

**Chapitre XXXIV**  
**La protection sociale (sur) complémentaire**  
**ne se limite pas à l'assurance collective des personnes**

**Jacques Barthélémy**

*Avocat conseil en droit social(\*)*

*Ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier*

*Fondateur en 1965 du cabinet Eponyme*

Un débat stimulant a été engagé – dans le cadre de la négociation de l'ANI du 11 janvier 2013<sup>1</sup>, puis sur le terrain judiciaire<sup>2</sup> – sur la validité de la désignation, dans un accord de branche, d'un assureur dont doivent relever toutes les entreprises pour la mise en œuvre de garanties collectives de prévoyance. Ce débat a souligné la nécessaire distinction entre assurance collective des personnes et protection sociale complémentaire dont découle une autre distinction, entre système de prévoyance et régime de protection sociale, la différence venant de ce que le recours à l'assurance est complété, dans le second cas, par un objectif de solidarité.

Cerner le problème de la protection sociale complémentaire, objet du livre IX du Code de la sécurité sociale, est d'autant plus important que, dans la perspective de transposer les directives vie et non vie relatives à la libre prestation de services, ont été affectés par la loi du 8 août 1994 les moyens, imaginés par l'ordonnance de 1945, de compléter la sécurité sociale légale par une authentique sécurité sociale de nature conventionnelle<sup>3</sup>. Celle-ci se manifestait par la création d'une institution, susceptible d'être dotée de la personnalité morale et identifiée

---

\* Avocat honoraire depuis le 1<sup>er</sup> avril 2018

<sup>1</sup> Cet accord national interprofessionnel est relatif à la sécurisation de l'emploi. Il a influencé, en vertu de l'article L1 du Code du travail, la loi du 14 juin 2013. Son article 1<sup>er</sup> vise à la généralisation de la couverture complémentaire santé, concrétisée légalement par l'article 911-7 du Code de la sécurité sociale. C'est à ce propos qu'a été lancée la discussion sur les clauses de désignation.

<sup>2</sup> CJUE, 3 mars 2011 (AG2R/BEAUDOUT) admettant la validité de telles clauses sur le plan de la libre concurrence, mais sous conditions analysées ci-après ; Conseil constitutionnel, décision du 13 juin 2013 déclarant inconstitutionnel l'article L912-1 du Code de la sécurité sociale au nom d'une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle de l'employeur mais sanctuarisant les contrats en cours ; avis du conseil d'État du 26 mars 2013 sur sollicitation du gouvernement ; arrêts du 11 février 2015 de la chambre sociale de la Cour de Cassation (notamment). Le débat s'est ensuite déplacé sur le terrain des modalités du choix de l'organisme retenu pour gérer le « pot commun » ; cf. les arrêts du 17 décembre 2015 de la CJUE et du 8 juillet 2016 du Conseil d'État relatifs à la transparence à respecter dans le choix et les effets concrets en résultant ; voir aussi de ce fait les arrêts Cass. Soc. du 7 mars 2017.

<sup>3</sup> Tel était l'objet de l'article 18 de l'ordonnance de 1945 codifié ensuite en article L4 puis en L.731-1 du Code de la sécurité sociale aujourd'hui abrogé.

#### L'UNIVERSALITE ET LA SOLIDARITE EN QUESTION

par un double paritarisme de gestion donnant naissance à un régime<sup>4</sup>. On était donc dans l'autogestion paritaire, la qualification de « convention collective de sécurité sociale<sup>5</sup> » étant d'autant moins usurpée qu'étaient distinguées les institutions dont les prestations étaient garanties par l'employeur et celles dont les prestations pouvaient être révisées (y compris *in pejus*) lorsque la cotisation pour les alimenter devenait incompatible avec une gestion économique normale de l'entreprise<sup>6</sup>. En fait, l'institution était l'instrument permettant de conférer une réelle consistance juridique à la collectivité de travail pouvant acquérir la personnalité morale dès lors que, selon la jurisprudence, celle-ci naît, pour un groupement, d'intérêts propres, distincts de ceux individuels de ses membres et d'un organe pour les représenter.

De cette conception originale ne subsiste légalement que le droit de la retraite complémentaire obligatoire matérialisé par l'organisation d'une solidarité nationale interprofessionnelle, générale conférant aux institutions gestionnaires et à leurs fédérations une mission d'intérêt général<sup>7</sup>. Pour le surplus et spécialement s'agissant de la prévoyance<sup>8</sup>, la loi du 8 août 1994 inspirée de l'objectif de transposition des textes européens sur la libre concurrence imposait le provisionnement des engagements, facilitant le changement d'assureur, donc la libre prestation. De ce fait, l'institution perdait sa qualification juridique initiale pour devenir un organisme d'assurance ne se distinguant des mutuelles et des compagnies que par sa forme juridique, ici l'autogestion paritaire<sup>9</sup> tandis que la mutuelle est gérée par ses adhérents et que les compagnies sont un tiers à l'égard de ses clients, contractant simplement avec eux. Dès lors ne pouvait que poser problème l'obligation des entreprises de relever de l'assureur désigné au niveau de la branche, comme des salariés d'être assurés par l'organisme choisi par leur employeur.

Ce cadre nouveau ne peut qu'obliger à distinguer nettement système de prévoyance et régime de protection sociale (I). La dissociation des garanties

<sup>4</sup> Seul un accord collectif ou un référendum pouvait créer le régime qui s'identifiait à l'institution dont les employeurs étaient adhérents et leurs salariés participants, lesquels élisaient ou désignaient un conseil paritaire détenant le pouvoir de gestion. Si ces deux conditions étaient réunies, ni les employeurs ni les salariés ne pouvaient se soustraire à l'obligation d'adhérer : Cass. Soc., avril 1984 Penven/Jourdain et juin 1986 Rvi/Azouz. Solution contraire en cas de non-respect de l'un de ces critères (Cass. Soc., Dame Maillard/Philips, janvier 1976).

<sup>5</sup> P. Durand, « De la convention collective de travail à la convention collective de sécurité sociale », *Droit social*, 1960.

<sup>6</sup> Décret de 1946 codifié ensuite en R. 731-1 et suivants du Code de la sécurité sociale, aujourd'hui abrogés.

<sup>7</sup> L.921-1 et suivants du Code du travail ; loi du 29 décembre 1972 de généralisation de la retraite complémentaire.

<sup>8</sup> La retraite se distingue de l'épargne par la sortie obligatoirement en rente et l'interdiction de rachat de l'épargne accumulée avant l'échéance, ce qui contribue à sa fonction sociale. À cet égard sont critiquables les aménagements mis en œuvre récemment et qui, par la possible sortie en capital et par le possible rachat, en partie aussi, de l'épargne avant l'échéance, ont affecté la distinction entre épargne retraite et épargne en vue de la retraite. La notion de prévoyance est plus difficile à cerner en l'absence de tels critères mais aussi du fait que la liste des domaines énumérés par l'article L.911-2 du Code de la sécurité sociale, déjà longue, est simplement indicative du fait de l'adverbe « notamment ». Son champ déborde de ce fait potentiellement le décès, l'incapacité, l'invalidité, le remboursement des frais de santé.

<sup>9</sup> J. Barthélémy, « De la conception institutionnelle à la conception assurantielle », *JCP S*, 2004, 1810.

## LA PROTECTION SOCIALE (SUR) COMPLEMENTAIRE

objet de négociation et de l'organisme les gérant crée une confrontation du droit social et du droit de la concurrence, en même temps qu'est invitée aux débats la liberté contractuelle (II). Il faut enfin s'inquiéter des conditions du choix de l'organisme retenu pour la gestion du fonds collectif (III) nécessaire à la concrétisation de l'éventuel objectif de solidarité.

### I. Catégories et qualifications

Le souci de rigueur exige un effort de clarification concernant les qualifications juridiques. Cet exercice est d'autant plus essentiel que sont impactées simultanément plusieurs disciplines juridiques : le droit de la sécurité sociale bien sûr sous le double angle de la nature des dispositifs mis en place et du sort social des contributions et des prestations ; le droit du travail dans ses composantes rapports individuels et rapports collectifs de travail ; le droit fiscal intéressé sous plusieurs angles et pas seulement au plan de l'impôt sur le revenu ; mais aussi les droits de l'assurance, de la mutualité, de la concurrence. Il n'est pas inutile de souligner que l'imbrication entre droits de la protection sociale et du travail, spécialement de celui des conventions collectives, peut favoriser, parce que ce domaine est celui du contrat (contrairement au droit de la sécurité sociale légale) la réunification nécessaire des droits du travail et de la sécurité sociale<sup>10</sup>.

#### A. Systèmes à adhésion facultative ou obligatoire

Il convient tout d'abord de distinguer contrats individuels d'assurance et contrats collectifs mais aussi de procéder, concernant ces derniers, à une distinction suivant qu'ils sont à adhésion facultative ou obligatoire, les premiers relevant des activités sociales de la compétence du comité social et économique dans le cadre d'un « pouvoir ouvrier intégré » pour reprendre l'expression du professeur Chalaron et les seconds étant des éléments du statut collectif du personnel. Dans ce second cas, elles sont objet de négociation collective<sup>11</sup> mais :

D'une part, les garanties collectives peuvent naître non seulement d'un accord collectif classique mais aussi d'un référendum, l'accord de la majorité des personnels inscrits et pas seulement des votants étant requis<sup>12</sup>. Sous l'empire de l'article L4, la Cour de cassation avait qualifié le référendum d'accord entre l'employeur et la majorité du personnel (ce qui sous-tend l'idée d'une réelle consistance juridique de la collectivité de travail). Mais, depuis la loi du 8 août 1994, il est légalement qualifié

---

<sup>10</sup> A. Supiot, « L'avenir d'un vieux couple », *Droit social*, 1995 p. 830 ; J. Barthélémy, « Peut-on dissocier le droit du travail et le droit de la sécurité sociale ? », *Droit social*, 2007, p. 787 (article sous-titré – idée de J.-J. Dupeyroux – « Contribution à la théorie des vases communicants »).

<sup>11</sup> Elles sont en effet, sous le titre de garanties sociales – qui ne se limitent toutefois pas aux garanties collectives de prévoyance – visées à l'article L.2222-1 du Code du travail. Etant dissociées, dans cet article, des conditions de travail, il faut en cerner la différence par le fait que ces dernières sont matérialisées par des avantages versés directement par l'employeur au travailleur tandis que les garanties sociales sont identifiées par un « pot commun » (expression de J.-J. Dupeyroux) sur lequel les travailleurs ont un « droit de tirage » (expression de A. Supiot), fonds collectif alimenté par les contributions versées par les entreprises, accessoirement mais en partie seulement par les travailleurs eux-mêmes. En outre, l'article L.911-1 du Code de la sécurité sociale prévoit que l'accord collectif de prévoyance est régi par le droit légal des conventions collectives de travail.

<sup>12</sup> Cass. Soc., AFPA/FO 15 novembre 2011, n°10.20.891 et commentaire d'arrêt J. Barthélémy « Le référendum, source de garanties collectives de prévoyance », *Droit social*, 2012, p. 70.

#### L'UNIVERSALITE ET LA SOLIDARITE EN QUESTION

de ratification d'un projet de l'employeur, ce qui le rapproche de la décision unilatérale, en en étant simplement une condition suspensive d'applicabilité. Les garanties collectives de prévoyance peuvent aussi naître d'une simple décision unilatérale de l'employeur, précédée de la consultation du comité social et économique<sup>13</sup>.

D'autre part l'avantage n'est pas ici la prestation due directement par l'employeur (comme c'est le cas par exemple pour le maintien du salaire en cas de maladie) mais le fait d'être assuré. De ce fait, l'absence ou l'insuffisance d'assurance ouvre droit aux salariés à dommages-intérêts pour perte de chance et la contribution patronale alimentant les prestations est un salaire fiscalement et socialement, sous réserve de la règle de neutralité sous plafond inspirée du principe constitutionnel d'égalité devant les charges publiques<sup>14</sup>.

#### **B. Du système de prévoyance au régime de protection sociale** <sup>15</sup>

Les partenaires sociaux d'une branche peuvent se contenter de fixer la nature et le niveau des prestations, accessoirement la clef de répartition de la cotisation totale entre quote-part patronale et salariale. En pareil cas, on est en présence d'un élément de rémunération, l'avantage étant constitué par le fait d'être assuré et son montant étant la prime ou cotisation qui évalue actuariellement le risque. Mais ils peuvent avoir l'ambition de poursuivre, en plus, un objectif de solidarité qui confère au régime ainsi créé une mission d'intérêt général économique et contribue, avec la politique de prévention, à qualifier l'accord collectif de « convention collective de sécurité sociale »<sup>16</sup>, d'autant que la solidarité est pour partie antinomique de l'égalité qui irrigue le droit du travail.

La solidarité induit non seulement l'obligation pour toutes les entreprises de relever de l'organisme désigné par les signataires de l'accord de branche pour gérer sous leur autorité le régime. Elle rend vain l'argument du caractère plus favorable d'un système mis en place dans l'entreprise pour s'exonérer du financement du pot commun. Si une entreprise entend mettre en place des garanties plus favorables, elle le peut mais l'assureur choisi ne peut gérer que le supplément de ce qui est mutualisé au niveau de la branche. Bref, toute dérogation est ici impossible. L'intérêt général lié à la solidarité ne rend pas critiquable la clause de migration par

---

<sup>13</sup> La décision unilatérale de l'employeur n'est évidemment possible que si le dispositif est conçu au niveau de l'entreprise – donc pas au niveau de la branche - mais se pose un problème particulier lié à la retenue salariale qui diminue le salaire net. L'article 11 de la loi Evin du 31 décembre 1989 permet de ce fait au salarié de renoncer à l'avantage mis en place par cette source postérieurement à son embauche. Plus généralement, l'article L.911-7 du Code de la sécurité sociale autorise, dans certaines situations, un salarié à renoncer au bénéfice d'une couverture santé conventionnelle.

<sup>14</sup> Article 83 du code général des impôts ; article L.242-1 du Code de la sécurité sociale alinéas 6 à 8.

<sup>15</sup> On utilise à tort et à travers le mot « régime », comme du reste on appelle abusivement « mutuelle » tout contrat couvrant le risque santé... ou tout réfrigérateur « frigidaire » qui n'est qu'une marque. Le mot « régime » est lié à l'ensemble des cotisations et des prestations conçu dans la perspective de compléter l'assurance par la solidarité et de piloter une stratégie préventive au nom de la promotion de la santé, droit fondamental de l'Homme, alors que la finalité du simple recours au contrat d'assurance est de réparer, dans une vision purement curative, le préjudice né des aléas de la vie humaine.

<sup>16</sup> J. Barthélémy, « Solidarité et protection sociale complémentaire », *RIS* octobre 2015, p. 571 ; « Le concept de convention collective de sécurité sociale », *Droit social*, mars 2016, p. 272.

## LA PROTECTION SOCIALE (SUR) COMPLEMENTAIRE

laquelle sont également tenues de relever du régime les entreprises ayant mis en place des garanties similaires avant la date d'effet. Une abondante jurisprudence justifie une telle affirmation<sup>17</sup>. En d'autres termes, si dans un type précis de garantie, l'entreprise veut aller au-delà, elle doit construire un acte distinct (obligatoirement écrit) pour identifier les seules prestations additionnelles dont la gestion peut alors être confiée à un autre assureur.

### II. Régime de protection sociale et libertés fondamentales

La solidarité a été ajoutée, à l'occasion du Sommet de Nice, aux principes de l'Union européenne et intégrée à cet effet dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union, laquelle Charte a, depuis le Sommet de Lisbonne, valeur de traité. Dans ces conditions, on ne saurait interdire aux partenaires sociaux d'une branche de poursuivre un tel objectif et au demeurant cela porterait atteinte au droit de négociation collective, qualifié de fondamental tant par la Charte sociale européenne de 1961 révisée en 1995 que par la Charte des droits sociaux de 1989 et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne mais aussi par l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 qui fait partie du bloc de constitutionnalité, ayant été annexé à celle de 1958. Autant dire que l'État prohibant les clauses de désignation – support juridique des « pots communs » nécessaires à l'expression des droits non contributifs liés à la solidarité et à la prévention – s'expose à des critiques au sens de l'article 4§3 du TUE interdisant aux États membres de s'opposer aux politiques de l'Union européenne et même leur imposant de les accompagner comme au sens de l'article 6 de la Charte sociale européenne, ce que vient de souligner le Comité européen des droits sociaux dans une décision du 3 juillet 2018 publié le 26 novembre 2018.

C'est à la lumière de cette considération que doivent être analysés les rapports du droit de la protection sociale complémentaire avec celui de la concurrence et avec le principe constitutionnel de liberté contractuelle et d'entreprendre. Doit notamment être examinée la délicate question du libre choix par l'entreprise de

<sup>17</sup> L'impossibilité de déroger – *in melius comme in pejus* – résulte, du reste, formellement du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article L.2253-3 du Code du travail hérité de la loi du 4 mai 2004, aujourd'hui L.2253.1 suite aux ordonnances du 22 septembre 2017. Celle-ci avait pour objet notamment d'introduire une faculté générale de déroger, par accord d'entreprise, à la convention de branche, faculté amplifiée par la supplétivité régissant les rapports entre loi et convention née des ordonnances précitées. La règle de supplétivité a pour effet que l'impossibilité de déroger, par accord d'entreprise, est l'exception mais la liste des domaines concernés initialement 4, a été portée à 13. Seul l'article L.912-1 du Code de la sécurité sociale est concerné, c'est à dire celui autorisant les clauses de désignation, aujourd'hui celles de recommandation, mais toujours sous condition que soit poursuivi un objectif de solidarité. La certitude que la dérogation *in melius* est impossible – tirée déjà de l'objectif de solidarité dans son principe – a été renforcée par l'article L.2232-5-1 du Code du travail né de la loi travail du 8 août 2016 qui reprenait cette liste et la complétait de deux autres domaines et qui a ajouté un paragraphe supplémentaire prévoyant que, au-delà, les partenaires sociaux peuvent interdire dans tel domaine la dérogation en moins favorable sauf pour ceux pour lesquels l'accord d'entreprise est le droit commun. Sur cette question, cf. J. Barthélémy, « L'ordre public professionnel », *les Cahiers du DRH*, octobre 2014, p.44. Depuis les ordonnances du 22 septembre 2017, la primauté de l'accord d'entreprise est la règle, même si le nombre des domaines où l'accord de branche prévaut a été augmenté de 4 (puis 6) à 13 ; y figure toujours la référence aux accords de prévoyance régis par l'article L.912.1 du Code de la sécurité sociale, c'est-à-dire déployant de la solidarité

## L'UNIVERSALITE ET LA SOLIDARITE EN QUESTION

l'assureur pour gérer les garanties collectives de prévoyance mises en place au niveau de la branche. Si les partenaires sociaux ont conçu un simple système, toute entrave à ce choix, y compris sur le terrain de contraintes liées au montant de la cotisation, est prohibée<sup>18</sup>. Mais la solidarité, qui ne peut se concrétiser sans « pot commun », invite à recourir au principe de proportionnalité pour que libertés de la concurrence et d'entreprise ne soient pas un obstacle à sa mise en œuvre.

### **A. Protection sociale complémentaire et libre concurrence**

Un accord collectif n'est jamais, quel que soit son objet, une entente entre entreprises, prohibée en droit interne par l'article 7 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (article L420-1 du Code de commerce) et en droit communautaire par l'article 101 TFUE. Pour justifier sa position, la CJUE met en avant la nature de cet acte et son objet : sa nature de contrat entre partenaires sociaux en liaison avec le caractère fondamental du droit de négociation ; son objet, l'amélioration des conditions de travail en liaison avec l'objectif de progrès social au cœur de la construction européenne<sup>19</sup>. En droit interne, il résulte de l'article 10 de cette ordonnance (L 420-4) qu'un texte spécial peut déroger à la règle : le droit de négociation et des conventions collectives est de ces exceptions, d'autant qu'il résulte de l'alinéa 8 du préambule de la Constitution de 1946 annexé à celle de 1958 que les salariés ont droit à la négociation de leurs conditions de travail par l'intermédiaire de leurs délégués. Interpréter ce texte à partir d'une définition étroite du délégué comme ne pouvant s'exprimer qu'au niveau de l'entreprise condamnerait toute convention collective de branche, ce qui est évidemment absurde.

En outre, un accord de prévoyance assorti d'un dispositif déclinant un degré élevé de solidarité n'est pas critiquable, s'agissant de la nécessaire clause de désignation permettant de rendre effectif cet objectif, au titre d'une position dominante abusive pourtant prohibée par l'article 102 TFUE. Pour justifier cette solution, la CJUE met en avant, dans les arrêts précités – et pas seulement AG2R du 3 mars 2011 que les Français connaissent seuls –, la poursuite d'un objectif d'intérêt général économique lié à la solidarité et la possibilité pour l'assureur désigné de remplir ses obligations s'agissant des droits non contributifs si le pot commun est alimenté des contributions de toutes les entreprises de la branche. En droit interne, les choses sont plus simples puisque l'article L 912-1 ancien était l'exception prévue à l'article 10 de l'ordonnance (L 420-4) permettant de déroger à l'article 8 (L 420-2) prohibant les positions dominantes abusives.

Ainsi et contrairement à ce qu'affirme le monde de l'assurance, la clause de désignation n'est pas critiquable au nom de la libre concurrence, à condition bien sûr que l'acte fondateur des garanties consacre un objectif de solidarité auquel doit être associée la politique de prévention qui permet de mieux concrétiser la protection de la santé – droit fondamental – que la seule réparation du préjudice

<sup>18</sup> J. Barthélémy, « Clauses de désignation et droit de la concurrence », *Droit social* juillet/août 2011 ; « Solidarité et accord de protection sociale complémentaire » in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, Mélanges en l'honneur de J. Pélissier, p. 27.

<sup>19</sup> CJUE Albany et a., 29 novembre 1999, n° C-67/96 (Droit social 2000, 306, note X. Pretot) mais aussi CJUE Van der Woude, 21 septembre 2000, n° C-222/98.

## LA PROTECTION SOCIALE (SUR) COMPLEMENTAIRE

par le recours à la technique assurantielle. Or, une politique active de prévention nécessite des investissements et des prestations gratuites de praticiens qui ne peuvent également être effectifs sans un prélèvement sur un pot commun alimenté par les contributions de toutes les entreprises. On notera alors que s'exonérer du financement de ce fonds induit non seulement l'inexécution fautive de la convention collective mais un risque sérieux de faute inexcusable dès lors que l'employeur ne respecte pas l'obligation générale de sécurité de résultats qui lui incombe.

### **B. Protection sociale complémentaire et liberté contractuelle**

#### **1. Portée large ou étroite de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013**

Invoquant l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen annexée à la Constitution de 1958 et faisant de ce fait partie du bloc de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a, dans sa décision du 13 juin 2013, déclaré l'ancien article L 912-1 du Code de la sécurité sociale inconstitutionnel au motif d'une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle de l'employeur et donc à la liberté d'entreprendre, construction jurisprudentielle héritée de la liberté contractuelle.

Il est possible de soutenir que cette position du juge constitutionnel n'interdit pas pour autant le recours aux clauses de désignation. En effet, ce qui est condamné, c'est l'article L 912-1 (ancien) lequel ne parlait que de mutualisation, simple moyen. De même qu'un degré élevé de solidarité écarte, sur le terrain de la libre concurrence, toute critique de position dominante abusive, de même il confère un but légitime à une atteinte, de ce fait proportionnée (principe constitutionnel), à la liberté contractuelle.

Cette position, la Chambre sociale de la Cour de cassation l'a exprimée<sup>20</sup>. Pour être précis, elle apparaît, parce qu'il s'agit d'un arrêt de rejet pour non admission eu égard à l'absence de motif sérieux, dans le rapport du conseiller Florès. Un salarié avait invoqué la liberté contractuelle émanant de la CEDH pour justifier son opposition à son affiliation obligatoire au contrat d'assurance mis en place dans l'entreprise pour gérer les garanties concernées conventionnellement. Sans méconnaître l'atteinte à la liberté contractuelle du salarié, il a été considéré que l'intérêt de la collectivité du personnel, notamment du fait de la solidarité entre les membres du personnel, confère un but légitime à cette atteinte. Il n'y a pas à faire de différence entre la liberté contractuelle de l'employeur ou du salarié, encore moins entre celle émanant de la Constitution française et de la CEDH, d'autant que cette liberté trouve sa force, dans les deux cas, dans l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. À l'appui de cette thèse, on peut aussi inviter la Charte européenne et celle de l'Union européenne précitées en ce qui concerne aussi bien le caractère fondamental du droit de

<sup>20</sup> Cass. Soc., 24 avril 2013 n° 12-9-775 ; J. Barthélémy, « Affiliation obligatoire d'un salarié à une garantie collective de prévoyance et conv. EDH », *Droit social*, 2013, 509. Cf. aussi « La survie des clauses de désignation », *Droit social*, décembre 2014.

#### L'UNIVERSALITE ET LA SOLIDARITE EN QUESTION

négociation que le principe de solidarité. C'est bien ce que statue le Comité européen des droits sociaux dans sa décision du 26 novembre 2018.

Au demeurant, on note – depuis la décision du 13 juin 2013 – un infléchissement de la position du Conseil constitutionnel ; celui-ci s'est notamment manifesté dans la décision (sur QPC) du 26 mars 2015 concernant les salariés de nationalité française travaillant en Suisse. Jusqu'à une date récente, ils avaient le choix, pour satisfaire à l'obligation d'assurance pour la couverture santé, de relever du régime légal Suisse ou de souscrire un contrat auprès d'un organisme de droit privé, bien sûr dans le respect de certaines contraintes. Cette faculté leur a été ôtée récemment. Cela a conduit à cette action devant le Conseil constitutionnel, fondée sur la liberté contractuelle inspirée de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 et bien sûr par référence à la décision du 13 juin 2013. Les Sages de la rue Montpensier ont écarté cette prétention au motif de la solidarité nationale, laquelle place le régime légal (imposé désormais) sur le terrain de l'intérêt général. On a minimisé la portée de cette décision en invoquant que le régime imposé est le régime légal de sécurité sociale. Toutefois, la solidarité ne s'exprime pas seulement dans la « sécu » dès lors que, pour reprendre l'expression de Jean-Jacques Dupeyroux, sécurité sociale et solidarité sont consubstantielles. Ensuite, l'accès à l'intérêt général n'est pas limité aux régimes légaux, ce dont attestent, par exemple, les dispositions du titre II du livre IX du Code de la sécurité sociale relatives à la retraite complémentaire obligatoire. Cette décision renforce l'idée que la sanction de l'article L.912-1 était exclusivement justifiée par le fait qu'on n'y traitait que de mutualisation, laquelle n'est qu'un moyen.

Le Conseil constitutionnel a annulé, le 22 décembre 2016, l'amendement, introduit dans la LFSS 2017, visant, par une nouvelle rédaction de L.912-1 du Code de la sécurité sociale, à réintroduire, pour la prévoyance lourde, les clauses de désignation à condition qu'il y ait co-désignation. Cet amendement était tiré de la proposition 9 du rapport Libault demandé à l'ancien directeur de la sécurité sociale par Marisol Touraine, ministre, laquelle s'inquiétait de l'impact négatif possible de la décision de 2013 sur la mise en œuvre de la solidarité par accord de branche. Cette annulation était logiquement justifiée parce qu'il s'agissait d'un cavalier, un tel dispositif n'ayant pas sa place dans une loi consacrée au financement de la sécurité sociale. À l'argument, avancé parallèlement par les demandeurs, de l'atteinte à la liberté contractuelle (bien sûr de l'employeur), les Sages ne répondent pas directement mais soulignent tout de même que bâtir un tel accord n'est qu'une faculté, pas une obligation ; sous-entendu il n'y a donc pas de ce fait atteinte à la liberté contractuelle<sup>21</sup>.

Quoi qu'il soit, la position du Conseil constitutionnel est contraire à celle du Comité européen des droits sociaux qui, certes, ne s'impose pas à l'État français puisqu'il ne s'agit pas d'un tribunal ; mais l'article 6 de la Charte a été déclaré d'application directe par la Cour de cassation française.

<sup>21</sup> J. Barthélémy, « Annulation par le Conseil constitutionnel du dispositif de la LFSS permettant la codésignation d'assureurs pour gérer seuls un accord collectif de prévoyance de branche », *Droit social*, février 2017, p. 183.

## LA PROTECTION SOCIALE (SUR) COMPLEMENTAIRE

### 2. Sanctuarisation des accords conclus avant le 14 juin 2013

La lecture des considérants 11 à 13 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013 permet toutefois de soutenir que ce sont, au travers de l'article L 912-1 ancien du Code de la sécurité sociale, les clauses de désignation qui sont visées. Si c'est le cas (mais comment le Conseil constitutionnel pourrait-il critiquer autre chose qu'un texte de loi ?), l'État français s'expose à des actions tant auprès de la Commission européenne en manquement puis, s'il y a lieu, auprès de la CJUE en manquement en s'appuyant sur l'article 4§3 TUE, qu'auprès de la Cour EDH et du Comité des droits sociaux pour infraction à la Charte sociale européenne – voir en ce sens la décision du Comité européen des droits sociaux du 26 novembre 2018 qui conforte cette analyse. Le fondement des deux types d'actions, c'est l'atteinte au droit de négociation collective dès lors qu'il est de fait interdit aux partenaires sociaux de poursuivre un objectif de solidarité.

Le Conseil constitutionnel ne pouvait que sanctuariser les contrats en cours (cf. considérant 14). Pour la Cour de cassation<sup>22</sup>, ce n'est pas le contrat d'assurance – qui n'a comme finalité que de gager les obligations de l'employeur – mais l'accord collectif car c'est lui qui crée les garanties collectives « es contrats en cours sont les actes ayant le caractère de convention ou d'accord collectif ». Cette solution est aussi celle du Conseil d'État dans son avis du 26 septembre 2013. Il en résulte que même si on admet que la clause de désignation est dans son principe inconstitutionnelle, celles existantes continuent à exister jusqu'au terme normal de l'accord, donc jusqu'à sa dénonciation ou, si elle est à durée déterminée, jusqu'à son échéance.

La thèse exprimée par le Conseil d'État dans son avis précité, selon laquelle elle cesse à l'expiration de la période quinquennale en cours (en vertu de l'article L 912-1) ne prend pas en compte la différence entre la clause de désignation, élément substantiel dont la disparition entraînerait la caducité de l'accord par suite de l'altération de son économie (surtout si l'on prend en considération que la clause n'est licite que si est mise en œuvre de la solidarité), et le choix de l'opérateur pour la mettre en œuvre, effectué pour une période déterminée n'excédant pas 5 ans et opéré par les partenaires sociaux sur la base d'un examen des conditions de mise en œuvre de la mutualisation (afin de faciliter un consentement éclairé). Au demeurant, il y a contradiction entre affirmer, dans cet avis, qu'écarter la clause de désignation affecte gravement l'économie de l'accord – notamment parce que les droits non-contributifs liés à la solidarité ne peuvent être effectifs sans prélèvement sur un pot commun alimenté par toutes les entreprises – et soutenir que, quoiqu'il en soit, la clause ne peut pas produire d'effet au-delà de la période quinquennale en cours. C'est forcément jusqu'au terme de l'accord qu'est maintenue la clause, sauf à altérer l'économie de la convention.

<sup>22</sup> Cass. Soc., 11 février 2015 AG2R/PAIN D'OR, pourvoi n° 14 à 13-538 ; J. Barthélémy, « Clauses de désignation : l'apport décisif de la Cour de cassation », *Jurisprudence Sociale Lamy*, n° 385 du 10 avril 2015.

#### L'UNIVERSALITE ET LA SOLIDARITE EN QUESTION

Certes, l'échéance du dispositif conventionnel peut être la fin de la période quinquennale en cours si les partenaires sociaux n'ont pas distingué la clause de désignation – élément substantiel de l'accord qui constitue un tout indivisible – et le choix de l'organisme pour la mettre en œuvre qui, libre concurrence oblige, doit être renouvelé régulièrement, légalement au plus tous les 5 ans. Du fait de cette confusion, on est en présence d'un dispositif à durée déterminée dans un ensemble éventuellement à durée indéterminée. Par contre, si les deux sont bien dissociés, la clause est sanctuarisée jusqu'au terme de l'accord et ceci induit qu'à l'expiration de la période quinquennale en cours, un nouveau choix est possible pour une nouvelle période sans que l'on s'expose aux effets du considérant 14 de la décision de 2013. Une affaire était en souffrance devant la DGT, à laquelle il a été demandé d'étendre ce renouvellement, la Comarep (qui doit donner un avis préalable à l'extension – article L.911-3 du Code de la sécurité sociale) ayant donné un avis favorable à la demande d'extension. Le Conseil d'État a soutenu dans son avis du 26 septembre 2013, que le recours à la fin de la période quinquennale en cours s'impose seulement à défaut de pouvoir disposer – du fait de la rédaction de l'accord – d'une date certaine d'échéance.

### **III. Exigence de transparence dans le choix de l'organisme choisi**

La clause de désignation étant licite – sur le terrain de la libre concurrence et du fait de la jurisprudence de la CRUE relayée par la Cour de cassation - le débat s'est déplacé, logiquement du reste, sur le terrain des conditions à respecter pour le choix de l'organisme.

Il est évident qu'on n'est pas dans un cas où s'impose un appel d'offres réservé aux marchés publics ; si la CRUE a critiqué, avec cet argument, l'accord santé concernant des communes allemandes en 2010, c'est justement parce que ces établissements entrent dans le champ des marchés publics. Du fait d'une jurisprudence ultérieure en date du 17 décembre 2015, la CRUE, s'appuyant sur l'article 56 TFUE, avait seulement émis l'hypothèse qu'un tel choix pourrait être soumis à une exigence de transparence. D'où une première remarque : le législateur Français s'est trop précipité - en rédigeant en 2014 autrement l'article L.912-1 du Code de la sécurité sociale qui tire les conséquences de la décision du 13 juin 2013 qui ne pouvait conduire qu'à l'abrogation de cet article – en imposant un « appel formalisé à la concurrence » qui se distingue des procédures d'appels d'offres dans les marchés publics mais qui s'avère néanmoins très lourde, ce qui ne s'imposait pas au vu du droit communautaire. Encore moins du reste du fait qu'on l'applique désormais à une simple recommandation laissant le choix de l'assureur à chaque entreprise...ce qui disqualifie en soi toute contrainte de ce type puisque, par définition, il n'y a pas atteinte à la libre concurrence !

De ce fait, la procédure légale héritée du nouvel article L.912-1 pourrait être considérée comme altérant sans motif légitime le droit à la négociation collective, droit fondamental d'essence constitutionnelle mais aussi consacré par le droit communautaire (article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) et européen (Charte sociale européenne de 1961 révisée en 1995). Une QPC pourrait entraîner l'abrogation de ce dispositif, d'autant que, même si l'action engagée devant le Comité européen des droits sociaux sur ce

## LA PROTECTION SOCIALE (SUR) COMPLEMENTAIRE

thème a aboutit, la France n'est pas tenue de respecter une telle sentence dès lors que ce comité n'est pas un tribunal. On notera toutefois que la triple condamnation, par ce comité, des textes du Code du travail français relatifs aux forfaits jours a conditionné la jurisprudence de la Cour de cassation.

Pour la CRIE, l'exigence de transparence se concrétise par une information du marché suffisamment tôt et l'impartialité dans la décision ; elle a considéré que la première de ces manifestations n'était pas remplie par la procédure d'information légale préalable à l'engagement de la procédure d'extension, le délai de 15 jours s'écoulant entre l'avis préalable et celui-ci étant trop court. Elle a considéré, par ailleurs, que cette exigence ne s'imposait pas aux partenaires sociaux mais seulement au ministre en charge de l'extension, ceci du fait que l'acte administratif fait obligation aux employeurs non syndiqués d'appliquer la convention collective. De ce fait, la clause de désignation s'impose directement aux employeurs syndiqués ; la Cour de cassation fait du reste bien la distinction entre les deux types d'entreprises.

Ceci étant, l'exigence de transparence ne vaut que si les activités concernées sont transfrontalières. Sur ce point, la CRIE renvoie au juge national, en l'occurrence le Conseil d'État qui lui avait posé à ce sujet une question préjudicielle, de se prononcer. Le juge administratif suprême Français a considéré, sans la moindre démonstration, que cette exigence était bien remplie et a donc annulé les arrêtés d'extension des accords collectifs conclus. Pourtant, de sérieux arguments militent en faveur de la thèse contraire ; en particulier et selon la jurisprudence communautaire (CRIE 6 octobre 2016 notamment), l'activité ne peut être regardée comme transfrontalière si existent de sérieux obstacles d'ordre linguistique et juridique. C'est manifestement le cas de l'assurance collective des personnes, complétant le régime de sécurité sociale légal, qui peut difficilement être gérée depuis un autre État. Au demeurant, tant l'Autorité de la concurrence française que la Commission européenne et le groupe d'experts qu'elle avait mobilisé à cet effet ont convenu que l'activité d'assurance des personnes ne pouvait, sauf les gros risques tels la réassurance, être des activités transfrontalières. Pour la CRIE en outre, la mise à l'écart, des exigences de l'article 56 TFIE vaut que les entreprises concernées relèvent d'États différents ou du même État. De ce fait est très critiquable la position prise par le Conseil d'État dans cette affaire<sup>23</sup>.

### Considérations conclusives

Les actions conduites –essentiellement pour ne pas dire exclusivement– par les professionnels de l'assurance contre les clauses de désignation visent uniquement à favoriser leurs intérêts en leur permettant de vendre des contrats malgré la création d'un régime obligeant, afin que soient effectifs les droits des travailleurs, à désigner un ou plusieurs organismes pour gérer un « pot commun » alimenté par les contributions de toutes les entreprises. Le recours à la libre concurrence, puis à la liberté contractuelle, puis à la transparence dans le

<sup>23</sup> Conseil d'État, 8 juillet 2016 ; sur l'exigence de transparence, V. Lemeur-Baudry et R. Barthélémy, « Protection sociale complémentaire : choix de l'organisme assureur et transparence », **Droit social** avril 2016, p. 376.

#### L'UNIVERSALITE ET LA SOLIDARITE EN QUESTION

choix n'a d'autre effet que de privilégier les intérêts du monde de l'assurance alors même que sont de ce fait sacrifiés ceux des travailleurs qui se voient privés des avantages de la solidarité et de la prévention. On peut donc soutenir que, quel que soit le bien-fondé de cette solution sur le seul terrain du droit de la concurrence ou de la liberté d'entreprise, il est gravement porté atteinte à la majesté du Droit si l'intérêt des salariés, bénéficiaires des droits de la sécurité sociale, est sacrifié aux intérêts du marché<sup>24</sup>.

L'introduction, dans le livre IX du Code de la sécurité sociale, d'un titre consacré aux conventions collectives de sécurité sociale identifiées à partir du double paritarisme et de la solidarité/prévention permettrait à la fois une plus grande sécurité juridique en distinguant régimes et systèmes et de concrétiser l'intérêt général poursuivi dans une construction parallèle à celle du titre II concernant la retraite complémentaire obligatoire. C'est d'autant plus important que les garanties sociales peuvent fortement contribuer aux évolutions du droit social rendues nécessaires par les mutations engendrées par les progrès des TIC. Par la portabilité des droits, voire leur transférabilité, elles sont un instrument de protection des libertés individuelles et des droits fondamentaux, favorisant employabilité, mobilité, libre choix en matière de conditions de travail mais aussi contribuant au progrès social en harmonie avec des principes communautaires<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> J. Barthélémy, « Les finalités de la protection sociale complémentaire ne peuvent être sacrifiées aux intérêts du marché de l'assurance », *Droit social*, avril 2017.

<sup>25</sup> J. Barthélémy, « Le concept de convention collective de sécurité sociale », *Droit social*, mars 2016, p. 272.