprendre une autonomie de décision et statuer en dehors des critères énoncés ; qu'au cas présent, la cour d'appel a retenu qu'il aurait existé une « distorsion » entre les critères de choix énoncés par le cahier des charges, auquel renvoyait l'avis de marché publié au JOUE, et la disposition de l'accord du 18 avril 2011 indiquant la manière dont la commission paritaire nationale devait procéder au choix de l'assureur gestionnaire du régime (v. art. 14 : « équilibre technique et financier »), ce dont elle a déduit que la commission paritaire nationale « demeure autonome » (p. 12, al. 6) ; qu'en statuant ainsi, cependant que cette « distorsion », à la supposer avérée (ce qui n'est pas le cas), ne pouvait avoir cet effet de libérer l'autorité adjudicatrice des critères ainsi que du processus dont elle avait organisé la publicité, a violé le principe de transparence, ensemble l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, ainsi que les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

8° Alors de toutes façons que, au cas d'espèce, la cour était appelée à invalider l'accord ayant désigné l'IPGM, au lieu des sociétés Allianz ; que la cour d'appel n'a nullement constaté ni établi que l'IPGM aurait mieux rempli que les sociétés Allianz le critère des « exigences propres à l'équilibre technique et financier des régimes sur au moins trois ans » ; de sorte qu'en se référant à cette notion pour justifier, in fine, la désignation de l'IPGM, la cour d'appel s'est prononcée par un motif inopérant, en violation des articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable en la cause, ensemble les principes de transparence, d'égalité entre les candidats, et de non-discrimination, l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, le protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, ainsi que les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

9° Alors que la définition des critères d'attribution des marchés offre aux pouvoirs adjudicateurs suffisamment de latitude pour traduire la poursuite d'objectifs sociaux ; qu'au cas présent, la cour d'appel a retenu que la prise

en compte d'« éléments » « tels la prévention, les droits non contributifs, l'action sociale » seraient « de fait difficilement quantifiables dans le cadre du processus de notation » (arrêt attaqué, p. 14, al. 4), ce qui justifierait l'introduction d'une marge d'appréciation une fois clos ledit processus ; qu'en statuant ainsi, cependant que ces « éléments » pouvaient parfaitement donner lieu à formulation de critères ainsi qu'à notation, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, le protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, et les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

10° Alors que le principe de transparence impose à l'autorité adjudicatrice de communiquer aux candidats à un marché les critères d'attribution dudit marché ; qu'il en va ainsi y compris quand l'autorité en cause est collégiale et qu'elle est composée de représentants de plusieurs personnes morales ; qu'au cas présent, la cour d'appel a considéré que « chacune des organisations décisionnaires a ainsi pu se déterminer (...) selon ses règles internes et en fonction d'éléments qui lui sont propres et dont elle n'avait pas à rendre compte, éléments liés à la personne de chaque organisation et qui n'auraient pu faire, en conséquence, à supposer que chaque organisation ait été en mesure d'en dresser une liste à l'avance, l'objet d'une consultation préalable » (arrêt p.14, antépénultième al.) ; qu'en statuant ainsi, cependant que la communication aux candidats des critères était impérative, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, et les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

11° Alors que lorsque des opérateurs appartenant à plusieurs catégories sont admis à participer à une mise en concurrence, ils ne peuvent être ensuite écartés pour un motif tenant à leur statut ; que préférer un candidat à un autre à raison de son statut est en effet ouvertement discriminatoire ; qu'au cas présent, la cour d'appel a jugé que le choix par les partenaires sociaux d'une institution de prévoyance (l'IPGM), de préférence à une société d'assurance (Allianz), pouvait s'expliquer par la « préférence pour le paritarisme » affichée par certains syndicats, ainsi que par la circonstance que, contrairement aux institutions de prévoyance, les sociétés d'assurance disposaient de la faculté de suspendre leurs prestations en cas de non paiement des cotisations (arrêt attaqué, p. 14, avant-dernier al., et p. 15, al. 2 et 3) ; qu'en justifiant ainsi l'éviction d'un opérateur admis à candidater pour des raisons tenant à son statut, donc sur le fondement d'un motif par définition discriminatoire, la cour d'appel a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011, de la branche de la pharmacie d'officine, les principes de

non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence, ensemble les articles L. 911-1 et L. 912-1 du code de la sécurité sociale, dans leur rédaction applicable en la cause, 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

12° Alors que la différence de statut et de régime pouvant exister entre les sociétés d'assurance, d'une part, et les institutions de prévoyance, d'autre part, n'était pas un critère prévu par les documents de marché ; qu'en justifiant la préférence pour l'IPGM par son statut et son régime, la cour d'appel, qui a validé un choix fondé sur un critère qui, n'ayant pas été divulgué, ne pouvait légalement être pris en compte dans la procédure de mise en concurrence, a violé l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les principes de transparence, d'égalité de traitement et de non-discrimination, les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

13° Alors enfin que un pouvoir adjudicateur est tenu d'exclure du marché un opérateur économique qui ne remplit pas un des critères que ledit pouvoir a lui-même fixé ; que, dans leurs écritures d'appel (p. 38, § 112), les sociétés Allianz soulignaient que l'attribution du marché à l'IPGM était exclue dès lors que l'institution de prévoyance avait répondu ne pas pouvoir remplir un des critères-clé de l'appel d'offres, tenant à l'obligation, pour le candidat qui serait retenu, en cas de transfert ultérieur du marché à un nouvel opérateur, de transmettre les provisions constituées au titre du régime ; qu'en ne répondant pas à ces conclusions, dont il ressortait pourtant que le marché n'avait pas pu être régulièrement octroyé à l'IPGM, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir confirmé le jugement entrepris en toutes ses dispositions, et d'avoir ainsi débouté les sociétés Allianz IARD et Allianz Vie de leur demande tendant à l'annulation de la décision de la commission paritaire nationale du 8 décembre 2011 ayant désigné l'IPGM en tant qu'assureur et gestionnaire du régime de prévoyance et de complémentaire santé des salariés cadres et assimilés de la pharmacie d'officine, ainsi qu'à l'annulation de l'accord collectif du 8 décembre 2011 ayant désigné l'IPGM ;

Aux motifs propres que « sur le déroulement du processus d'appel d'offres : qu'il est d'abord soutenu que les situations de conflit d'intérêts affectant des membres de la commission paritaire nationale n'ont pas été traitées comme elles devaient l'être en application du protocole du 18 avril 2011, lequel définissait lesdites situations comme, notamment, le cumul entre la fonction de membre de la commission paritaire nationale ou de la sous-commission

paritaire prévoyance et celle d'administrateur, de membre du directoire ou du conseil de surveillance ou de salarié d'une entreprise d'assurance candidate, et prévoyait qu'en pareil cas, ledit membre était tenu, soit de se faire remplacer (au sein de la commission ou de la sous-commission), soit de suspendre sa participation aux réunions des organes de l'entreprise d'assurance ; que les premiers juges ont écarté tout grief lié à la seule situation de conflit d'intérêts qui semble leur avoir été soumise, concernant le cas d'un représentant de la Fédération FO ; que le jugement déféré n'est l'objet d'aucune critique sur ce point et cette situation particulière, quoi qu'elle soit encore mentionnée dans deux attestations produites aux débats, n'est plus évoquée devant la cour ; qu'en cause d'appel, la Fédération CFDT soutient que des représentants de la FSPF et de l'USPO à la commission paritaire nationale auraient été dans une telle situation de conflit d'intérêts, sans donner les noms des personnes concernées, ni aucune autre précision à cet égard ; que les sociétés Allianz Iard et Allianz Vie ne précisent pas davantage les situations exactes qu'elles dénoncent ; que la Fédération CFE-CGC, la Fédération CFTC, la Fédération FO et l'USPO font dans ces conditions exactement observer, à titre principal, que la réalité des situations de conflit d'intérêts ainsi dénoncées n'est pas établie ; que, sans qu'il soit besoin, en conséquence, d'examiner l'argumentation présentée à titre subsidiaire par ces fédérations syndicales intimées, sur le fait que la notion de conflit d'intérêts ne saurait avoir de sens s'agissant des institutions de prévoyance qui sont composées paritairement de représentants des organisations d'employeurs et de salariés, argumentation subsidiaire critiquée avec pertinence par la Fédération appelante et les sociétés intervenantes volontaires dès lors notamment qu'elle est contraire aux stipulations du protocole du 18 avril 2011 pourtant adoptées par ces mêmes organisations, il y a lieu d'écarter ce moyen, qui manque en fait ; qu'il est encore soutenu que les organisations syndicales de salariés auraient fait l'objet de pressions ; que la Fédération CFDT verse aux débats à cet égard deux attestations émanant de Mme Fatima El Hajjam, secrétaire fédérale, et de Mme Corinne N'kaoua épouse Bernard, juriste, qui font état des propos tenus par Mme Hamet (CGT) les 12 et 28 octobre 2011 et Mme Vasek (CGC) le 28 octobre 2011 qui déclaraient « avoir subi des pressions » ; que ni ces attestations, ni des retranscriptions des débats devant la commission paritaire nationale, ne donnent cependant une quelconque précision sur la nature et l'origine de ces pressions ; qu'il sera observé que la Fédération CFE-CGC, dont un des représentants aurait été l'objet desdites pressions, en conteste par conclusions devant la cour la réalité ; que, quant à la Fédération CGT, elle n'a pas signé l'accord du 8 décembre 2011, de sorte que les éventuelles pressions qu'aurait subies un de ses représentants n'ont pas eu d'incidence sur le processus de sélection ; que la Fédération CFDT produit encore la retranscription par huissier d'un message vocal laissé le 12 octobre 2011 sur le téléphone de Mme Bernard (dont on peut penser qu'il s'agit de Mme Corinne N'kaoua épouse Bernard, rédactrice de l'attestation visée ci-dessus) par une personne dont il n'est pas contesté qu'il s'agit d'un

représentant de l'IPGM, lequel, tout en assurant respecter la position de la CFDT, évoque sa crainte que « la section syndicale CFDT du groupe Mornay n'(en) soit la victime collatérale », mentionnant la situation qui serait celle de la responsable de cette section au cas où « Mornay soit désigné et que la CFDT soit l'une des seules organisations à avoir voté pour Allianz », et spécialement « le traitement (que) les autres sections, les autres sections concurrentes lui feraient courir », et suggérant qu'une abstention serait préférable ; qu'est ainsi clairement caractérisée une pression exercée par un des candidats sur une des organisations syndicales décisionnaires, et ce « à deux heures de la décision », ainsi que son auteur l'indique lui-même dans son message ; que cependant, ainsi que l'ont à bon droit retenu les premiers juges, cette pression, qui a été publiquement dénoncée tant lors de la réunion du 12 octobre 2011 que dans un courrier du 4 novembre suivant adressé aux membres de la commission paritaire nationale, n'a pas eu d'incidence sur le choix, dès lors que la Fédération CFDT n'a pas cédé et n'a pas signé l'accord litigieux désignant l'IPGM ; qu'enfin, la Fédération CFDT dénonce des modifications qui ont été apportées dans la composition des délégations à la commission paritaire nationale qui auraient abouti à une violation du principe de la continuité du jury ; qu'un tel principe, qui n'exclut d'ailleurs pas, en cas d'indisponibilité d'un membre d'un jury pendant une partie des épreuves, son remplacement au sein même du jury, ne peut cependant s'appliquer à la commission paritaire nationale, laquelle ne peut être assimilée à un jury d'examen ou de concours, dès lors qu'elle n'avait pas pour rôle d'entendre successivement les candidats, mais avait reçu du protocole du 18 avril 2011, la mission d'examiner le rapport de la sous-commission et d'entendre l'avis des actuaires conseils, avant de se prononcer ; que la commission paritaire nationale est, ainsi que le prévoit l'article 23 de la convention collective nationale de la pharmacie d'officine, composée de deux représentants de chacune des organisations de salariés signataires ou adhérentes et d'un nombre total au plus égal de représentants des chambres patronales signataires ; que ses membres ne sont donc pas nommés à titre personnel, mais en qualité de représentants de leur organisation ; qu'elle a de plus, pendant toute la procédure, été présidée par un représentant du ministère du travail ; que, quant à la décision elle-même, le protocole du 18 avril 2011 a prévu qu'elle n'était pas prise par la commission paritaire nationale mais par les organisations syndicales de salariés et d'employeurs, sous forme d'un avenant à la convention collective ; qu'aucune nullité ne saurait, dans ces conditions, résulter d'un éventuel changement, d'une réunion à l'autre, de la commission paritaire nationale, des personnes physiques représentants des organisations signataires de la convention ; que les sociétés Allianz Iard et Allianz Vie font encore valoir que, contrairement aux stipulations de l'accord du 18 avril 2011 (art. 16), elles n'ont pas été informées des raisons du rejet de leur candidature ; que la lettre qui leur a été adressée le 15 décembre 2011 par les organisations signataires de l'accord du 8 décembre précédent, ne comporte effectivement aucune motivation du rejet qu'elle notifie ; qu'ainsi que l'ont retenu à bon droit les premiers juges, cette irrégularité postérieure

à l'accord litigieux ne saurait cependant avoir de conséquence sur la validité de celui-ci » (arrêt p. 15 à 17) ;

Et aux motifs éventuellement adoptés des premiers juges que « que si l'article 16 de l'accord du 18 avril 2011 prévoit que « la CPN informe, dans un délai de quinze jours suivant la date de la réunion au cours de laquelle elle a choisi la ou les entreprises d'assurance, chacune des entreprises d'assurance dont la candidature n'a pas été retenue ainsi que des raisons de ce rejet », cette formalité n'est assortie d'aucune sanction particulière et l'absence de motivation dans les courriers adressés le 15 décembre 2011 à Allianz, à Axa Vie, à Uniprévoyance et au groupe Apicil, n'est pas de nature à entraîner la nullité de l'accord collectif conclu le 8 décembre 2011 ; (...) ; qu'il ressort des procès-verbaux des réunions des 12 et 28 octobre 2011 que M. Patrick Le Metayer, représentant de la Fédération FO, membre de la CPN, qui avait déclaré une situation potentielle de conflit d'intérêts sur laquelle la CPN avait statué, ce dernier devant suspendre ses fonctions au sein de l'IPGM jusqu'au 12 octobre 2011, date à laquelle la décision devait être prise, a siégé après le 12 octobre au conseil d'administration de l'IPGM ; que si la position de ce dernier, qui a soutenu lors de la réunion du 28 octobre que la procédure d'appel d'offres était terminée depuis le 12 octobre 2012 alors qu'il avait été convenu à cette date, ainsi qu'il résulte du relevé de décision des réunions de la CPN des 12 et 28 octobre 2011 produit aux débats, que les dispositions du protocole du 18 avril 2011 s'appliqueraient jusqu'au 28 octobre 2011 inclus, est contestable au regard des principes définis par ce protocole, la circonstance qu'il ait siégé le 13 octobre 2011 au conseil d'administration de l'IPGM n'apparaît pas avoir porté atteinte au principe d'impartialité dans la mesure où M. Le Metayer s'était déjà prononcé très clairement, pour le compte de sa fédération, dès le 12 octobre 2011, en faveur de l'IPGM » (jugement p. 10) ;

1° Alors que dans leurs écritures d'appel, les sociétés Allianz rappelaient que, « selon le jugement critiqué », la désignation de l'IPGM s'était accompagnée « d'une violation des règles les plus élémentaires destinées à prévenir les conflits d'intérêts, le représentant d'une des organisations syndicales s'étant prononcé en faveur de la désignation de l'IPGM bien qu'il siège à son conseil d'administration (p. 10 du jugement) » (conclusions p. 6, § 6) ; que les sociétés Allianz soutenaient que « le jugement devra donc être infirmé à quatre titres au moins : (...) – il omet de rechercher si les conflits d'intérêts et pressions dont la preuve a été rapportée n'ont pas été tels qu'ils viciaient nécessairement la validité des décisions prises par la commission paritaire nationale » (p. 7, § 8) ; qu'elles indiquaient dans le même sens que : « confirmer le jugement du tribunal de grande instance de Paris du 31 juillet 2012 : (...) – ce serait ensuite vider de toute portée l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction actuelle, en ce qu'il prévoit dorénavant l'organisation d'une procédure de mise en concurrence

transparente, impartiale et respectant l'égalité de traitement entre les candidats, l'ANI et l'avis de l'Autorité de la concurrence, puisque ce serait confirmer que les organisations sont libres de prendre en compte des critères non stipulés au cahier des charges ou des critères discriminatoires ou peuvent faire fi des conflits d'intérêts » (p. 20, § 56) ; que les sociétés Allianz indiquaient encore que : « contrairement à ce qu'a jugé le tribunal et à ce que soutiennent aujourd'hui encore les intimées (...) – ces manoeuvres se sont accompagnées de conflits d'intérêts et de pressions dont la réalité est avérée » (§ 71, p. 25) ; qu'on lit encore dans les conclusions des sociétés Allianz : « confirmer le jugement critiqué constituerait un précédent particulièrement dangereux puisque dès lors les organisations seront, comme en l'espèce, libres de prendre en compte des critères non stipulés au cahier des charges (de même, comme cela sera démontré ci-après, qu'ils pourront prendre en compte des critères discriminatoires ou faire fi des conflits d'intérêts) » (§95, p. 32-33) ; et qu'enfin, les sociétés Allianz consacraient des pages entières de leurs conclusions aux « manoeuvres visant à faire voter des membres en situation de conflit d'intérêts » (§D.3, p. 40 à 43) ; qu'en retenant que « le jugement déféré n'est l'objet d'aucune critique sur ce point et cette situation particulière, quoi qu'elle soit encore mentionnée dans deux attestations produites, n'est plus évoquée devant la cour » (arrêt p. 15, dernier al., et p. 16, al. 1er), la cour d'appel a méconnu les termes du litige, en violation des articles 4 et 5 du code de procédure civile ;

2° Alors que le juge est tenu, en toutes circonstances, d'observer et de faire observer le principe de la contradiction ; que si les parties débattent d'un point qu'elles identifient sans difficulté, mais dont le juge éprouve une difficulté à identifier les éléments factuels, il doit rouvrir les débats et appeler les parties à formuler des observations ; qu'au cas présent, dans leurs conclusions d'appel, les sociétés Allianz faisaient clairement référence à la situation précise de conflit d'intérêts qui avait été discutée en première instance, en demandant l'infirmité du jugement pour méconnaissance des règles de conflit d'intérêts (conclusions p. 7, § 8, et encore p. 41, § 118) ; qu'en retenant que « les sociétés Allianz lard et Allianz Vie ne précisent pas davantage les situations exactes qu'elles dénoncent » (arrêt p. 16, al. 2), de sorte que « la réalité des situations de conflit d'intérêts ainsi dénoncée n'est pas établie » (arrêt p. 16, al. 3), quand elle devait rouvrir les débats si elle éprouvait la moindre difficulté à cet égard, la cour d'appel a méconnu l'article 16 du code de procédure civile, ensemble le principe de la contradiction ;

3° Alors par ailleurs que le candidat évincé à une procédure de mise en concurrence soumise aux principes d'égalité de traitement et de transparence a droit à un recours effectif, lui permettant de soumettre à temps au juge la validité du choix effectué par l'autorité adjudicatrice ; que cela implique que l'autorité adjudicatrice adresse au candidat évincé, en temps utile, les motifs de sa décision d'éviction, de manière que le candidat en cause puisse la déférer au juge, un refus pur et simple de motivation constituant une cause

péremptoire de nullité ; qu'en considérant que le défaut de motifs de la décision d'éviction des sociétés Allianz constituerait une « irrégularité » qui « ne saurait cependant avoir de conséquences sur la validité de » celle-ci (arrêt p. 17, dernier al.), la cour d'appel, qui a méconnu la circonstance que cette « irrégularité » devait immanquablement être sanctionnée par la nullité, a violé les principes de transparence, de non-discrimination et d'égalité de traitement, le principe du droit d'accès effectif au juge, tel qu'il est garanti, notamment, par les articles 6§1 de la CEDH et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'accord collectif du 2 décembre 2009, sur la mise en concurrence, et le protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail ;

4° Alors enfin que l'accord du 2 décembre 2009 relatif à la mise en concurrence dispose que « la mise en concurrence prévue par l'article 1er sera réalisée conformément aux principes de transparence et de non-discrimination entre les candidats à la gestion des régimes précisés notamment par la communication interprétative de la Commission européenne relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives « marchés publics » (2006/C 179/02) » (art. 2) ; que l'article 2.3.3 de ladite communication dispose que « pour que l'exigence d'une protection juridictionnelle effective soit respectée, il faut qu'à tout le moins les décisions faisant grief à une personne (...) puissent faire l'objet d'un recours », et que « pour rendre possible l'exercice effectif de ce droit à un tel recours, les entités adjudicatrices ont l'obligation de faire connaître les motifs des décisions susceptibles de recours » ; que l'accord du 18 avril 2011 dispose ainsi : « La CPN informe, dans un délai de quinze jours suivant la date de la réunion au cours de laquelle elle a choisi la ou les entreprises d'assurance, chacune des entreprises d'assurance dont la candidature n'a pas été retenue ainsi que les raisons de ce rejet » (art. 16) ; que le droit à une explication de la décision de rejet ainsi prévu s'entendant nécessairement d'un droit concret et effectif, comportant dès lors une sanction utile en cas de méconnaissance par l'autorité adjudicatrice, en retenant que le défaut de motivation aurait été sans conséquence aucune sur la validité de la décision de désigner comme attributaire un candidat plutôt qu'un autre, la cour d'appel a violé les articles 2 de l'accord collectif du 2 décembre 2009, relatif à la mise en concurrence, et 16 du protocole d'accord du 18 avril 2011 de la branche de la pharmacie d'officine, ensemble le droit à un recours effectif, tel qu'il est garanti notamment par les articles 6§1 de la CEDH et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ensemble les articles 1134 du code civil, L. 2261-7 et L. 2262-1 du code du travail.

Moyen unique commun produit aux pourvois incident par la SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, avocat aux conseils pour la Fédération des syndicats pharmaceutiques de France,

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'AVOIR dit que les pharmacies d'officine qui n'avaient pas encore, au jour de la publication de la décision du Conseil constitutionnel n°2013-672 DC du 13 juin 2013, satisfait à l'obligation d'adhérer aux contrats types avec l'Institut de Prévoyance du Groupe Mornay prévue par les articles 2 2° et 4 de l'accord du 8 décembre 2011, ne peuvent plus y être contraintes ;

AUX MOTIFS QUE : Sur les demandes subsidiaires visant les seuls articles 2-2° et 4 de l'accord : Sur les effets de la décision du Conseil constitutionnel, les sociétés ALLIANZ IARD et ALLIANZ VIE sollicitent d'abord l'annulation des seuls articles 2-2° et 4 dudit accord du 8 décembre 2011 en ce qu'ils font obligation aux entreprises de s'assurer auprès de l'INSTITUTION DE PREVOYANCE DU GROUPE MORNAY ; que l'article 2-2°) désigne l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY pour assurer le régime de prévoyance et prévoit que les organisations syndicales d'employeurs et de salariés signataires concluront, dans le mois qui suivra l'arrêté d'extension, un protocole d'accord relatif à la mise en oeuvre du régime « auquel seront notamment annexés les contrats d'assurance type relatifs au présent régime » ; que l'article 4 prévoit l'adhésion aux dits contrats types par les pharmacies d'officine au plus tard le 1^{er} avril 2012 ou, à défaut, le 1^{er} jour du trimestre suivant la publication de l'arrêté d'extension et, dans certains cas (article 4.2), au plus tard le 1^{er} janvier 2013 ; dès lors que le 1^{er} jour du trimestre suivant la publication de l'arrêté d'extension (intervenue le 23 décembre 2012) est le 1^{er} janvier 2013, ces deux articles étaient donc censés avoir épuisé leurs effets au moment de la publication de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013 ; que dans l'hypothèse où toutes les adhésions n'auraient pas eu lieu dans les délais, il convient néanmoins de statuer sur cette demande ; que pour les raisons déjà évoquées ci-dessus et afin de respecter la décision du Conseil constitutionnel et les dispositions de celle-ci sur son application dans le temps, qui ont pour objet de maintenir la base légale et conventionnelle des contrats conclus avant sa publication, il ne saurait être procédé à l'annulation partielle demandée ; qu'il doit en revanche être constaté qu'en application de cette décision, les pharmacies d'officine qui n'avaient pas encore, au jour de la publication de la décision du 13 juin 2013, satisfait à l'obligation d'adhérer aux contrats types avec l'INSTITUT DE PRÉVOYANCE DU GROUPE MORNAY prévue par les articles litigieux, ne peuvent plus y être contraintes ; qu'il sera en conséquence fait droit à la demande présentée en ce sens » ;

ALORS QUE la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale résultant de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013 n'est pas applicable aux conventions et accords collectifs ayant,

antérieurement à la publication de cette décision, procédé à la désignation d'organismes assureurs pour les besoins du fonctionnement des dispositifs de mutualisation mise en place par les partenaires sociaux ; qu'il en résulte que lorsqu'un accord collectif prévoyant une clause de désignation était applicable antérieurement à la publication de la décision du Conseil constitutionnel, les entreprises liées par cet accord restent tenues d'adhérer au régime géré par l'organisme assureur désigné jusqu'au terme de l'application de l'accord collectif ; qu'au cas présent, l'accord collectif 8 décembre 2011 conclu au sein du branche de la pharmacie d'officine désignant l'IGPM comme organisme assureur du régime de prévoyance des cadres a été étendu par arrêté ministériel du 19 décembre 2012 et était donc applicable au moment de la publication au Journal Officiel de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013, de sorte que l'ensemble des employeurs entrant dans le champ d'application de l'accord restaient, nonobstant cette décision, tenus d'adhérer au régime géré par l'IGPM ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé l'article 62 de la Constitution, l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale dans sa version antérieure à la décision du Conseil constitutionnel n°2013-672 DC du 13 juin 2013, les articles L. 2261-1, L. 2261-2 et L. 2261-15 du code du travail et les articles 2-2° et 4 de l'accord du 8 décembre 2011.