

Tribune - Quelle situation 10 ans après la fin du cadre légal des clauses de désignation en matière de protection sociale complémentaire ?

Il y a 10 ans, le 13 juin 2013, le Conseil constitutionnel déclarait inconstitutionnelles les dispositions légales relatives aux clauses de désignation dans les accords de branche portant sur la protection sociale complémentaire. Xavier Colonna et Franck Morel font le point sur l'impact de cette décision et les marges de manœuvre ouvertes à la négociation de branche.



De gauche à droite :

- Xavier COLONNA, Président du groupe Colonna, courtier-gestionnaire sur le marché de l'assurance collective de santé et de prévoyance des secteurs HCR, du tourisme et des secteurs à haute exigence, à forte spécificité sociale
- Franck MOREL, Avocat associé, Flichy Grangé avocats, ancien conseiller social du Premier ministre

1. La décision du 13 juin 2013 du Conseil constitutionnel de **censure des dispositions de l'article L 912-1 du Code de la sécurité sociale (CSS)** qui fondait la possibilité pour une convention ou un accord collectif de branche de désigner un organisme en charge d'assurer la couverture de risques dans le cadre d'une **mutualisation des garanties de protection sociale complémentaire** pour toutes les entreprises d'une branche a **bouleversé les négociations de branche** en matière de protection sociale complémentaire. Cette position, discordante avec celle du juge européen qui considérait proportionnée l'atteinte à la libre concurrence dès lors que l'accord collectif organisant la désignation mettait en œuvre des mesures présentant un degré élevé de solidarité (CJUE 3-3-2011 aff. 437/09 : RJS 6/11 n° 570, note F. Kessler et D. Jonin p. 446), s'impose. Elle appelle désormais à opérer un bilan sur son **impact** et sur les voies et moyens permettant de laisser aux partenaires sociaux dans les branches un véritable espace pour faire vivre des garanties sociales (domaine de l'accord collectif précisé à l'article L 2221-1 du Code du travail) et plus précisément des garanties collectives de protection sociale complémentaire.

2. A la suite de cette décision, une longue période s'est écoulée au cours de laquelle plusieurs tentatives et réflexions ont été organisées pour tenter, en vain, de faire évoluer le cadre normatif. Cependant, il reste désormais de larges possibilités, même si des éclaircissements restent attendus. Surtout, le champ demeure toujours vaste pour des partenaires sociaux de branche soucieux de faire vivre activement un tissu conventionnel de qualité.

Le feuilleton d'une incapacité à ressusciter un cadre légal permettant ces désignations a duré...

3. C'est à l'occasion de la **transposition de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013** prévoyant le principe et les modalités de la **généralisation de l'accès à une complémentaire santé** pour les salariés que le législateur avait entendu modifier la loi via une obligation de négocier sur ces sujets et une obligation de mise en concurrence préalable à la recommandation conventionnelle d'organisme assureurs. Ces dispositions visaient à compléter, sans les modifier, les dispositions de l'article L 912-1 du CSS permettant la désignation par accord de branche d'un organisme assureur. L'autorité de la concurrence avait exprimé un avis divergent souhaitant que la désignation repose sur

de solides justifications et porte nécessairement sur au moins deux organismes relevant de régimes différents entre le Code des assurances et celui de la sécurité sociale (Avis Autorité concurrence 29-3-2013 n°13-A-11 relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance). Les partenaires sociaux avaient dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 posé le principe selon lequel les partenaires sociaux de la branche devaient laisser une **liberté de choix** aux entreprises de retenir le ou les organismes qui leur convenaient en laissant cependant la **possibilité de recommander** des organismes assureurs ou institutions après une procédure de mise en concurrence.

4. Le **juge constitutionnel** s'est saisi de la possibilité d'apprécier la conformité à la Constitution d'une loi déjà promulguée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine (Cons. const. 25-1-1985 n° 85-187 DC). Il a alors considéré que « *si le législateur peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle dans un but de mutualisation des risques, notamment en prévoyant que soit **recommandé** au niveau de la branche un seul organisme de prévoyance proposant un contrat de référence y compris à un tarif d'assurance donné ou en offrant la possibilité que soient **désignés** au niveau de la branche plusieurs organismes de prévoyance proposant au moins de tels contrats de référence, il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini* ». Par suite, les dispositions en question méconnaissaient la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre étaient censurées (Cons. const. 13-6-2013 n° 2013-672 DC : FRS 12/13 inf. 2 p. 4, RJS 8-9/13 n° 638 et chronique X. Prétot p. 643). Pour les mêmes raisons, le fondement légal des **clauses de migration** imposant aux entreprises de changer d'assureur pour s'assurer auprès de l'organisme désigné par l'accord de branche était également censuré.

5. Très vite, le gouvernement a alors tenté une première fois dans la **loi de financement de la sécurité sociale pour 2014** de rédiger différemment l'article L 912-1 du CSS en organisant la possibilité pour un accord de branche de recommander un ou plusieurs organismes assureurs aux entreprises de la branche pour mettre en œuvre un mécanisme de garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité. Mais il entendait également instaurer l'application d'un taux de **forfait social** de 8% ou 12% plus élevé, en fonction du nombre de salariés employés par l'entreprise, pour les entreprises ne s'assurant pas auprès d'un des organismes recommandés. Le juge constitutionnel a censuré ces dernières dispositions car si le législateur pouvait selon lui, au regard d'un objectif d'intérêt général et dans une mesure limitée, assujettir les entreprises à des taux de forfait social différents, les écarts prévus matérialisaient une différence de traitement entraînant **une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques** (Cons. const. 19-12-2013 n° 2013-682 DC : RJS 3/14 n° 272).

6. C'est alors que le ministre des affaires sociales a confié une mission à Dominique Libault pour éviter de fragiliser la mutualisation des risques et les solidarités qui existent dans ce cadre en formulant des propositions concrètes d'évolution à même d'offrir un cadre stabilisé et solidaire pour la couverture complémentaire collective et obligatoire. Il recommandait notamment de permettre le recours à la co-désignation dans un cadre spécifique (Rapport sur la solidarité et la protection sociale complémentaire collective, Dominique Libault, septembre 2015).

7. Le gouvernement a ensuite tenté d'ouvrir la possibilité d'une **co-désignation** en matière de prévoyance de deux organismes par un accord de branche et **sans migration**. N'obligeant pas les branches professionnelles à conclure un tel accord, ces dispositions avaient un effet trop indirect sur les recettes du régime obligatoire de base ou des organismes concourant à leur financement et par suite elles n'avaient pas leur place dans une loi de financement de la sécurité sociale selon le juge constitutionnel (Cons. const. 22-12-2016 n° 2016-742 DC). Ce dernier censurait une nouvelle fois le dispositif, considérant cette fois qu'il s'agissait d'un « **cavalier** ».

8. Aucune autre tentative n'a été initiée, le gouvernement prenant même garde dans les ordonnances du 22 septembre 2017 qui réorganisaient les règles de hiérarchie entre les niveaux de négociation conventionnelle de ne pas modifier la référence aux stipulations conventionnelles visées à l'article L 912-1 du CSS pour affirmer la primauté des accords de branche sur les accords d'entreprise.

9. Aujourd'hui, une **analyse** des dix champs comprenant des **conventions collectives** couvrant le plus grand nombre de salariés (métallurgie, bureaux d'études techniques, transports routiers, commerce de gros et de détail à prédominance alimentaire, hôtels, cafés et restaurants, Bâtiment, établissements pour personnes inadaptées et handicapées, hospitalisation à but non lucratif, hospitalisation privée, restauration rapide), soit environ 7 millions de salariés et 40% des salariés du privé en France, fait

apparaître qu'il existe encore une clause de désignation dans un texte conventionnel en vigueur en matière de prévoyance et/ou frais de santé dans trois branches couvrant plus de 14% des salariés et des clauses de recommandation applicables dans le même domaine dans quatre branches couvrant 12% des salariés.

10. La situation demeure toujours celle d'un **tissu conventionnel qui continue à vivre** cette **situation de transition** issue de la décision du 13 juin 2013. Et si la réforme de 2017 a conforté la place des accords d'entreprise dans le cadre de la négociation collective, le rôle des accords de branche demeure essentiel pour apporter une valeur ajoutée dans des domaines où seule la mutualisation peut offrir une réponse satisfaisante. Reste à en explorer les possibilités.

...mais des possibilités existent encore d'affirmer pleinement une politique active de garanties collectives complémentaires de branche organisant une solidarité

A propos de la survie des contrats en cours à la date de la déclaration d'inconstitutionnalité

11. Le juge constitutionnel avait pris soin de préciser que la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L 912-1 du CSS n'était toutefois pas applicable aux « contrats pris sur ce fondement, en cours », « et liant les entreprises » (Cons. const. 13-6-2013 précité). Quels étaient ces « contrats en cours » ? Une **période d'interrogation** a ensuite été marquée par un appel à préciser par voie législative la question (La notion de « contrats en cours » en droit de la prévoyance : le chaos jurisprudentiel, RDSS 2014, p. 962, Francis Kessler) et par une nouvelle décision du Conseil constitutionnel refusant de se prononcer sur cette question, via une QPC posée lors d'un contentieux sur l'extension d'accords collectifs contenant une clause de désignation. Les sages de la rue Montpensier avaient renvoyé au fait que l'autorité de la chose jugée faisait obstacle à ce qu'ils puissent se prononcer sur la constitutionnalité de dispositions qu'ils avaient déjà censurées (Cons. const. 18-10-2013 n° 2013-349 QPC : RJS 12/13 n° 852). Mais in fine tant la Cour de cassation (Cass. soc. 11-2-2015 n° 14-13.538 FS-PB : RJS 4/15 n° 289 ; 1-6-2016 n° 15-12.276 FS-PBI : RJS 8-9/16 n° 599) que le Conseil d'Etat via des **recours en annulation d'arrêtés d'extension** d'accords et d'arrêtés antérieurs au 16 juin 2013, date de prise d'effet de la décision du juge constitutionnel (CE 30-12-2013 n° 357115 : RJS 3/14 n° 271) se sont prononcés pour considérer qu'il s'agissait des accords collectifs et non des contrats individuellement souscrits avec les organismes assureurs et les institutions de prévoyance. Le juge administratif a ensuite logiquement annulé des arrêtés d'extension postérieurs au 16 juin 2013 concernant des accords antérieurs au 16 juin 2013 (CE 15-12-2015 n° 372880 : RJS 3/16 n° 198).

12. Un **avis du Conseil d'Etat** avait d'ailleurs pris position très tôt en ce sens. Mais il indiquait également la durée pendant laquelle ce **maintien des effets** des clauses des contrats en cours pouvait être opposable. Faisant référence au commentaire de la décision aux Cahiers du Conseil constitutionnel, cet avis précise que la censure de l'article L 912-1 du CSS doit conduire à ce qu'aucune nouvelle convention ne soit passée sur le fondement de ces dispositions mais que « *les conventions déjà conclues continueront de produire leurs effets jusqu'à leur terme normal* » (Avis CE 26-9-2013 n° 387895). Et il ajoute que la nature même de la censure constitutionnelle prononcée et la référence au « terme normal » « *excluent l'hypothèse d'une poursuite de l'application de ces textes pendant une durée indéfinie* ». À défaut de texte conventionnel à durée déterminée, il lui semble approprié de **retenir la périodicité maximale de 5 ans** prévue antérieurement par la législation **pour réexaminer** des modalités d'organisation de la mutualisation des risques. Aucune décision n'est intervenue à ce jour à ce sujet mais nul doute que le réexamen périodique pose avec plus encore d'acuité depuis 2018, soit 5 ans après 2013, la **question de la portée des clauses encore existantes**.

De la possibilité d'organiser une mutualisation du financement et de la gestion de certaines prestations de santé et de prévoyance

13. La **Cour de cassation**, à la suite d'une question préjudicielle posée par le Conseil d'Etat saisi d'un litige sur la légalité de l'arrêté d'extension, a affirmé que la liberté contractuelle permet à un accord de branche d'organiser un système de mutualisation du financement et de la gestion de certaines prestations de santé et de prévoyance (Cass. soc. 9-10-2019 n° 18-13.314 FS-PB : RJS 12/19 n° 723).

Par la même décision, le juge a considéré qu'il était loisible aux partenaires sociaux de la branche d'instaurer un prélèvement de 2% sur les cotisations versées aux organismes assureurs recommandés ou, pour les entreprises qui n'y adhèrent pas, un prélèvement spécifique du même montant. Le but de ce prélèvement était de **financer les dépenses présentant un degré élevé de solidarité** légalement requises en matière de recommandation par un accord de branche (CSS art. L 912-1 et R 912-1). À la suite de cette prise de position claire du juge judiciaire, le juge administratif a validé les arrêtés d'extension qui étaient contestés (CE 16-12-2019 n° 396001 ; voir l'article E. Gerstner et V. Alazard, « Prévoyance : le Conseil d'État se prononce sur les clauses de recommandation et la mutualisation » : FRS 5/20 n° 8 p. 16). Ainsi, sont assurées la conciliation de la liberté contractuelle de choisir pour une entreprise son assureur et la nécessité de « *s'assurer du financement par tous des dispositifs de solidarité tels que des campagnes de prévention en matière de santé ou d'amélioration des conditions de travail* » (La liberté contractuelle au soutien de la solidarité, Droit social 2020, p. 186, Xavier Aumeran). La chambre sociale de la Cour de cassation va même au-delà d'une référence au fondement légal relatif aux clauses de recommandation et au degré élevé de solidarité pour indiquer qu' « *aucune disposition d'ordre public n'interdit à des organisations syndicales et patronales représentatives dans le champ de l'accord de prévoir, par accord collectif, un système de mutualisation du financement et de la gestion de certaines prestations de prévoyance sociale non obligatoires même en l'absence de dispositions légales en ce sens* ».

14. Il faut rappeler, qu'auparavant pour l'**administration**, la fixation des impositions de toutes natures était réservée par l'article 34 de la Constitution au législateur et que celle-ci considérait donc que les **contributions conventionnelles** ne pouvaient être légales que si elles matérialisaient des dispositions plus favorables que la loi et de même nature que les contributions légales et ne pouvaient financer des dispositifs ne s'inscrivant pas dans le cadre des dispositions d'ordre public (Quel rôle pour les branches et les entreprises en matière de financement du plan de formation ? Semaine Sociale Lamy, N° 1668, 16 mars 2015, Franck Morel). Le ministre du travail apportait aussi les précisions suivantes : « *Dans la mesure où des accords collectifs prévoient la création de ressources conventionnelles destinées à assurer le développement de la formation professionnelle, les stipulations de cet accord ne pourront être étendues et donc opposables aux employeurs du champ considéré que si elles sont conformes aux dispositions légales et réglementaires. Elles sont dans ce cas de même nature que celles relevant de l'obligation légale.* » (DGEFP, Questions réponses du 6 mai 2011, sur la mise en œuvre de la réforme des OPCA).

15. Le juge s'était en revanche déjà prononcé à ce sujet concernant la **légalité de la contribution de financement du dialogue social** instaurée par les accords dit accords « *UPA* » dans le cadre de l'accord du 12 décembre 2001 sur le développement du dialogue social dans l'artisanat. La Cour de cassation avait ainsi estimé que « *cet accord avait pour objet le renforcement du dialogue social, préalable obligé à l'aboutissement de la négociation collective* », « *laquelle implique une organisation des relations entre les acteurs et la nécessité de dégager des moyens permettant d'en assurer l'effectivité, la cour d'appel en a déduit que les signataires étaient en droit d'instituer une contribution destinée à financer, non pas une action d'intérêt général, mais des actions collectives dans le secteur de l'artisanat* » (Cass. soc. 4-12-2007 n° 06-43.749 FS-D : RJS 2/08 n° 206).

Un espace de mutualisation conventionnelle existe

16. Par-delà les contributions conventionnelles explicitement visées par la loi, l'espace de la mutualisation existe donc pour peu qu'il soit possible de la relier à un **objectif d'action collective** et de fonder à notre sens la nécessité d'un financement dédié de celle-ci. Cela suppose donc en matière de prévoyance soit de rattacher certaines des garanties lorsque c'est légalement possible à la définition des **garanties de protection sociale complémentaire** du Code de la sécurité sociale, soit même de les qualifier précisément de garanties sociales qui ne pourraient être mises en œuvre de manière efficace individuellement par les entreprises de la branche sans l'intervention d'un mécanisme de mutualisation.

17. La jurisprudence va au-delà d'une simple nécessité de suppléer l'absence de textes réglementaires mais, pour répondre à une question posée par un auteur, permet à notre sens de laisser une large **marge de manœuvre contractuelle** aux partenaires sociaux dans des **espaces laissés vacants par la loi** (La liberté contractuelle au soutien des clauses de recommandation, Jurisprudence sociale Lamy, n°489, 9 janvier 2020, Jean-Philippe Lhernould).

18. Surtout, cet espace spécifique ne peut prospérer utilement que s'il s'appuie sur le **triptyque** rappelé par certains auteurs, même en en soulignant parfois les limites, de liberté, d'égalité et de transparence (« Les accords collectifs instituant des garanties collectives : à propos des prestations financées et gérées de façon mutualisée », Revue de droit du travail 2020, p.319, Ylias Ferkane). La **liberté** permettait, dans un secteur d'activité comme le travail temporaire caractérisé par des contrats de courte durée et de faible nombre d'heures, de disposer d'un opérateur de gestion désigné par l'accord pour consolider les données et désigner les bénéficiaires. L'**égalité** vise bien à assurer l'universalité du dispositif en tenant compte des exclusions légalement possibles. La **transparence** surtout, encadre les conditions de choix du gestionnaire, via les instances paritaires de la branche (C. trav. art. R 912-3, 4°) pour les prestations présentant un degré élevé de solidarité.

19. Mais pour donner pleine portée à ces garanties, **encore faut-il que les dispositions de l'accord de branche puissent s'imposer**, ce qui renvoie en particulier à l'interprétation des dispositions de l'article L 2253-1 du Code du travail en vertu desquelles prévalent sur les dispositions d'un accord d'entreprise, sauf si ce dernier prévoit des garanties au moins équivalentes, celles d'une convention ou d'un accord de branche relatives aux garanties collectives de protection sociale complémentaire mentionnées à l'article L 912-1 du CSS. Certains auteurs déduisent que le champ est limité du fait de ce mécanisme de prise en compte de **garanties au moins équivalentes** et du fait que ce dernier article ne concerne que les accords collectifs organisant une recommandation d'organismes assureurs à condition que cet accord instaure des garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité (« Le verrouillage relatif des accords professionnels de prévoyance/santé », Semaine sociale Lamy, n°1799, 22 janvier 2018, Bruno Serizay). Mais, si effectivement le contenu de l'accord de branche s'impose aux accords d'entreprise lorsqu'est poursuivi un **objectif de solidarité** (Essai sur le concept de convention collective de sécurité sociale, Revue de droit du travail, p.308, Jacques Barthélémy) comme le rappelle judicieusement un fin connaisseur de ces questions, cette nécessité d'organiser la prédominance vient de l'obligation d'organiser une mutualisation et de verser pour toutes les entreprises les cotisations dans un fonds, à défaut de quoi les droits non contributifs ne seront pas financés (« Hiérarchie des sources en matière de protection sociale complémentaire », Droit social 2021, p. 1030, Jacques Barthélémy). On peut gager d'ailleurs comme l'auteur le précise que le champ plus restreint de l'autonomie de l'accord d'entreprise par rapport à celui de branche, dans le même esprit, peut reposer sur la nécessité d'organiser un système de protection sociale complémentaire au vu des thèmes, objectifs et caractéristiques des populations concernées, et de leurs conditions de travail. Les décisions de justice mentionnées précédemment ouvrent la voie en ce sens.

20. Aujourd'hui des **outils** existent donc pour que les partenaires sociaux d'une branche organisent sous leur contrôle et dans le cadre des orientations qu'ils édictent la mise en œuvre de garanties collectives en matière sociale et plus précisément en matière de protection sociale complémentaire. Ce ne sera pas une vaine possibilité s'ils le font dans un cadre de **pilotage politique** affirmé de ces règles, de volonté de les faire vivre de manière transparente, justifiée par les conditions de travail et le profil des salariés concernés, de pluralisme et de pragmatisme. Si tel est le cas, le feuilleton ouvert en 2013 connaîtra une issue gagnante pour tous.

- **Xavier COLONNA** est président du groupe Colonna, courtier-gestionnaire sur le marché de l'assurance collective de santé et de prévoyance des secteurs HCR, du tourisme et des secteurs à haute exigence, à forte spécificité sociale.
- **Franck MOREL** est avocat associé chez Flichy Grangé Avocats, et ancien conseiller social du Premier ministre.