

Études

Rubrique

Les finalités de la protection sociale complémentaire ne peuvent être sacrifiées aux intérêts du marché de l'assurance

L'essentiel

Les actions judiciaires conduites à l'encontre des clauses de désignation contenues dans un accord de prévoyance de branche n'ont d'autre finalité que de promouvoir les intérêts des assureurs. Cela ne peut que desservir les intérêts des salariés, privés notamment de ce fait d'avantages individuels et collectifs liés à la solidarité professionnelle et à la prévention.

Depuis une dizaine d'années est mené un combat acharné contre les clauses de désignation insérées dans un accord de branche de prévoyance. À partir du moment où la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a clairement admis la validité de telles constructions sur le terrain de la libre concurrence, ce combat s'est déplacé sur le terrain de la liberté contractuelle puis de la transparence dans le choix de l'organisme pour les mettre en œuvre. L'objet de telles actions est de favoriser les intérêts des assureurs. Or, le droit de la protection sociale complémentaire est au bénéfice des salariés. Leurs intérêts sont sacrifiés si, en s'appuyant sur la libre concurrence et la liberté contractuelle, on interdit la poursuite d'un objectif de solidarité et une politique de prévention qui ne peuvent être effectifs que si est mis en place un « pot commun » alimenté par les contributions de toutes les entreprises et sur lequel seront prélevés les droits non contributifs qui en résultent. Bref, pour favoriser le marché, on organise une régression sociale, au mépris d'une exigence de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Privilégier l'approche « vente de produits » conduit les assureurs à soutenir que la motivation des syndicats, lorsqu'ils bâtissent un régime assorti d'une clause de désignation, c'est leur « arrosage » par les organismes qu'ils choisissent pour sa gestion ! Ne vient pas à l'esprit qu'ils pourraient avoir comme objectif l'amélioration, grâce à la solidarité et à la prévention, de la qualité de vie et de la santé des salariés qui est aussi un instrument au service de l'efficacité économique.



par Jacques Barthélémy

Avocat conseil en droit social – Ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier – Fondateur en 1965 du cabinet éponyme

Il s'agit d'avantages individuels et collectifs liés à la solidarité professionnelle et à la prévention.

I. — RÉGIME ET DROIT DE LA CONCURRENCE

La protection sociale complémentaire décline potentiellement des droits fondamentaux de la personne humaine, spécialement ceux à la santé et à la dignité. Au nom de l'intérêt particulier des entreprises d'assurance, on ne peut de ce fait imposer aux organisations syndicales de limiter leur ambition à seulement fixer la nature et le niveau des prestations, de surcroît pour permettre aux vendeurs de placer plus aisément des contrats.

Le contrat d'assurance a comme premier objet de réparer le préjudice lié à un aléa de la vie humaine. Concevoir en plus une politique de prévention sert de ce fait mieux le droit à la santé, les actions conduites visant alors à diminuer les risques et à améliorer la santé des travailleurs. Or, cette politique, on entend de fait interdire aux partenaires sociaux de la concevoir ; elle exige en effet des investissements de recherche qui ne peuvent être effectifs que prélevés sur un « pot commun » alimenté par les contributions de toutes les entreprises et elle se décline par des actions de praticiens pour dépister les affections et faire acquiescer les réflexes visant à améliorer l'état de santé. Non seulement on ne saurait leur interdire de mettre en place de telles stratégies, mais encore elles ne peuvent être déclinées directement par un assureur, au moins dans une entreprise modeste. Au demeurant, le principal argument de vente (« c'est moins cher ») est par nature fallacieux puisque ne sont pris en compte dans la comparaison que les droits contributifs qui seuls relèvent de la technique assurantielle.

Interdire la mutualisation des contributions de toutes les entreprises pour les affecter dans un « pot commun » (expression de J.-J. Dupeyroux¹) sur lequel les travailleurs intéressés ont un « droit de tirage social » (expression d'A. Supiot²), c'est empêcher la poursuite d'un objectif de solidarité, lequel se concrétise également par des droits non contributifs, ici au profit de certaines catégories, tels les retraités, les jeunes, les femmes, les handicapés, etc. La solidarité professionnelle, c'est aussi l'adoption d'un taux unique de cotisation par toutes les entreprises, quelle que soit la sinistralité propre de chacune, et l'interdiction, pour l'assureur, de refuser celles dont le taux de sinistralité serait élevé. Or, si les partenaires sociaux peuvent se contenter de fixer la nature et le niveau des prestations, on ne peut leur interdire de poursuivre en plus un objectif de solidarité, dès lors que celle-ci est un des principes de l'Union européenne (titre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [Charte UE], ayant valeur de traité depuis le sommet de Lisbonne). De ce fait, les clauses de désignation ne sont critiquables ni sur le terrain des ententes prohibées entre entreprises (art. 101 TFUE), en raison de leur nature (d'accord entre partenaires sociaux, en harmonie avec le caractère fondamental du droit de négociation collective, Charte UE, art. 28) et de leur objet (l'amélioration des conditions de travail qui contribue au progrès social, objectif aussi de l'UE), ni sur celui de position dominante abusive (art. 102 TFUE) en raison du haut degré de solidarité qui permet l'accès à une mission d'intérêt économique général (Charte UE, art. 36). Ceci résulte d'une jurisprudence constante de la CJUE, que l'on feint d'ignorer dans le milieu de l'assurance (*Albany et autres*, 1999³, *Van de Woude*, 2000⁴, et pas seulement *AG2R*, 2011⁵).

II. – RÉGIME ET LIBERTÉ CONTRACTUELLE

La voie de la libre concurrence étant fermée pour condamner les clauses de désignation, on a mis en avant la liberté contractuelle, celle du seul employeur bien sûr car de celle du salarié (qui pourrait pourtant invoquer aussi l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen pour refuser sa soumission au contrat choisi par son employeur) on n'a cure puisque son refus affecterait le volume d'activité de l'assureur : l'argument avancé, pour écarter la prétention éventuelle du salarié, à

savoir son accord dans le cadre de son contrat de travail, est totalement irrecevable du fait de la non-incorporation de la convention dans celui-ci ainsi que du caractère fondamental de la liberté contractuelle ! Pour la Cour de cassation⁶, l'intérêt de la collectivité (au travers de la solidarité) confère un but légitime à l'atteinte à la liberté contractuelle du salarié – de ce fait proportionnée – invoqué du reste dans cette affaire à partir non de la Déclaration des droits de l'homme mais de la Conv. EDH, ce qui revient au même.

Si le Conseil constitutionnel⁷ a considéré que l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale porte une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle, c'est parce qu'il ne traitait que de mutualisation, simple moyen. Si celle-ci est au service d'un objectif de solidarité, est soutenable que l'atteinte à cette liberté dispose d'un but légitime par application du principe constitutionnel de proportionnalité, d'autant que la solidarité positionne la construction sur le terrain de l'intérêt général⁸. Cela apparaît du reste de la décision, suite à une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) du 26 mars 2015 relative aux salariés français travaillant en Suisse⁹, selon laquelle la solidarité nationale écarte toute critique d'atteinte à la liberté contractuelle et positionne le régime sur le terrain de l'intérêt général. Cette position est en totale harmonie avec celle de la CJUE, alors que le Conseil constitutionnel se positionne sur le terrain de la liberté contractuelle tandis que celle de la CJUE était exprimée à partir de la libre concurrence. De surcroît, il ne s'agit pas de rendre obligatoire l'objectif de solidarité dans tous les accords de branche mais simplement de rendre possible une telle construction si les partenaires sociaux le souhaitent ; dès lors la liberté contractuelle n'est pas menacée, ce qui peut apparaître de la décision du Conseil constitutionnel du 22 décembre 2015¹⁰.

Bref, en raison du caractère de principe attaché à la solidarité et de ce que les droits à la santé et à la dignité de l'homme sont des droits fondamentaux, interdire la création d'un régime ayant la qualification de « convention collective de sécurité sociale »¹¹, c'est sacrifier, au nom de l'intérêt des opérateurs du marché, celui des salariés, le seul que véhicule le droit de la protection sociale complémentaire. L'argumentation déployée contre les

1 J.-J. Dupeyroux, Les exigences de la solidarité. Observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance, Dr. soc. 1990. 741.

2 A. Supiot, L'avenir d'un vieux couple : travail et sécurité sociale, Dr. soc. 1995. 823.

3 CJCE, 29 nov. 1999, aff. C-67/96, AJDA 2000. 307, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *ibid.* 808, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; Dr. soc. 2000. 106, note X. Prétot ; *ibid.* 2003. 751, chron. S. Van Raepenbusch ; RDSS 2000. 212, étude F. Muller ; RTD eur. 2000. 335, chron. J.-B. Blaise.

4 CJCE, 21 sept. 2000, n° C-222/98, *Van der Woude c/ Stichting Beatrixoord (Fondation)*, D. 2000. 410, et les obs. ; RTD com. 2001. 537, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; RTD eur. 2002. 103, chron. L. Idot ; *ibid.* 339, chron. J.-B. Blaise.

5 CJUE, 3 mars 2011, n° C-437/09, AJDA 2011. 1007, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RFDA 2011. 1225, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; RSC 2012. 315, chron. L. Idot ; RTD eur. 2011. 829, obs. J.-B. Blaise.

6 Soc., 24 avr. 2013, n° 11-28.262, Dr. soc. 2013. 569, obs. J. Barthélémy. C'est dans le rapport du conseiller Florès qu'il faut rechercher cette argumentation dès lors qu'il s'agissait d'un arrêt de rejet pour non-admission liée à l'absence de motif sérieux.

7 Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, D. 2014. 1516, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; Dr. soc. 2013. 673, étude J. Barthélémy ; *ibid.* 680, étude D. Rousseau et D. Rigaud ; *ibid.* 2014. 464, chron. S. Hennion, M. Del Sol, P. Pierre et M. Hallopeau ; *ibid.* 1057, étude J. Barthélémy ; Constitutions 2013. 400, chron. A.-L. Cassard-Valette ; RTD civ. 2013. 832, obs. H. Barbier.

8 A. Supiot, Ni assurance, ni charité : la solidarité – Leçon au Collège de France juin 2014 et le Monde diplomatique, nov. 2014. 3.

9 Cons. const., 26 mars 2015, n° 2015-460 QPC, Constitutions 2015. 247, chron. F. Kessler.

10 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, Dr. soc. 2017. 183.

11 V. note page suivante.

clauses de désignation est donc l'expression d'une volonté de soustraire ce droit à sa fonction naturelle, la protection et la promotion des droits des travailleurs.

III. — LA TRANSPARENCE DANS LE CHOIX DE L'OPÉRATEUR

Il faut alors distinguer la clause de désignation, sans laquelle l'objectif de solidarité ne peut être effectif malgré son caractère de droit fondamental d'un côté, le choix de l'organisme pour la mettre en œuvre, domaine où bien sûr la libre concurrence s'exprime d'un autre côté. Relève de la perversion la mise en avant de l'exigence de transparence dans le choix de l'organisme avec comme objectif de rendre inopérante la clause de désignation, donc l'effectivité de la solidarité¹².

On a, dans un premier temps, soutenu qu'un appel d'offres s'imposait alors que celui-ci n'a de légitimité que dans la mise en œuvre des marchés publics. Dans un second temps, on a invoqué l'exigence de transparence en faisant abstraction qu'ici on est dans le domaine de l'autogestion paritaire par les collectivités des entreprises (adhérentes) et de leurs salariés (participants). Cette remarque est essentielle car ce n'est pas l'assureur qui crée les garanties collectives mais les partenaires sociaux à partir d'un accord collectif. Or, à défaut de fonds collectif sur lequel les travailleurs ont un droit de tirage social, la convention fondée sur la solidarité ne peut prospérer. Dans cette perspective, construire des raisonnements à partir de l'idée que l'organisme assureur est un tiers sans prendre en compte que le régime est autogéré par les parties à la convention collective, c'est donner à l'exigence de transparence une portée qu'elle ne peut avoir¹³. Au demeurant, les réserves du régime appartiennent à la branche et non à l'assureur qui doit les transférer à son éventuel successeur.

De ce fait, en affirmant que l'activité est transfrontalière sans en apporter la preuve, la haute juridiction administrative¹⁴ porte atteinte à l'identité du droit de la protection sociale complémentaire en le réduisant à celui d'assurance collective des personnes. D'autant qu'il est aisé de démontrer que les exigences mises en avant par la

CJUE pour que l'activité soit qualifiable de transfrontalière ne sont pas remplies ici, en particulier au regard des obstacles d'ordre juridique et linguistique mis en avant par le juge de Luxembourg¹⁵. Au demeurant, l'Autorité française de la concurrence¹⁶ et le comité d'experts¹⁷ créé à cet effet par la Commission européenne¹⁸ ont tous conclu que ne pouvaient relever, dans le domaine de l'assurance, de la qualification d'activité transfrontalière que celles relatives aux gros risques, dont la réassurance. De ce fait est surprenant l'arrêt du Conseil d'État du 8 juillet 2016¹⁹.

Dès lors, on bafoue le caractère fondamental du droit à la négociation collective en imposant des contraintes qui n'ont pas lieu d'être et qui ne sont pas justifiées du fait que le régime est autogéré par les partenaires sociaux. Au demeurant, le pouvoir des organisations syndicales dans leur rôle de défense et de promotion des intérêts des salariés est consacré en droit interne²⁰ comme en droit communautaire²¹.

* * *

Une société ayant comme objectif de tout sacrifier aux exigences du seul développement économique est malade parce qu'elle s'assoit sur les droits fondamentaux de l'homme. Lorsque, dans le domaine de la protection sociale, vouée, par définition, à la santé, à la dignité, à l'égalité des travailleurs (objets parmi d'autres de la Charte UE), on bâtit une construction juridique dont la conséquence concrète sinon la finalité est de privilégier l'intérêt des assureurs sur celui des salariés, on porte atteinte à la majesté du Droit.

NB : lors du 17^e colloque organisé par l'Institut de la protection sociale européenne le vendredi 17 février, Youcef Ghellab, chef du département des relations professionnelles et des relations d'emploi, Bureau international du travail, qui faisait le rapport de synthèse, a mis l'accent sur le fait que, sous des formes diverses, l'autogestion de régimes par les partenaires sociaux existe dans de nombreux États membres de l'UE, mais aussi en Suisse. Il a donc souligné que l'attaque contre les clauses de désignation n'existait qu'en France ■

11 J. Barthélémy, Le concept de convention collective de sécurité sociale, Dr. soc. 2016. 272. Lorsqu'est mise en place une clause de désignation, dont la validité est liée à l'objectif de solidarité poursuivi, on est dans le champ de l'ordre public professionnel d'autant qu'on fixe alors le montant et la répartition de la cotisation et en même temps la nature et le niveau des prestations. Cela signifie qu'on ne peut déroger à ce régime ni en moins, ni en plus favorable. Ceci est du reste l'expression du droit positif. De tels accords, conformes à l'article L. 912-1 du CSS, entrent dans le champ de l'article L. 2253-3 du code du travail. Dès lors, une entreprise qui souhaite aller au-delà doit construire un acte différent et complémentaire pour couvrir le seul supplément imaginé.

12 J. Barthélémy, Solidarité et accord de protection sociale complémentaire, RJS 2015. 571.

13 V. à ce sujet J.-J. Dupeyroux, Les exigences de la solidarité, observations sur la désignation d'une institution déterminée pour la gestion d'un régime complémentaire de prévoyance, Dr. soc. 1990. 741.

14 CE, 8 juill. 2016, n° 357115, *Beaudout Père et Fils (Sté)*, Lebon; AJDA 2016. 2197.

15 CJUE, 17 déc. 2015, aff. C-25-14 et C-26-14, AJDA 2016. 306, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser; D. 2017. 261, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot; Dr. soc. 2016. 376, étude V. Le Meur-Baudry et J. Barthélémy; *ibid.* 760, chron. S. Hennion, M. Del Sol et P. Pierre et surtout CJUE, 6 oct. 2016, aff. C-318-15.

16 Aut. conc., 2 juill. 2010, décis. n° 10-DCC.52.

17 Avis du 24 janv. 2014 (communiqué de presse de la Commission, 27 févr. 2014) : « En ce qui concerne l'assurance vie, la Commission a considéré que le marché est de dimension nationale ».

18 Communications du 25 sept. 2007 et du 4 avr. 2012 : « À l'exception des grands clients et risques, les marchés de l'assurance de première ligne tendent à avoir une dimension nationale », notamment parce qu'une présence sur place est (aussi) nécessaire.

19 J. Barthélémy et V. Lemeur-Baudry, Protection sociale complémentaire: choix de l'organisme assureur et transparence, Dr. soc. 2016. 376.

20 Préambule Const. 1946, al. 8.

21 Charte UE, art. 27, issu du titre IV relatif à la solidarité.