



ÉTUDES

308

I Essai sur le concept de convention collective de sécurité sociale

Jacques Barthélémy

Avocat honoraire, ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier, Fondateur en 1965 du cabinet éponyme

En hommage, lointain mais très respectueux, à Paul Durand¹

Il y aurait tout à gagner à reconnaître, en droit français, la convention collective, ou l'accord collectif, de sécurité sociale. Cette reconnaissance permettrait, en particulier, de revoir le sort réservé aux clauses de désignation, en matière de prévoyance sociale complémentaire. L'article qui suit constitue un vigoureux plaidoyer en faveur de cette reconnaissance. Il expose aussi comment concevoir la formation, l'efficacité et le régime d'une convention collective de sécurité sociale.

Considérations préliminaires

Seuls les (rares) initiés du droit de la protection sociale complémentaire ont eu connaissance de la décision du 3 juillet 2018 (publiée le 26 novembre) du Comité européen des droits sociaux (CEDS) et (surtout) en ont appréhendé l'importance. Elle a été initiée par la confédération Force ouvrière dont l'action était destinée à critiquer le droit positif français prohibant, par la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013 interdisant ensuite dans le Code de la sécurité sociale (art. L. 912-1 nouveau), les « clauses de désignation » obligeant les entreprises d'une branche à relever, pour la mise en œuvre de garanties collectives de prévoyance, d'un (ou de quelques) opérateur d'assurance retenu par les signataires de la convention collective ou d'un accord collectif thématique².

Les spécialistes du droit du travail ont tort (nombreux sont ceux qui réagissent ainsi) de considérer que cela est hors du champ de leur discipline. D'une part, c'est de droit des conventions collectives qu'il s'agit,

d'autant que les « garanties sociales » en sont objet aux côtés des conditions de travail; et le droit des travailleurs à la négociation collective de leurs conditions de travail par leurs délégués, droit constitutionnel, est impacté³. D'autre part, les accords collectifs de branche traitant de la prévoyance collective ressortent du principe de suppléativité lorsqu'ils se contentent de fixer la nature et le niveau des prestations mais s'imposent à toutes les entreprises lorsqu'est poursuivi un objectif de solidarité. Ceci ressort expressément du contenu de l'article L. 2253-1 nouveau du Code du travail mais plus fondamentalement peut être tiré de la distinction entre simple système de prévoyance et régime de protection sociale, distinction fondée sur la solidarité⁴.

Le problème ainsi posé est d'un intérêt considérable, en doctrine comme sur le terrain de la pratique. Est dommageable à la réflexion scientifique fondée sur la culture de la raison que le débat soit pollué par les « marchands du temple ». Il est logique que les assureurs s'intéressent à la question de la validité des clauses de

(1) ... et à son superbe article dans *Droit social* en 1960 intitulé « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale ».

(2) J. Barthélémy, « Clauses de désignation et droit de la concurrence », *Dr. soc.* 2011. 853.

(3) Au demeurant, c'est notamment en raison de l'atteinte au droit (fondamental) à la négociation collective, tel qu'il résulte de la Charte sociale européenne, que le Comité européen des droits sociaux a adopté une position diamétralement opposée de celle du Conseil constitutionnel français. Et pour la Cour de cassation, l'article 6 de la Charte européenne des droits sociaux est d'application directe.

(4) J. Barthélémy, « Solidarité et protection sociale complémentaire », *RJS* 2015. 571.

désignation car cela a un impact sur la commercialisation de leurs produits. Pour autant, ce n'est pas leur intérêt qui est ici primordial, mais celui des « travailleurs intéressés » pour reprendre l'expression de l'article 18 de l'ordonnance de 1945 sur la sécurité sociale, codifié ensuite en L. 4 (ayant permis d'identifier les institutions de prévoyance), puis en L. 731-1 du Code de la sécurité sociale (aujourd'hui abrogé). Qu'en conséquence, puissent se développer, pour contester la validité des clauses de désignation, des arguments tirés de la libre concurrence, de la liberté contractuelle et de celle d'entreprendre est une chose; mais cela ne doit pas occulter que la protection sociale complémentaire est au service (au bénéfice) des travailleurs titulaires d'un contrat de travail mais aussi, du fait de son objet, de ceux qui, comme les retraités ou les invalides, ne sont plus liés avec une entreprise par un tel contrat ainsi que de ceux qui, apprentis par exemple, ne le sont pas encore. D'où du reste l'expression « travailleurs intéressés ».

L'importance – aux plans théorique et pratique – de cette décision du CEDS est telle qu'elle invite à l'introduction, dans le livre IX du Code de la sécurité sociale, d'un chapitre consacré au concept de « convention collective de sécurité sociale ». Peu avant son décès dans le tremblement de terre d'Agadir en 1960, l'éminent Paul Durand avait écrit, dans la revue *Droit social* qu'il a dirigée avant Jean-Jacques Dupeyroux, un article dont le titre est éloquent: « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale »⁵. Sa réflexion fondamentale prenait appui sur l'arrêt du Conseil d'État annulant l'arrêt d'extension de la convention collective nationale du 14 mars 1947 ayant donné naissance au régime de retraite des cadres (AGIRC). Cette annulation – inspirée notamment de ce que, malgré son titre, cet accord n'était pas une convention collective dont le champ était alors limité à une branche, mais un accord national interprofessionnel qui ne sera reconnu par le droit positif qu'en 1971. C'était néanmoins l'occasion, pour le professeur Durand, de mettre en évidence la spécificité d'un accord collectif ayant comme objet la protection sociale complémentaire pour en déduire une inévitable identité juridique propre.

Afin qu'aucun contresens ne soit commis sur la volonté, exprimée ici, de concrétiser la convention collective de sécurité sociale dans le droit positif, il y a lieu de préciser que – on sait cela depuis Pierre Laroque – la différence entre l'assurance collective et la sécurité sociale tient à ce que celle-ci s'assigne comme objet la solidarité et pas seulement la réparation matérielle d'un préjudice lié aux aléas de la vie humaine. Dans ces conditions, la sécurité sociale peut s'exprimer au-delà de son organisation par la loi, spécialement par le biais du tissu conventionnel, d'autant que la convention collective a une nature duale, de contrat certes, mais aussi,

en raison de son caractère normatif, de « loi professionnelle ». Dès lors, promouvoir la sécurité sociale de nature conventionnelle ne saurait être interprété comme destiné à transférer celle légale sur le « droit privé » mais seulement à la compléter... ce qui, du reste, oblige à une investigation particulière: complémentaire de quoi? Complémentaire ou supplémentaire? Comment les différencier? Questions d'autant plus intéressantes qu'elles ont un impact sur le droit communautaire, inspiré, à partir du règlement (CEE) n° 1408-71 (modifié), d'un objectif de libre circulation des travailleurs à sur le fondement d'une autre notion, celle de substitution.

Procéder à une recherche en vue de donner du sens à la notion de convention collective de sécurité sociale (II) suppose, par souci d'efficacité (d'effectivité?), de cerner au préalable le concept de protection sociale complémentaire (I), d'autant qu'il concerne des « garanties sociales » ayant des natures fort différentes. En conclusion, il y aura lieu de suggérer que les partenaires sociaux au plan interprofessionnel se mobilisent pour que soit intégrée, dans le livre IX du Code de la sécurité sociale, la convention collective de sécurité sociale; notamment afin de dépasser, grâce au recours à la solidarité, le droit positif inspiré de la sanction brutale par le Conseil constitutionnel des clauses de désignation. Un projet de texte – destiné à concrétiser un chapitre du Code de la sécurité sociale au travers d'une proposition de loi – a été entièrement rédigé par l'auteur de la présente étude, projet affiné grâce aux discussions avec les organisations syndicales de salariés représentatives au plan interprofessionnel qui y ont toutes souscrit, mais aussi avec certains groupements patronaux. Il n'est pas inutile de souligner que, dans le rapport que lui avait commandé madame Touraine, alors ministre en charge de la sécurité sociale et, à la suite de la position du Conseil constitutionnel, Dominique Libault, ancien directeur de la sécurité sociale, actuel directeur de l'École nationale supérieure de la sécurité sociale (EN3S) et président du Haut Conseil du financement de la protection sociale, avait lancé l'idée de légaliser un tel concept, notamment au vu des communications, sur ce sujet, de l'auteur du présent article.

I. - La notion de protection sociale complémentaire

Il est toujours important de bien identifier les concepts et les notions. Des interprétations différentes peuvent naître de développements conduisant à des solutions sans fondement juridique. En matière de protection sociale, cette remarque prend une grande importance dès lors qu'on utilise, dans le langage commun, des mots pour des significations erronées. Ainsi du mot

(5) P. Durand, article préc. de 1960 dans *Droit social*. Idée reprise par la suite par J.-J. Dupeyroux dans son mythique article « Les exigences de la solidarité », publié également dans *Dr. soc.* 1990. 741.

« mutuelle », perçu habituellement comme identifiant le contrat d'assurance couvrant le risque santé alors qu'il s'agit d'un type d'opérateur d'assurance, concurrent des compagnies d'assurance et des institutions de prévoyance. Cet exemple illustre l'importance de bien distinguer *système* d'assurance collective et *régime* de protection sociale complémentaire (1). Surtout, l'identité de la « PSC » est mieux cernée si on la confronte aux droits fondamentaux (2).

A. - Système ou régime

Le mot « régime » est utilisé à tort et à travers alors qu'il a un sens bien précis, parfaitement mis en évidence si on l'oppose à « système ». Les deux notions s'inscrivent dans les « garanties sociales » qu'il convient d'autant plus d'identifier qu'elles sont, comme les conditions de travail, de rémunération et d'emploi, objets de négociation collective⁶. On peut les cerner par opposition aux conditions de travail par le fait que l'avantage créé au profit du travailleur n'est pas une prestation due directement par l'employeur mais est versée par un tiers par prélèvement, sous une forme ou une autre, sur un fonds alimenté par des contributions versées par l'employeur, accessoirement (et en partie alors) par le travailleur lui-même. Même si une telle approche est imparfaite, on peut en tirer comme conséquence que le champ des garanties sociales est plus vaste que ce que recouvre l'expression « prévoyance collective ». Elle englobe potentiellement l'assurance-chômage, l'assurance formation, etc., et pas seulement la retraite et la prévoyance. Cela apparaît du reste dans le droit positif au travers de la liste des domaines concernés résultant de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale, d'autant plus qu'y figure l'adverbe « notamment » attestant que la liste n'est qu'énumérative. Pour autant, centrer la notion de garantie sociale sur la définition de l'assurance peut conduire à un contresens. Exemple: les indemnités journalières dues en complément de celles visées par les organismes de sécurité sociale le sont directement par l'employeur... mais cela n'exclut pas que l'employeur s'assure. Certes, en pareil cas, le contrat d'assurance est en théorie de responsabilité civile mais, notamment pour éviter la taxe sur les opérations d'assurance, on souscrit plus volontiers un contrat d'assurance collective des personnes... susceptible de dénaturer cet avantage en le présentant alors comme une garantie sociale, avec comme seule réserve que la cotisation est entièrement de la responsabilité de l'employeur⁷.

1. - Rôle de la solidarité: du système au régime

Les concepteurs de garanties sociales – spécialement des partenaires sociaux parties à un accord collectif de

prévoyance – peuvent limiter leur ambition à seulement fixer la nature et le niveau des prestations, accessoirement la clef de répartition de la cotisation... pas son montant car celui-ci peut évoluer en fonction de la réalité du risque propre à chaque entreprise. En d'autres termes, serait, dans ce cas de figure, une atteinte à la liberté contractuelle (de l'entreprise), donc à celle d'entreprendre, le fait de fixer, spécialement dans un accord de branche, le montant de la cotisation car l'avantage est le fait d'être assuré plutôt que la prestation qui en découle. Le montant de la prime d'assurance évalue le montant de cet avantage car elle est fixée par application de la technique actuarielle, elle-même prenant en compte la réalité du risque. Bref, on est alors en présence d'un élément de rémunération, ce qui conditionne le sort fiscal et social de la prime, ainsi que celui des prestations. On est alors en présence d'un système de prévoyance.

Mais les concepteurs de la garantie sociale peuvent avoir, en plus, l'ambition de poursuivre un objectif de solidarité concrétisé par une politique de prévention, une action sociale, la déconnexion de la prime de la réalité du risque propre à telle entreprise... lorsque ce qui est mis en place l'est au niveau d'une branche, par la convention collective en particulier. Ce n'est qu'une faculté certes, mais on ne peut interdire la poursuite d'un tel objectif dès lors que (v. 2 ci-après) la solidarité est un droit fondamental, mais aussi qu'elle favorise l'épanouissement des droits de l'homme. C'est dans ce cas-là seulement qu'on peut utiliser le mot « régime ». La solidarité, pour être efficace, suppose la mutualisation de contributions (qui deviennent alors des cotisations et ne sont pas des primes) à l'intérieur d'un « pot commun »⁸, sur lequel le « travailleur intéressé » a un « droit de tirage social » (expression d'Alain Supiot). Les droits directement contributifs sont dès lors organisés dans un ensemble indivisible avec les droits non contributifs dont certains s'adressent directement à la collectivité elle-même (et non pas individuellement à chaque assuré) et prennent de ce fait la qualification d'investissement, par exemple pour favoriser l'amélioration des ratios de fréquence et de gravité des sinistres, donc la santé des travailleurs (qui peut être un ratio économique).

La solidarité ainsi mise en œuvre contribue à donner de la consistance juridique à la collectivité de travail et c'est cela qui permet d'écarter le principe de suppléativité hérité du nouveau droit du travail (ordonnances du 17 septembre 2017), donc d'interdire à l'accord d'entreprise de privilégier une solution différente de celle de l'accord de branche. Et c'est ce qui rend cohérent de recourir alors à l'expression « régime », de surcroît de protection sociale car l'expression « assurance collective » est alors réductrice. En effet, on ne se contente pas

(6) Remarque: le fait que l'art. L. 2221-1, C. trav., indique « ainsi que les garanties sociales » exprime peut-être le fait que, en raison de la nécessaire mutualisation des contributions pour que les droits des travailleurs soient effectifs à partir d'un droit de tirage, la nature de l'avantage est différente des « conditions de travail » qui résultent d'une implication directe de l'employeur.

(7) C'est l'exemple des retraites chapeaux: CSS, art. L. 137-11 et L. 137-11-1; Civ. 2^e, 12 juill. 2018, n° 17-22.520, RJS 11/2018, n° 700.

(8) Expression de J.-J. Dupeyroux, « Les exigences de la solidarité », Dr. soc. 1990. 741.

de réparer un préjudice lié à un aléa de la vie humaine; on s'assigne comme objectif la protection – et même la promotion – de la santé (droit fondamental), ce qui a pour effet que n'est pas abusive la référence au concept de sécurité sociale.

Qu'on se contente de mettre en place un système de prévoyance ou qu'on entende promouvoir un régime de protection sociale complémentaire, le recours à un assureur s'impose parce que l'autoassurance est interdite (depuis la loi Évin du 31 décembre 1989); cette solution est concevable dans la mesure où il faut constituer les capitaux de couverture des rentes à servir, ceci dans la perspective de sécuriser les droits des « travailleurs intéressés », y compris au-delà de la date de rupture des relations contractuelles avec l'employeur. Mais le rôle de cet opérateur n'est pas le même dans les deux cas.

Si est mis en place (seulement, est-on tenté de dire) un système de prévoyance, la responsabilité de l'employeur s'arrête au versement des primes dans un contrat qui toutefois aura à être en conformité avec les exigences de l'acte fondateur des garanties. S'établit en quelque sorte une relation tripartite dans laquelle l'assureur a une relation directe avec l'assuré, peu important que celui-ci soit un salarié de l'entreprise ayant souscrit le contrat. Cela n'exclut pas la mise en cause de la responsabilité de l'employeur s'agissant du droit aux prestations, particulièrement lorsque le contrat d'assurance n'est pas en harmonie avec l'acte ayant créé les garanties.

Si régime (fondé sur, en plus, un objectif de solidarité) il y a, la mutualisation des cotisations de toutes les entreprises dans un pot commun sur lequel le travailleur a un droit de tirage a pour effet que l'opérateur d'assurance, quel qu'il soit, est au service de la collectivité des entreprises (adhérentes) et des travailleurs intéressés (participants). Cette collectivité, l'article 18 de l'ordonnance de 1945 lui avait donné une réelle consistance juridique – et même potentiellement la personnalité morale – au travers du concept d'institution. Celle-ci, identifiée par l'appellation « institution L4 » (tirée du numéro de l'article du premier Code de la sécurité sociale donné au contenu de cet article 18), n'était que l'expression de l'autogestion paritaire et n'était donc pas, comme aujourd'hui (v. ci-après) un opérateur d'assurance. Même si l'institution a perdu sa nature originelle depuis les lois du 31 décembre 1989 et surtout du 8 août 1994, la notion de régime continue à induire que la collectivité des adhérents et participants a une réelle consistance juridique, l'assureur – quel qu'il soit – étant au service de cette collectivité pour gérer le régime sur la base du contenu de l'acte conventionnel qui l'a créé. Et ceci ne peut que positionner autrement, non seulement la concurrence entre les différentes familles d'assureurs, mais encore la déclinaison, dans le choix de l'organisme, de la liberté contractuelle et de celle d'entreprendre; en effet, on quitte alors l'assurance

collective des personnes pour entrer dans la « sécurité sociale de nature conventionnelle ».

Dès lors:

- La nature et l'identité de l'avantage matérialisé par l'existence d'une garantie sociale ne sont pas les mêmes suivant qu'on est en présence d'un système ou d'un régime.
- Le sort fiscal et social des primes ou cotisations d'un côté, des prestations de l'autre est forcément influencé par cette différence mais aussi par le caractère collectif et obligatoire (ou pas) du dispositif qui peut prendre plusieurs visages. Cette dernière remarque est d'autant plus importante que, au vu de l'arsenal du droit de l'assurance, légal et réglementaire, les stratégies déployées pour optimiser les situations résultent souvent d'une dérive technocratique appuyée sur le fait qu'on prend la règle au premier degré et non pour sa signification, sa finalité, en l'occurrence mettre en œuvre le principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques.

2. - Confrontation de la protection sociale complémentaire avec les droits fondamentaux

La protection sociale complémentaire mise en place dans une branche ou une entreprise résulte très largement, en déclinant le concept de garanties sociales (objet de négociation collective selon le Code du travail), d'initiatives de droit privé. C'est manifestement le cas pour ce qui concerne la « prévoyance collective »; c'est largement vrai aussi pour la retraite complémentaire malgré son caractère légalement obligatoire, ceci du fait de l'autonomie totale des partenaires sociaux qui les oblige (v. la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation à cet effet, arrêt du 23 novembre 1999) à adopter, par la voie de la révision des actes fondateurs du régime, les mesures, dont ils sont seuls juges, visant à équilibrer la masse des cotisations avec celle des prestations. C'est moins vrai pour l'assurance-chômage dès lors que l'État y joue un rôle prééminent et que celui-ci y intervient financièrement; d'où, du reste, le régime d'agrément des accords interprofessionnels en traitement. Peu important que les règles d'extension et d'élargissement des accords de prévoyance (CSS, art. L. 911-3 et L. 911-4) soient spécifiques, elles s'inscrivent néanmoins dans le droit du travail. Même si doit être formalisée l'existence d'une commission spécifique – la COMAREP –, cela n'écarte pas l'obligation de consulter la Commission nationale de la négociation collective et c'est bien le ministre du travail qui étend, voire élargit, ces accords⁹.

La nature contractuelle prééminente de tout accord collectif de branche (même si, en raison de son caractère normatif, il a aussi une nature de loi professionnelle) fait que si son objet est lié aux garanties sociales, l'autonomie des partenaires sociaux est grande. Il est alors d'autant plus essentiel que ceux-ci s'intéressent

(9) J. Barthélémy, « Réflexion prospective sur l'extension des accords de protection sociale », Dr. soc. 2010, 182.

aux droits fondamentaux, d'essence constitutionnelle ou autres, susceptibles d'altérer la créativité que leur manifestation n'est pas totalement intégrée dans le droit légal (ici essentiellement en l'occurrence le livre IX du Code de la sécurité sociale). Mais aussi en raison de l'impact fort des droits supranationaux, tant de l'Union européenne (traité et charte des droits fondamentaux spécialement) que de l'Europe (convention européenne et charte sociale européenne). D'où l'intérêt majeur d'analyser le caractère contraignant de ces textes au-delà de ce que recouvre, en droit interne, le concept d'ordre public. L'exercice est périlleux car la maîtrise de ce droit exige une spécialisation des juristes, mais aussi parce que les Français n'en sont pas familiers, allant même jusqu'à les rejeter au motif de l'atteinte à la souveraineté nationale. Lorsque, pour justifier sa décision du 13 juin 2013, le Conseil constitutionnel (certains de ses membres et son directeur de l'époque, Marc Guillaume, excellent juriste) avance que sa mission consiste à seulement appliquer la loi française, il relève, inconsciemment ou pas, de la même démarche. Cela apparaît au demeurant de manière explicite dans la décision, publiée le 26 novembre 2018, du Comité européen des droits sociaux concernant les clauses de désignation.

Au vu de ce qui précède doivent être distingués identité des droits fondamentaux (a) et moyens de les concilier lorsqu'ils ont des effets contradictoires (b). Le lecteur serait bien inspiré de lire la pertinente thèse d'Isabelle Cornu sur l'ordre public en matière sociale.

a. - Les domaines concernés

On doit distinguer, par souci de clarté, ce qui est consacré par le droit interne, spécialement les droits constitutionnels – tirés directement de la Constitution ou qui lui sont annexés (exemple le préambule de la Constitution de 1946) – et ceux qu'on peut (se référer à Sénèque) qualifier de droits naturels parce que puisés dans l'essence même de l'humanité. Eu égard à l'objet de cette communication, on ne s'étendra pas sur des développements thématiques; mais il est indispensable de procéder à une énumération des thèmes (*) et on doit parallèlement souligner les domaines (thématiques plutôt) dont le caractère impératif résulte de textes supranationaux (Union européenne – Europe – international) (**).

* Parmi les premières sources d'impérativité, il est, concernant l'objet de la présente étude, important de souligner ce qui se rapporte aux droits fondamentaux de l'homme d'un côté et ce qui a trait aux droits collectifs d'un autre côté, spécialement ceux à la négociation collective... que l'on retrouvera, ci-après, dans ce qui a trait aux textes supranationaux. On cite seulement de ce fait, parce qu'on va y revenir, l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946. Il s'agit du droit des travailleurs (pas seulement salariés de ce fait) à la négociation collective de leurs conditions de travail par l'intermédiaire de leurs délégués. Ce droit ne peut être écarté, voire

méconnu, par des exigences liées à l'efficacité économique et même liées à l'emploi. Mais on y reviendra. Il faut alors concilier des droits fondamentaux de même valeur en ayant recours au principe de proportionnalité. Ceci étant, du fait de la formulation de cet alinéa 8, doivent être éliminés les obstacles à l'expression de dialogue social, quel que puisse être l'intérêt de tel ou tel dispositif qui l'entraverait. En matière de protection sociale complémentaire, on songera aussitôt aux droits (d'essence commerciale) des différents opérateurs du marché de l'assurance.

S'agissant des droits de l'homme, il faut évidemment se référer à ceux à la santé, à la sécurité du travailleur... dont a, du reste, été extraite la règle jurisprudentielle d'obligation générale de sécurité de résultats incombant à l'employeur; on serait tenté de dire du donneur d'ordres car cette règle peut parfaitement être mise en œuvre dans les rapports d'une entreprise avec des travailleurs non salariés se trouvant en situation de dépendance économique.

Mais il faut ajouter à cette liste ce qui se rapporte à la dignité de la personne. Celle-ci se décline notamment par le droit à des revenus décents tirés de l'activité professionnelle. Le maintien total ou partiel des salaires en cas d'incapacité temporaire ou totale de travail conséquence d'un aléa de la vie humaine est un moyen de concrétiser un tel droit. Vu sous cet angle, les indemnités journalières et rentes objet de contrats d'assurance collective des personnes prennent une tout autre dimension que la simple qualification de produit d'assurance. Et ici aussi se justifie la poursuite d'un objectif de solidarité qui, par la politique de prévention, traite beaucoup mieux ces « prestations » dans la perspective des droits fondamentaux. Une chose est en effet de réparer, par des produits d'assurance, un préjudice; une autre chose est de mettre en œuvre des stratégies pour que les ratios de fréquence et de gravité s'améliorent et pour prévenir les sinistres.

** Les textes essentiels de l'Union européenne doivent être appelés à la rescousse pour éliminer les entraves aux droits fondamentaux du travailleur... ce qui induit du reste que, en matière de protection sociale, on ne le réduise pas à un assuré, à un consommateur. Sont concernés le Traité de l'Union européenne proprement dit, mais aussi (surtout ici) la Charte des droits sociaux, d'autant que, depuis le Sommet de Lisbonne, elle a valeur de traité. S'agissant de cette dernière, il faut plus précisément invoquer son titre IV consacré à la solidarité et composé d'une douzaine d'articles sur lesquels s'est appuyée la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) pour justifier la validité des clauses de désignation... lorsqu'est poursuivi un objectif de solidarité, lequel induit une mission d'intérêt général. Le droit à la négociation collective est également consacré par ces textes qui sont d'application directe, ce que tant le Conseil d'État que la Cour de cassation ont eu l'occasion de préciser à de multiples reprises.

De même, la Charte sociale européenne, complémentaire de la Convention européenne des droits de l'homme, protège le droit à la négociation collective par des articles 6, dont la Cour de cassation a affirmé qu'ils étaient d'application directe... donc ne peuvent être méconnus en droit interne. De même, la solidarité conçue comme un droit fondamental. Ces deux impératifs ressortant de la récente décision du Comité européen des droits sociaux du 3 juillet 2018 publiée le 26 novembre 2018.

Tout ceci contribue à rendre perplexe à l'égard de l'affirmation péremptoire du Conseil constitutionnel français d'une interdiction absolue des clauses de désignation, de surcroît au motif d'une atteinte illégitime à la liberté contractuelle (de qui? De l'employeur ou de l'assureur?) et à la liberté d'entreprendre, construction jurisprudentielle tirée de la liberté contractuelle, elle-même expressément prévue par la Constitution. Mais il est vrai que ce dont les Sages avaient à traiter, c'était de la validité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale qui ne s'appuyait que sur la mutualisation, laquelle n'est pas une fin en soi mais seulement un moyen. Un moyen pouvant être au service de la solidarité, auquel cas le panorama change en raison du caractère de droit fondamental de celle-ci.

b. - *Limites proportionnelles (proportionnées)*

Que les dispositifs d'un accord collectif (notamment de branche) créant un régime de protection sociale fondé sur la solidarité portent atteinte, par la mutualisation des cotisations de toutes les entreprises dans un fonds, à des droits fondamentaux, spécialement à la libre concurrence, à la liberté contractuelle et à celle d'entreprendre, cela ne fait aucun doute; mais c'est au nom de principes, spécialement la solidarité et le droit à la négociation collective, qui sont aussi des droits fondamentaux, ne pouvant donc être écartés sans ménagement.

En pareil cas, il faut en effet s'appuyer sur un principe, celui de la proportionnalité qui confère à l'effectivité de ces droits un but légitime. Il en résulte des obligations strictes devant se concrétiser par des règles sophistiquées, de sorte que ces droits fondamentaux apparemment contradictoires puissent se concilier; ici et s'agissant des critiques à l'égard des clauses de désignation, celles émanant pour l'essentiel de l'industrie de l'assurance (au sens large ici, c'est-à-dire regroupant les mutuelles, les institutions de prévoyance et pas seulement les compagnies qui peuvent être à but lucratif ou pas). Si on aborde le problème ainsi, il faut immédiatement souligner que la protection sociale complémentaire est faite au bénéfice des travailleurs... et pas des assureurs.

L'architecture juridique concrétisant la mise sur orbite d'un régime est, dès lors, essentielle. Puisque la source de droit créant les garanties sociales est une convention collective, c'est-à-dire un acte ayant une nature duale de contrat et de loi professionnelle, il convient de structurer, d'une part, son contenu pour

que soient bien identifiés les éléments donnant du sens à la solidarité, d'autre part, les règles de conduite de la négociation et de gestion du régime. À cet égard, sont essentielles les règles destinées à l'optimisation de la qualité de la négociation; elles sont non seulement substantielles car en dépend que l'accord fasse réellement la loi des parties, mais encore évolutives dans le temps pour tenir compte des mutations du contexte. D'où l'importance de la commission paritaire à laquelle il faut conférer des attributions qui en fassent le « conseil d'administration » de la collectivité de travail (composé des adhérents et des participants), sans pour autant donner à cette collectivité la personnalité morale (ce qui peut toutefois naître de la création d'une institution de prévoyance dédiée). On doit mettre en œuvre les moyens d'expression qui fassent que cette collectivité ait des intérêts propres distincts de la somme des intérêts individuels de ses membres (intérêts consacrés par la politique de prévention, l'action sociale, la cotisation uniformisée...) et un organe de gestion paritaire pour les représenter (la commission paritaire). Dans cette perspective, il faut éviter une confusion: l'institution de prévoyance ainsi définie n'est pas un organisme d'assurance; elle donne de la consistance juridique à la collectivité de travail; celle-ci, par l'intermédiaire de ses délégués constituant une commission paritaire, doit assister l'assureur auquel elle fait appel pour gérer le régime... dès lors que l'autoassurance est prohibée. Mais il faut alors en revenir à la conception historique de l'institution, celle que consacrait l'article 18 de l'ordonnance de 1945, codifié ensuite en L4, d'où l'expression, habituelle avant la loi Évin, d'« institution L4 ».

Et c'est pour la réalisation de cet objectif d'intérêt général qu'il faut se référer (utiliser serait plus exact) aux textes fondamentaux européens, spécialement la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, son titre IV notamment, et la Charte sociale européenne (ses articles 6 et 6.1 notamment).

II. - Vers une convention collective de sécurité sociale

L'objet d'un accord collectif relatif à la protection sociale n'écarte pas, en soi, que celui-ci soit une convention collective de travail, d'autant que les garanties sociales sont visées à l'article L. 2222-1 du Code du travail. Mais aussi du fait que ce qui se rapporte à la prévoyance n'a aucune raison sérieuse d'échapper à ce qui se rapporte à la négociation collective. Cette dernière remarque vaut tant pour la qualité des acteurs que pour les règles de conduite de la négociation, la mise en œuvre du dialogue social.

Par contre, si on se fixe comme objet non seulement la nature et le niveau des prestations, mais en plus la poursuite d'un objectif de solidarité, on doit soutenir la thèse d'un « accord collectif de sécurité sociale » car

cet objet induit des exigences particulières (B). Au-delà de la reconnaissance d'une identité propre à cet accord, devient indispensable d'en dérouler l'ingénierie (C). Est cependant indispensable de se prononcer en premier sur la notion de garantie sociale (A).

A. - Les garanties sociales

Si le Code du travail prend soin, en délimitant l'objet des conventions collectives (de travail), de distinguer les conditions de travail et les garanties sociales, ce n'est pas un hasard, d'autant que si ne sont fixés que la nature et le niveau des prestations (en matière de prévoyance), l'avantage est évidemment dû par l'employeur, peu important l'obligation d'assurance. Quelle différence, par exemple, entre le maintien direct du salaire en cas de maladie et les indemnités journalières versées par un assureur ? Ce qui justifie la distinction, c'est donc la mutualisation des primes ou cotisations dans un contrat d'assurance ou un « pot commun » induisant que la responsabilité de verser les prestations n'incombe pas (pas seulement) à l'employeur et d'abord à un assureur (quel que soit son statut, son identité). Ceci conduit à dissocier l'intervention de l'assureur pour simplement gager les obligations directes de l'employeur et celle concrétisée par le fait que l'avantage du salarié vient du fait d'être assuré. Dans le premier cas, le contrat est en principe de pure responsabilité civile mais, on l'a vu, il est néanmoins souvent concrétisé par un contrat d'assurance collective qui modifie potentiellement la nature de l'avantage.

Dans l'un et l'autre cas, l'avantage relève du droit du travail, d'autant que, dans le second, la défaillance de l'assureur entraîne la mise directe en responsabilité de l'employeur. Dès lors et compte tenu du nouveau visage du droit du travail, prévaut le principe de supplétivité, dont il résulte que la norme instaurée par la convention de branche ne s'applique qu'à défaut d'un dispositif mis en place au niveau de l'entreprise par accord collectif. Si l'accord se contente de fixer la nature et le niveau des prestations, toute clause de la convention de branche destinée à privilégier celle-ci est inopérante car l'accord entre dans le champ de l'article L. 2253-1 (et L. 2253-2 du reste). Ce n'est que lorsqu'est poursuivi, en plus, un objectif de solidarité (v. CSS, art. L. 912-1) que la dérogation à un accord de branche est (éventuellement) interdite à l'accord d'entreprise.

Ceci étant, une difficulté apparaît liée à la source de droit créatrice des garanties collectives. En matière de prévoyance, le recours possible au référendum remonte à l'origine de la sécurité sociale (article 18 de l'ordonnance de 1945 et décret de 1961 y afférent). La Cour de cassation a eu l'occasion de qualifier cet acte référendaire de contrat ou d'accord entre l'employeur et la collectivité de travail, sous l'autorité du très grand Jean Laroque. C'est que, du fait de l'article L4 du premier Code de la sécurité sociale (initialement article 18 de l'ordonnance de 1945), était ainsi créée une institution n'ayant pas

nécessairement la personnalité morale mais conférant en tout cas de la consistance à la collectivité de travail. C'est du reste sans doute pour cela que plus récemment, la chambre sociale a conclu que la majorité requise pour que soit créée la garantie par référendum ne pouvait qu'être celle des effectifs et non pas seulement des votants. Oui mais, sous certaines conditions et pour les entreprises à effectifs modérés, le référendum vient d'être légalisé comme source créatrice de conditions de travail, de rémunération, d'emploi. Celui-ci n'est pas identique à celui du droit de la sécurité sociale. On peut alors estimer que, pour écarter la norme conventionnelle de branche lorsque l'objet est relatif aux garanties sociales, c'est le référendum prévu à l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale qui est seul compétent.

Ce qui précède est d'autant plus important que, dans les TPE/PME, c'est souvent un intermédiaire d'assurance qui met en place les garanties à partir d'un contrat d'assurance. Il a tendance à considérer que l'acte fondateur des garanties, c'est le contrat d'assurance et donc comme du formalisme l'acte relatif aux rapports entre l'employeur et la collectivité de travail. Au demeurant et de ce fait, il est très généralement fait appel à la décision unilatérale de l'employeur qui, elle, ne peut pas écarter la norme conventionnelle de branche. Au demeurant et même si le décret devant définir les modalités de déclinaison de la hiérarchie entre ces trois normes n'a jamais été publié, la fonction protection de la loi du travail permet de soutenir que prévaut l'accord collectif, à défaut le référendum, à défaut la « DUE ». Donc que là où l'accord collectif peut prospérer, choisir délibérément la DUE matérialise une faute de l'employeur.

B. - Création d'un régime... de sécurité sociale

1. Poursuivre un objectif de solidarité (ce qu'on ne peut donc interdire) induit qu'on entre dans la sécurité sociale, même si celle-ci n'est alors, en raison tant du champ couvert que de la source créant les garanties, que professionnelle et ciblée (alors que s'agissant de la retraite complémentaire obligatoire, elle est interprofessionnelle et générale).

On crée alors un régime de protection sociale (et pas seulement un système de prévoyance), d'autant que la mise en œuvre de la solidarité rend indispensable la mutualisation des cotisations de toutes les entreprises et l'impossibilité d'en sortir, y compris en invoquant le caractère plus favorable d'un dispositif mis en place au sein de l'entreprise.

Et de ce fait, parce que seul un accord collectif a la capacité de créer un tel régime au niveau de la branche, il faut s'intéresser à sa nature juridique spécifique. Elle relève toutefois inévitablement du droit des conventions collectives de travail, d'autant que les garanties sociales en sont un des objets, mais aussi du fait que les règles de conduite de la négociation et la qualité de ses acteurs n'ont aucune raison d'être différentes.

2. Son objet est particulier, spécialement du fait que les droits des « travailleurs intéressés » et les obligations des entreprises sont toutefois spécifiques en raison de la constitution d'un « pot commun » et d'un « droit de tirage social » sur celui-ci.

Cela nécessite donc un arsenal juridique adapté, encore davantage depuis l'introduction du principe de supplétivité qui oblige, si objectif de solidarité il y a, à protéger la convention de branche de toute dérogation. À défaut, ne peuvent être effectifs les objectifs de prévention, d'action sociale, de cotisations déconnectées de la réalité du risque (propre à chaque entreprise), etc. Au demeurant, ces caractéristiques ont déjà contribué à instaurer un droit spécifique: on songe au régime particulier d'extension (CSS, art. L. 911-3) et d'élargissement (CSS, art. L. 911-4) des accords ayant comme objet des garanties sociales, mais aussi l'élimination de la supplétivité au profit de l'accord d'entreprise lorsque l'accord de prévoyance poursuit un objectif de solidarité (CSS, art. L. 2253-1 en référence à L. 912-1 et pas à L. 911-1).

La doctrine s'est depuis longtemps intéressée aux problèmes qui se posent du fait de cette spécificité, spécialement Paul Durand, Jean-Jacques Dupeyroux, Alain Supiot... et l'auteur de cette étude.

Au-delà des règles permettant d'identifier, à partir de la référence à la solidarité, ce qu'est une « convention collective de sécurité sociale » en termes de contenu de l'accord, plusieurs questions se posent auxquelles le droit positif (c'est-à-dire un chapitre à créer du livre IX du Code de la sécurité sociale) doit apporter réponse:

Les règles de représentativité. Peut-on se contenter d'une audience minimale de 50 % appréciée sur les votants (lors des élections professionnelles)? Des arguments sérieux militent pour aller jusqu'à 50 % des effectifs, en particulier le fait que la création du régime se matérialise par plus de consistance juridique (au travers de la solidarité) accordée à la collectivité des « travailleurs intéressés ». D'où du reste l'exigence d'en revenir au concept initial d'institution de prévoyance pouvant donner la personnalité morale à cette collectivité, ceci d'autant que la personne morale est concrétisée par un groupe ayant des intérêts propres et un organe démocratique pour en représenter les intérêts. Au demeurant, c'est la majorité à l'égard des effectifs (et pas seulement des votants) que retient la Cour de cassation pour conclure, lorsqu'il est recouru au référendum, à l'existence d'un accord. Et cette solution est logique.

L'autorité de la convention de branche doit être réservée, au vu du principe de supplétivité, aux accords créant un régime fondé sur la solidarité, donc aux conventions collectives de sécurité sociale, bien sûr s'agissant de la prévoyance et de la retraite. Mais on peut aisément exporter – parce que le recours à la solidarité permet de rationaliser les solutions – cette règle aux accords

concernant la formation, l'assurance-chômage, c'est-à-dire à tout ce qui nécessite le recours à la mutualisation.

Au demeurant, la solidarité – en contribuant à donner de la consistance à l'unité sociale – renforce l'idée que c'est à partir d'une définition de la branche fondée sur l'unité économique et sociale qu'on peut identifier « l'ordre public professionnel »¹⁰ auquel un accord d'entreprise ne peut déroger. La lecture de l'article L. 2253-1 du Code du travail en serait simplifiée alors que la liste des 13 thèmes à l'apparence d'un inventaire à la Prévert. Contrairement à ce qui valait pour l'ancien article L. 120-3 du Code de la sécurité sociale né de la loi de 2003 qui ne visait que les classifications et les salaires minima (relevant de l'unité économique) et les règles de mutualisation en matière de formation et de prévoyance (assises sur la solidarité et contribuant de ce fait à l'unité sociale).

Enfin, c'est dans ce cadre strict des conventions collectives de sécurité sociale ainsi définies que doit prospérer la clause de désignation, dès lors qu'ici l'atteinte à la liberté contractuelle et à celle d'entreprendre dispose d'un but légitime se déclinant par le principe de proportionnalité... ceci en stricte conformité avec les textes (et les jurisprudences) de l'Union européenne et de l'Europe. Tout au plus, les partenaires sociaux peuvent alors être contraints de concevoir une stratégie fondée sur l'exigence de transparence pour que soit effective l'obligation pour toutes les entreprises de relever du même opérateur. Ceci en conformité du reste avec la jurisprudence tant de la CJUE que du Conseil d'État... s'agissant de la validité de l'arrêté d'extension. Peu importe alors que cette position puisse être contestée au motif que cette activité n'est pas frontalière, ce qui suppose l'absence d'obstacles d'ordre linguistique ou juridique selon la CJUE.

Il faut sans aucun doute instaurer une procédure spécifique d'extension-élargissement se traduisant notamment par un rôle accru de la COMAREP (devant être la seule commission invitée à donner un avis préalable à l'arrêté). Les accords se contentant de fixer la nature et le niveau des prestations n'ont aucune raison valable d'échapper à la procédure classique d'extension des accords collectifs de travail. Par contre et du fait de l'objectif de solidarité, de la mutualisation qui en est le fer de lance et de la qualification de convention de sécurité sociale qui en résulte, il vaudrait mieux que le ministre compétent soit celui de la sécurité sociale, d'autant plus en raison des règles de neutralité fiscale (CGI, art. 83) et sociale sous plafond (CSS, art. L. 242-1, 6° à 8° alinéas) des contributions (cotisations).

Et bien sûr, il faut aussi en revenir à l'autogestion paritaire initiée par l'article 18 de l'ordonnance de 1945, codifiée ensuite en L4, malmenée par la loi Veil de 1994 au nom de la libre concurrence (de la libre prestation de services plus précisément). Ceci d'autant que rien n'interdit de distinguer la patrimonialité du régime au profit

(10) J. Barthélémy, « L'ordre public professionnel », Cahiers du DRH, oct. 2014, p. 44.

des entreprises (adhérentes) et des travailleurs intéressés (participants) du recours obligatoire à un opérateur du marché (compagnie, mutuelle, institution) pour gérer le régime au nom de cette collectivité; peu important également que, dans le cadre d'un mandat renouvelé régulièrement (tous les 5 ans au plus), la désignation se fasse dans le respect d'une procédure stricte fondée sur l'exigence de transparence.

Considérations conclusives

La liberté contractuelle – et celle d'entreprendre – est confrontée à l'exigence de limites liées au respect d'autres droits fondamentaux. Il convient alors de les concilier par déclinaison du principe de proportionnalité. C'est cela qui doit donner son identité à la convention

collective de sécurité sociale fondée sur la solidarité, donc la mutualisation, et l'autogestion paritaire.

Il est grand temps – au moment où voit le jour un nouveau droit du travail consacrant, au travers du principe de suppléativité, la primauté de l'accord naissant au niveau inférieur permettant de ce fait une meilleure conciliation entre efficacité économique et protection du travailleur (favorable à l'emploi) – de concrétiser, dans le droit positif, le concept de convention collective de sécurité sociale. Un chapitre du titre III du livre IX du Code de la sécurité sociale doit y être consacré (v. ci-joint le texte rédigé à cet effet, qui a obtenu l'accord des organisations syndicales représentatives de salariés au plan interprofessionnel).

La meilleure manière de faire progresser ce chantier est une proposition de loi déposée à l'Assemblée nationale.

Annexe

Avant-projet de proposition de loi ou de projet de loi visant à l'émergence d'une convention collective de sécurité sociale

Extrait: v. l'intégralité de l'avant-projet sur Dalloz-revues.fr 

Titre troisième Dispositions relatives aux conventions collectives de sécurité sociale

Chapitre I Détermination du concept de convention collective de sécurité sociale

Section I Qualification juridique

Art. L. 931-1 Une convention collective de sécurité sociale est un accord collectif de branche ou professionnel relatif aux garanties collectives de retraite et de prévoyance au sens de l'article L. 911-2 du présent code, se singularisant par le fait qu'y est mis en œuvre un objectif de solidarité.

Art. L. 931-1-1 De ce fait, il est régi par les dispositions des articles L. 2221-1 et suivants du Code du travail relatif au droit des conventions collectives. Le champ ne pouvant être qu'une branche ou une profession, il ne peut être recouru ni au référendum ni à la décision unilatérale de l'employeur au sens de l'article L.911-1 du code de la sécurité sociale.

Section II Impact de la solidarité sur la qualification

Art. L. 931-2 L'objectif de solidarité confère son identité à la convention collective de sécurité sociale; elle est un principe du droit communautaire, objet du titre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2016/C202/02), charte ayant valeur de traité.

Art. L. 931-2-1 Les partenaires sociaux sont libres de ne fixer que la nature et le niveau des prestations, ce qui caractérise un simple

système de prévoyance; en pareil cas, les garanties collectives définies par convention ou accord collectif de branche ne s'appliquent qu'à défaut d'accord collectif d'entreprise. Un référendum ou une décision unilatérale, entendus au sens de l'article L. 911-1 du présent code, peuvent créer dans l'entreprise des dispositions plus favorables à celles de l'accord de branche.

Art. L. 931-2-2 La solidarité étant un principe du droit social, toute disposition visant à interdire aux partenaires sociaux, directement ou indirectement, de mettre en œuvre conventionnellement un tel objectif est nulle de plein droit et est de nul effet. La solidarité induisant des droits non contributifs exige le recours à la mutualisation; celle-ci rend indispensable l'introduction, dans l'accord collectif fondateur des garanties, de normes ayant un caractère substantiel. L'absence de ces normes entraîne la perte de la qualification de convention collective de sécurité sociale. Ces normes font l'objet de dispositifs du présent titre.

La création, par la solidarité, d'un régime a pour effet l'impossibilité de déroger à l'accord fondateur des garanties, y compris par accord d'entreprise, ceci en vertu de l'article L. 2253-1 du Ccde du travail. Seuls les éventuels avantages s'ajoutant à ceux concrétisant le régime peuvent faire l'objet du recours à un organisme assureur autre que celui (ou ceux) gérant le fonds collectif, en application d'un acte écrit concrétisant soit un accord collectif de travail, soit un référendum, soit une décision unilatérale de l'employeur (CSS, art. L. 911-1).

Art. L. 931-2-3 Du fait de l'objectif de solidarité, les parties à l'accord collectif de branche ou professionnel poursuivent une mission

d'intérêt général économique au sens de l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. L'atteinte, résultant des moyens mis en œuvre pour sa réalisation, à la libre prestation de services est de ce fait proportionnée à l'objectif de création d'un régime. Ceci vaut spécialement concernant la prohibition des positions dominantes abusives. Par ailleurs, un tel accord n'est pas, par nature, qualifiable d'entente prohibée entre entreprises en raison à la fois de sa nature, un accord entre partenaires sociaux, et de son objet, l'amélioration des conditions de travail.

De même, la solidarité confère un but légitime à une atteinte, de ce fait proportionnée, à la liberté contractuelle, tant du salarié que de l'employeur et à la liberté d'entreprendre.

Chapitre II Dispositions relatives à l'objet

Art. L. 932-1 L'identité de la convention collective de sécurité sociale vient de la poursuite d'un objectif de solidarité, indissociable de la nature et du niveau des prestations. Cette spécificité caractérise la création d'un régime de protection sociale complémentaire se distinguant d'un simple système de prévoyance.

La qualification de convention collective de sécurité sociale au sens du présent titre exige toutefois que soit poursuivi un haut degré de solidarité.

Art. L. 932-2 Un haut degré de solidarité se décline par :

Des dispositifs conventionnels ayant un caractère substantiel, matérialisés par des droits non contributifs destinés à apporter des prestations particulières à certaines catégories de « travailleurs intéressés », cette expression pouvant viser d'autres personnes que celles liées par un contrat de travail en cours d'exécution. Entrent dans cette catégorie les avantages liés à la portabilité tels que définis strictement à l'article L. 911-8 du présent code ou ayant un champ et une portée plus larges. Sont aussi concernés les avantages liés à la transférabilité des droits en cas de changement d'entreprise et (ou) de statut social.

Une politique de prévention concrétisée notamment, d'un côté par des investissements de recherche en vue d'améliorer l'efficacité de la protection des assurés face aux risques couverts par ladite convention, d'un autre côté par des visites régulières de praticiens des professions de santé ayant notamment pour finalité de faire acquiescer les comportements de prévention.

Une action sociale, complémentaire de celle assumée par les institutions de retraite complémentaire obligatoire visées au titre II du présent livre, en faveur des personnes se trouvant dans une situation financière ou sociale difficile.

Ces trois types concrets d'actions sont de la responsabilité exclusive des parties à la convention collective de sécurité sociale sans que ces droits non contributifs soient dissociables de prestations contractualisées et individualisables.

Art. L. 932-3 La solidarité a pour conséquence de donner de la consistance juridique à la collectivité de travail dont les intérêts sont de ce fait privilégiés sur l'intérêt individuel de chacun de ses membres. À cet effet est confiée à la commission paritaire, définie à l'article L. 933-2-2 ci-après, la personnalité morale. Celle-ci doit être rapprochée du fait que le fonds collectif, et spécialement les réserves et provisions, sont la propriété de la branche, peu important le rôle de l'assureur choisi pour le gérer, en particulier la mission qui est la sienne dans son pilotage.

Il en résulte :

La prohibition de toute sélection des risques, l'organisme assureur ne pouvant exclure un travailleur pour raison de santé, tant au moment de la prise d'effet de la convention collective de sécurité sociale qu'à l'égard des personnes embauchées ultérieurement.

Un taux unique de cotisation pour toutes les entreprises entrant dans le champ d'une convention collective de sécurité sociale au sens du présent titre, quelle que soit la sinistralité de l'entreprise. Lorsque celle-ci a mis en place des garanties similaires avant la date d'effet de

la convention ayant créé le régime, un délai, défini par la convention elle-même, qui précise aussi la procédure à respecter à cet effet, lui est donné pour rejoindre le régime, ceci pour tenir compte des engagements contractuels devant être remis en cause.

Chapitre III Dispositions relatives au contenu des accords

Section I Principe

Art. L. 933-1 Eu égard à l'importance de la solidarité dans la qualification de convention collective de sécurité sociale, les clauses des accords créant des garanties collectives relatives à la déclinaison de ce qui contribue à identifier un régime ont un caractère substantiel. Se contenter d'une simple clause de style peut conduire à la remise en cause de la qualification de convention collective de sécurité sociale.

Section II Partie contractuelle

Art. L. 933-2 Seuls peuvent valablement participer à la négociation d'une convention collective de sécurité sociale les organisations syndicales de salariés dont l'audience dans le champ de l'accord est d'au moins 8 % des votants. La convention n'est valablement conclue que si leur audience cumulée atteint le seuil de 50 % des effectifs.

Ne peuvent valablement participer aux négociations que les organisations patronales que si elles ont l'audience minimale prévue à cet effet par le code du travail.

Art. L. 933-2-1 Lorsque la négociation d'une convention collective de sécurité sociale est envisagée dans une branche ou une profession, les parties potentielles définissent au préalable les règles de conduite de la négociation dans la triple perspective, au travers d'un accord de méthode, de favoriser l'équilibre des pouvoirs entre les parties, comportement loyal des négociateurs, exécution de bonne foi des textes signés. Les dispositions ci-dessus sont destinées à décliner les règles des articles L. 2222-3 et 3-1 du code du travail.

Eu égard à l'importance de ces règles au sens aussi bien du code civil que des chances d'arriver à un accord, tout doit être fait pour arriver à conclure, ceci étant de nature à engager la responsabilité des différents acteurs.

Eu égard à son importance, le non-respect de l'accord de méthode est de nature à justifier la nullité de la convention, spécialement lorsqu'est bafouée l'exigence de loyauté dans les relations contractuelles.

L'accord de méthode prévoit les modalités concrètes des procès-verbaux des réunions, ceux-ci pouvant être utilisés pour interpréter, s'il y a lieu, le texte conventionnel.

Art. L. 933-2-2 En raison de l'importance de la solidarité dans la qualification de la convention collective de sécurité sociale et du rôle de la mutualisation qui en est l'instrument, une commission paritaire doit être organisée par l'accord. Les dispositions du présent article s'inscrivent dans le champ de l'article L. 2232-9 du code du travail dont elles renforcent la portée et l'autorité eu égard aux spécificités de la convention collective de sécurité sociale. Doivent être définies notamment : sa composition paritaire, les modalités de choix de l'organisme gestionnaire, l'alternance dans la présidence et la vice-présidence entre le collège employeurs et le collège salariés, les règles de majorité utiles pour les décisions. L'accord doit également définir l'étendue de ses pouvoirs, par délégation des organisations parties à la convention. Ceci inclut notamment la capacité de conclure le ou les contrats d'assurance avec le ou les opérateurs auxquels il sera fait appel pour mettre en œuvre l'obligation d'adhésion de toutes les entreprises relevant de la convention collective de sécurité sociale afin de réaliser l'objectif de solidarité.

La commission paritaire peut agir en justice au nom de la collectivité des entreprises adhérentes et des salariés participants au régime dans les conditions prévues dans la convention collective de sécurité sociale. L'accès à une mission d'intérêt général économique, au sens de l'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne notamment, justifie un tel privilège. Au demeurant, le régime, matérialisé aussi bien par l'ensemble des cotisations et des

prestations que par l'objectif de solidarité, confère à la collectivité des adhérents et des participants une réelle consistance juridique, renforcée par l'existence de la commission paritaire.

La commission paritaire objet du présent article peut être celle prévue par la convention collective de travail au sens de l'article L. 2222-9 du code du travail.

Art. L. 933-2-3 La convention collective de sécurité sociale fixe les règles permettant aux représentants des organisations qui en sont parties et plus généralement aux entreprises entrant dans son champ et aux travailleurs intéressés d'exercer pleinement le droit de négocier et de gérer le régime. Ceci passe notamment par des modalités d'organisation de la formation des intéressés et des modalités de financement de celle-ci, en application notamment des articles L.2212-1 et 2 du code du travail. La notice prévue à l'article 12 de la loi du 31 décembre 1989, remise à chaque travailleur, fait état de la qualification de régime et son caractère impératif, lié à la solidarité.

Parmi ces normes figure l'obligation d'un plan d'information individuelle et collective, mettant en œuvre notamment les exigences nées des articles 15, 15 bis de la loi Evn du 31 décembre 1989. Ces normes ont un caractère substantiel. Le rapport annuel, obligatoirement établi par la ou les organismes assureurs choisis pour mettre en œuvre la gestion du régime, est conçu de manière consolidée pour l'ensemble des entreprises entrant dans le champ de la convention. Il est néanmoins destiné - assorti d'une note établie par la commission paritaire - à chaque entreprise, celle-ci ayant l'obligation de la communiquer au CSE, s'il y a lieu au conseil d'entreprise.

Art. L. 933-2-4 La convention collective de sécurité sociale a la qualification d'accord collectif au sens de l'article L. 2221-1 du code du travail. Eu égard à l'importance et aux effets de la solidarité qui se traduit par la création d'un régime, cet accord ne peut être intégré, comme avenant ou partie, à la convention collective de travail. Bien que la convention collective de sécurité sociale soit un accord autonome, les partenaires sociaux de la branche ou de la profession peuvent établir des connexions entre les deux textes par un accord extérieur à l'un et à l'autre, l'objectif étant d'optimiser la complémentarité entre conditions de travail et garanties sociales.

La convention collective de sécurité sociale fixe impérativement sa durée, qui peut être indéterminée ou déterminée, le régime en étant conforme aux exigences des articles L. 2222-3, L. 2222-3-1 et L. 2222-3-2 du code du travail, les textes conventionnels pris en application de ces articles étant conçus pour tenir compte de la spécificité de l'objet de la convention collective de sécurité sociale ainsi que des modalités de mise en œuvre de la démocratie sociale interne, en particulier du double paritarisme.

Art. L. 933-2-5 La convention collective fixe également les règles de révision de l'accord. Au vu de l'objet particulier d'un tel accord et spécialement de la solidarité qui exige la mutualisation des contributions destinées à l'alimentation des prestations pouvant ne pas être garanties, les parties à la convention collective de sécurité sociale ont l'obligation d'engager une négociation de révision dès que l'équilibre financier du régime est menacé et que les évolutions, externes à l'accord, du droit de la protection sociale complémentaire en affectent l'économie.

La commission paritaire a la responsabilité d'alerter les parties de telles évolutions afin que soit mise en œuvre rapidement et au plus tard dans le délai de trois mois la procédure de révision. Elle a en charge, notamment, la responsabilité de susciter la mise en œuvre des conditions de survie et des règles de rendez-vous, clauses obligatoires au sens de l'article L. 2222-5-1 du Code du travail.

L'acte de révision fait disparaître, en application des articles L. 2261-7 et L. 2261-8 du Code du travail, les dispositions traitant des mêmes sujets dans l'accord initial.

Art. L. 933-2-6 La convention collective de sécurité sociale prévoit également une procédure d'interprétation des textes, pouvant être confiée à la commission paritaire, auquel cas les règles de fonctionnement doivent en être fixées par règlement intérieur.

Elle doit également instaurer une procédure de règlement amiable des litiges se rapportant à l'exécution de son texte, incluant une procédure préalable de conciliation. Ces procédures s'appliquent de droit aux litiges concernant les rapports entre les organisations parties à la convention collective de sécurité sociale. Elles peuvent également être prévues pour les litiges entre employeurs et salariés sujets de la convention; en pareil cas, l'accord préalable des deux parties s'impose.

Art. L. 933-2-7 Les litiges entre les parties à la convention collective de sécurité sociale ou la commission paritaire et le (ou les) organismes d'assurance choisis pour la gestion du fonds collectif peuvent être résolus dans le cadre d'une procédure arbitrale élaborée à cet effet. Les litiges entre une entreprise et une de ces organisations sont soumis au préalable à la commission paritaire en vue d'une conciliation.

Section III Partie normative

Art. L. 933-3-1 L'objet d'une convention collective de sécurité sociale étant fondé sur la solidarité induit, en particulier au nom de l'intérêt général, son caractère impératif; cela exclut toute possibilité de dérogation, notamment par accord d'entreprise. Cette solution est en conformité avec l'article L. 2253-1 du Code du travail né de l'ordonnance du 22 septembre 2017. Non seulement la mutualisation des cotisations de toutes les entreprises de la branche s'impose au nom de la solidarité, mais encore est écartée de ce fait, en raison d'un but légitime, toute critique d'atteinte disproportionnée à la libre prestation de service et à la liberté contractuelle, du salarié comme de l'employeur.

Par voie de conséquence, la toujours possible mise en place de garanties plus favorables au niveau de l'entreprise ne peut se concrétiser que par un acte distinct, pris en vertu de l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale, concrétisant seulement la partie excédant celle prévue par la convention collective de sécurité sociale. Le contrat d'assurance conclu par une entreprise pour mettre en œuvre ces garanties additionnelles peut être conclu avec tout assureur au sens de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 et son objet ne peut qu'être relatif à ce supplément. Ce contrat d'assurance est relatif, en application de l'article L. 911-1, à l'acte écrit créant les garanties résultant d'un accord collectif d'entreprise, d'un référendum ou d'une décision unilatérale de l'employeur, précédée de la consultation du CSE.

Art. L. 933-3-2 Les entreprises entrant dans le champ d'une convention collective de sécurité sociale ont l'obligation de relever de l'organisme choisi par les partenaires sociaux pour mettre en œuvre la gestion du fonds collectif. Elles ne peuvent se prévaloir, pour y échapper, ni d'un dispositif plus favorable mis en place dans l'entreprise, d'autant que ne seraient alors pas couverts les droits non contributifs liés à la solidarité et à la prévention, ni d'un dispositif précédemment mis en place. Par contre et pour cette seconde hypothèse, la convention collective de sécurité sociale doit prévoir une procédure de mise en conformité avec le tissu conventionnel de branche, étalée dans le temps pour tenir compte des engagements contractuels avec un autre assureur.

Art. L. 933-3-3 Le ou les organismes assureurs choisis peuvent recevoir mandat de la commission paritaire pour engager, au nom de l'intérêt général de la branche ou de la profession, toutes actions conservatrices en direction des entreprises en ce qui concerne aussi bien les cotisations que les prestations. Le principe de ce mandat fait l'objet d'une clause de la convention collective de sécurité sociale.

Il (ou ils) rend(ent) compte régulièrement de son action à la commission paritaire, dans des conditions et délais précisés par règlement intérieur de celui-ci, qui leur est communiqué de ce fait. Il (ils) informe dans les plus brefs délais la commission paritaire des difficultés rencontrées avec une des entreprises entrant dans le champ de l'accord.

Chapitre IV Choix du ou des organismes assureurs

Art. L. 934-1 Le choix d'un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1^{er} de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 pour gérer le régime

et notamment le haut degré de solidarité est fait pour une durée déterminée prévue dans l'accord mais ne pouvant excéder 5 ans.

Le choix est précédé de l'examen des conditions selon lesquelles les modalités d'organisation de la mutualisation des risques ont été concrètement réalisées au cours de la précédente période.

Pour faciliter cet examen, l'organisme assureur (ou les organismes assureurs) ayant été retenu pour la gestion du régime conventionnel au cours de la période précédente fournit un rapport dans lequel figurent l'ensemble des éléments d'information, à caractère qualitatif autant que quantitatif, permettant une connaissance parfaite de la situation. Lors de la présentation de ce rapport, les parties à la convention peuvent se faire assister d'un actuaire expert, dont les honoraires seront prélevés sur le compte de résultat. L'avis est formalisé dans un procès-verbal.

Le choix de l' (ou des) organisme(s) est effectué dans le respect d'une double exigence. D'abord d'impartialité; les modalités d'application de cette exigence font l'objet d'un décret. Ensuite d'information du marché, sous la forme d'un communiqué de presse publié au moins un mois avant la date à laquelle les parties à la convention collective prendront leur décision.

Le choix est arrêté par la commission paritaire à la majorité de ses membres. Il s'impose à toutes les entreprises adhérentes de l'un des groupements patronaux et, après extension de l'accord le consacrant, aux autres employeurs. La convention collective peut toutefois

prévoir que la date d'effet en sera, pour les employeurs syndiqués, également celle de la date d'effet de l'arrêté d'extension. Le contrat avec l'organisme est signé par la commission paritaire agissant au nom de la collectivité des entreprises et de celle de leurs salariés.

L'ensemble des éléments ayant conduit au choix est communiqué au ministre en charge de l'arrêté d'extension.

Chapitre V Dispositions relatives à l'extension et à l'élargissement

Art. L. 935-1 La convention collective de sécurité sociale née du présent titre est un accord dont l'objet est exclusivement la création d'un régime de protection sociale poursuivant un objectif de solidarité. Son extension aux salariés, anciens salariés, à leurs ayants droit, des employeurs compris dans le champ d'application est décidée par arrêté du ministre en charge de la sécurité sociale après avis préalable d'une commission dont la composition est fixée par décret. En l'état du droit positif, il s'agit de la COMAREP prévue l'article L. 911-3 du code de la sécurité sociale. La procédure de consultation ci-dessus est identique à celle prévue par le Code du travail, principalement pour ce qui concerne la portée du veto susceptible d'être exercé par deux membres de la délégation patronale ou de la délégation des syndicats de salariés prévu par le Code du travail.

Ledit accord relevant toutefois de la qualification de convention collective de travail au sens des articles L. 2221-1 et suivants du Code du travail et sa partie contractuelle en relevant strictement, le présent arrêté est pris après avis du ministre en charge du travail.