

Protection sociale complémentaire Solidarité et (ou) assurance : le débat est relancé

À propos de la mission confiée à Dominique Libault par Marisol Touraine

Jacques Barthélémy
Avocat – Conseil en droit social
Ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier

La ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes a confié à Dominique Libault, conseiller d'État, ancien directeur de la sécurité sociale et actuellement directeur de l'école nationale de la sécurité sociale, une « réflexion sur les objectifs et les modalités d'organisation de notre protection sociale collective ainsi que sur les voies et moyens permettant de préserver un haut degré de solidarité au sein de celle-ci »¹. Immédiatement des voix se sont élevées dans le monde de l'assurance pour appeler à la vigilance, sans nul doute du fait du mot solidarité que l'on retrouve par ailleurs dans la phrase « il est toutefois important de ne pas fragiliser la mutualisation des risques et les solidarités qui existent dans ce cadre ».

Il convient de souligner à ceux qui ne voient dans la protection sociale complémentaire que de l'assurance collective que la solidarité est un des principes de l'union européenne aux côtés de la dignité, de la justice, de l'égalité, de la citoyenneté. Ce principe résulte de la charte des droits fondamentaux de l'union européenne de décembre 2000 ; or les chartes ont la même valeur que celle des traités, en l'occurrence de l'union Européenne (TUE) et de fonctionnement de l'union Européenne (TFUE). S'inquiéter de l'impact de la décision du conseil constitutionnel relative aux clauses de désignation sur la protection sociale est dès lors non seulement légitime de la part de la ministre l'ayant en charge, mais encore un devoir du fait de l'article 4 § 3 du TUE qui impose aux Etats membres de coopérer en vue de la mise en œuvre des traités, donc de valoriser les principes qui fondent la communauté européenne.

Il convient aussi de leur rappeler la différence entre un système de prévoyance, identifié par la seule fixation de la nature et du niveau des garanties qui n'est qu'une rémunération différée et un régime de protection sociale par lequel les partenaires sociaux poursuivent en plus un objectif de solidarité². Dans le premier cas - et parce que le contrat d'assurance n'a d'autre fonction que de gager les obligations de l'employeur qui naissent de l'accord collectif - la clause

¹ Lettre de mission en date du 10 octobre 2014 ci-jointe

² Jacques BARTHELEMY : « Les fondamentaux du droit de la PSC 1^{ère} partie : de l'opposition entre système de prévoyance et régime de protection sociale » Droit Social Avril 2013

de désignation n'a jamais, au plan du droit communautaire, été licite parce que portant atteinte à la libre concurrence. Toutefois un accord collectif n'est pas, pour la cour de justice de l'union européenne, une entente prohibée entre entreprises (au sens de l'article 101 TFUE, à mettre en perspective avec l'article L420.1 du code de commerce français), en raison aussi bien de sa nature (d'accord entre partenaires sociaux, en liaison avec le caractère fondamental du droit de négociation instauré par la charte sociale européenne de 1961 révisée en 1995 et celle des droits fondamentaux de l'UE de 1989) que de son objet (l'amélioration des conditions de travail, en liaison avec l'invitation de l'union européenne aux Etats membres de promouvoir un niveau élevé de protection sociale, notamment dans la perspective de favoriser le marché intérieur).

Dans le second cas, les partenaires sociaux doivent constituer un « pot commun », alimenté par les contributions de toutes les entreprises de la branche, sur lequel seront puisés les droits non contributifs concrétisant solidarité et prévention. Un opérateur unique s'impose alors et pour la CJUE son « monopole » ne matérialise pas une position dominante abusive (au sens de l'article 102 TFUE, à mettre en perspective avec l'article L420.2 du code de commerce français). À défaut d'obliger toutes les entreprises à alimenter ce fond, l'objectif de solidarité ne serait pas assuré et l'organisme désigné ne pourrait pas assumer la mission d'intérêt économique général qui en résulte. Ce n'est pas de l'arrêt AG2R du 3 mars 2011 qu'est née cette jurisprudence mais d'arrêts plus anciens. L'arrêt de 2011 a comme intérêt de préciser que la règle concernant les clauses de désignation vaut aussi pour celles de migration qui les complètent.³

Les partenaires sociaux d'une branche peuvent évidemment se contenter de créer un système, auquel cas on reste entièrement dans la logique de l'assurance ; mais on ne saurait leur interdire de créer un régime, sauf à prohiber la poursuite d'un objectif de solidarité au mépris de la qualification de celle-ci de principe fondamental de l'union européenne. La solidarité, ce sont des contributions en fonction des moyens et des prestations en fonction des besoins. Elle ne saurait donc être écartée, parce qu'on touche aux droits de l'Homme, au nom de la seule technique de l'assurance, qui ne peut contribuer à aider les plus faibles et les personnes en situation précaire qu'en la complétant par la charité... au mépris d'un autre principe fondamental, la dignité⁴.

³ Arrêt Albany et autres du 21 septembre 1999 – aff. C67/96 ; arrêt Van Der Woude du 21 février 2000 – aff. C222/98 ; arrêt AG2R / Beaudout du 3 mars 2011 aff. C 437/09

Jacques Barthelemy « Clauses de désignation et droit de la concurrence » Droit Social 2011, 853 et « Régime professionnel de prévoyance et libre prestation de service » Sem. Soc. Lamy 2012, 1553.

⁴ Alain Supiot : « Ni assurance ni charité, la solidarité » Le Monde Diplomatique, nov. 2014 p 3

L'acte fondateur d'un régime, caractérisé par la solidarité professionnelle est une « convention collective de sécurité sociale »⁵. Cette qualification, distincte de celle de convention collective de travail, résulte de la création d'un pot commun, moyen de concrétiser la solidarité⁶ ; de ce fait la déclaration d'inconstitutionnalité de l'ancien article L912.1⁷ ne saurait se traduire par la prohibition de ce qui concrétise une sécurité sociale de nature conventionnelle.

C'est au nom de la liberté contractuelle et par référence à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 que les sages de la rue Montpensier ont déclaré inconstitutionnel l'ancien article L912.1, lequel – c'est important à souligner - ne traitait que de mutualisation simple moyen et pas objectif comme l'est la solidarité. Or, eu égard à son autorité et à sa qualification de principe, la solidarité confère un but légitime à une atteinte à la liberté contractuelle, de ce fait proportionnée. On notera que c'est de la seule liberté contractuelle de l'employeur que s'est inquiété le conseil constitutionnel, celui des salariés ne le préoccupant guère ! Pourtant pour contester l'obligation qui lui était faite de relever de l'assureur choisi par son employeur, un salarié a invoqué l'atteinte à son droit d'association (on lui interdisait de ce fait de conserver sa mutuelle) et sa liberté contractuelle, droits issus de la Convention Européenne des Droits de l'Homme ; la Cour de Cassation, sans méconnaître ces droits, a écarté cette prétention en invoquant que la solidarité contribuant à la solidité de la collectivité de travail, ses intérêts devaient prévaloir sur ceux individuels de chaque salarié par déclinaison du principe de proportionnalité⁸. Le même raisonnement peut être à l'évidence invoqué à propos de la liberté contractuelle de l'employeur. Sinon les conventions collectives de branche seraient prohibées !

Est réducteur de positionner le problème des clauses de désignation sur le terrain de l'opposition entre institutions de prévoyance et compagnies d'assurance. Certes, un régime fondé sur la solidarité ne peut se concrétiser que dans le cadre d'un double paritarisme, de conception (seul un accord peut le créer) et de gestion (un organe paritaire s'impose) parce qu'il tire sa consistance juridique de l'autogestion par les employeurs et les salariés. Pour autant cela n'exclut pas que l'organisme assureur retenu soit une compagnie, ce dont attestent les jurisprudences ayant pris naissance sous l'empire de l'article L4 de l'ordonnance de 1945⁹. Par contre, l'autonomie de l'assureur – quel qu'il soit : compagnie, institution, mutuelle – est alors réduite, sans doute limitée à ce qui relève de sa responsabilité au titre des obligations en

⁵ Paul Durand : « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale » Droit Social 1960, 42.

⁶ Jean-Jacques Dupeyroux : « les exigences de la solidarité » Droit Social Nov. 1990

⁷ Décision du 13 juin 2013 n°2013-672 DC, voir la critique de Xavier Prétot « La protection sociale complémentaire survivra-t-elle au despotisme de la concurrence ? » SJS 2 novembre 2013, p 643

⁸ Cass. Soc. 24 avril 2013 n°12-19.775 Banques Populaires – Jacques Barthelemy « Affiliation obligatoire d'un salarié à une garantie collective de prévoyance et CEDH » Droit Social 2013 p 569

⁹ Arrêts Penven/ Jourdain du 5 janvier 1984 n°81-42.112 et RVI/Azouz du 15 juin 1986

matière de solvabilité. Pour le reste, il n'est que l'instrument au service des partenaires sociaux. Au demeurant, les garanties sociales - dont les garanties collectives de prévoyance et de retraite ne sont qu'une des formes - sont objet de négociation collective¹⁰, se distinguent des conditions de travail, qui en sont un autre objet, par le fait que l'avantage du salarié n'est pas une prestation due directement par l'employeur mais le fait d'être assuré ; sa valeur c'est le montant de la cotisation car elle évalue actuariellement le risque. Malgré l'inconstitutionnalité de l'ancien article L912.1 du code de la sécurité sociale, une clause de désignation est donc toujours possible si est mis en œuvre un degré élevé de solidarité et une politique de prévention qui confèrent un but légitime à l'atteinte à la liberté contractuelle de l'employeur ainsi que du reste, à la libre concurrence, atteinte de ce fait proportionnée. Une autre raison justifie la survie des clauses de désignation¹¹ : leur nullité se traduit non par la possibilité pour chaque entreprise de choisir son assureur mais par la caducité de constructions conventionnelles fondées sur la solidarité parce qu'en est remise en cause l'économie en raison de l'impossibilité de verser les droits non contributifs liés à l'objectif de solidarité. On assiste alors à une régression sociale, au mépris d'une exigence de la CEDH. Il en est ainsi - à titre d'exemple - des indemnités de fin de carrière fondées sur l'ancienneté, non dans la dernière entreprise mais dans la branche, ce qui favorise la mobilité et l'emploi des seniors ; or, de telles garanties ne peuvent exister sans mutualisation de contributions versées par toutes les entreprises de la branche.

Un courant de pensée se développe, inspiré de libre concurrence, visant à casser la sécurité sociale, pourtant consubstantielle de la solidarité¹², et ce en prenant prétexte de l'efficacité économique. L'idée que la solidarité nationale est le domaine réservé de l'impôt et que tout le reste est du ressort de l'assurance fait aussi des adeptes, bien que sans fondement. Dans cette perspective, la critique des clauses de désignation doit être rapprochée de la décision d'inconstitutionnalité de la dégressivité de la quote-part salariale des cotisations pour les personnes ayant un revenu compris entre 1 et 1,3 fois le SMIC¹³, la philosophie en étant la même. La solidarité, progrès de l'humanité, ne peut pas être sacrifiée à des intérêts catégoriels.

¹⁰ Cf. L2221.1 du code du travail

¹¹ Jacques Barthelemy « La survie des clauses de désignation » Droit Social Déc 2014

¹² Jean-Marie Belorgey « Logique de solidarité et logique d'assurance » Droit Social 1995 p 731 voir aussi dans le même numéro Jean-Jacques Dupeyroux « Il faut, à mon humble avis, lier sécurité sociale et solidarité ».

¹³ Décision du 6 avril 2014 n° 2014-698 DC - Jacques Barthelemy « Loi de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2014 : le Conseil Constitutionnel et la réduction des cotisations des bas salaires » Droit Social 2014 p 867