

SÉCURITÉ SOCIALE / PROTECTION SOCIALE

Les solidarités des accords professionnels de protection sociale ^{300h6}

Sous la direction de
Vincent ROULET
Maître de conférences à la
faculté de droit de Tours,
co-directeur du master 2
Juriste d'entreprise

La « solidarité » est de ces termes, de ces valeurs, sur lesquels tous s'entendent, pourvu que nul n'en fixe le sens : on brandit la solidarité, on ne la définit pas. C'est pourtant à cet exercice périlleux que se sont livrés les rédacteurs du présent dossier à propos des garanties collectives instituées au niveau des branches. Ils évoquent successivement l'agonie des clauses de désignation (v. l'article d'Alain Sauret), la conception qu'a l'État des « nouvelles » clauses de recommandation (v. l'article de Claudie Bistondi), l'appréhension par les partenaires sociaux du degré élevé de solidarité (v. l'article de Selma Kouza), enfin, les dispositions légales éparses qui distillent encore d'autres types de « solidarités » (v. l'article de Vincent Roulet).

La résistance des clauses de désignation ou une mort sans fin ^{303j7}

L'essentiel

Le droit social suit la nature plus qu'on ne le pense. Il en est par exemple ainsi des clauses de désignation en matière de prévoyance que l'on croit enfouies au fond du gouffre comme la rivière souterraine, mais qui nous offrent des résurgences inattendues et spectaculaires.



Étude par
Alain SAURET
Avocat au barreau de
Paris, spécialiste en
droit social et en droit
de la sécurité sociale et
de la protection sociale,
président du conseil
scientifique de FIDERE
Avocats

La mort programmée des clauses de désignation a été suffisamment proclamée pour qu'on les enterre toutes rapidement, aidé en cela par le contenu libéral de l'Accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013, puis par une décision du Conseil constitutionnel, intervenue cinq mois plus tard, qui jugea inconstitutionnel le contenu de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale, vecteur désigné et support de la création des mécanismes anciens des clauses de désignation en matière de prévoyance.

Le côté curieux de l'histoire (effet collatéral), c'est que ce débat est né à l'occasion de la généralisation des garanties de santé, alors que, comme l'expose très bien Dominique Libault dans son rapport du 23 septembre 2015, l'intérêt, l'utilité et l'existence des clauses de désignation ont un sens véritable en matière de prévoyance en raison du type de garanties et de financements qui requièrent d'avoir une vision et une action sur le long terme, et que le débat aujourd'hui vise surtout les régimes de prévoyance au

niveau des conventions collectives de branche, car il n'y a pas nécessairement le même enjeu pour les frais de santé (encore que cela est discutable !).

Enterrées un peu vite, certes, enterrées vivantes, au surplus, ces clauses...

Il fallait compter sur l'énigmatique exception au principe d'inconstitutionnalité de feu l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale en sa rédaction d'alors : « Considérant que la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'elle n'est toutefois pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication, et liant les entreprises à celles qui sont régies par le Code des assurances, aux institutions relevant du titre III du Code de la sécurité sociale et aux mutuelles relevant du Code de la mutualité »⁽¹⁾.

Mystérieuse alchimie des mots que quatre ans de débats doctrinal et judiciaire passionnés et opposés ont à peine réussi à décrypter. C'est donc à une tentative de décryptage que nous allons nous livrer, avec l'avantage d'avoir quelques clefs de réponses données par les plus hautes instances. Encore qu'elles n'excluent pas totalement des difficultés d'interprétation. *Perinde ac cadaver*⁽²⁾...

Il n'est pas question de faire ici l'exégèse d'exégètes plus qualifiés, mais d'essayer de dresser concrètement l'état du droit positif, à un moment de relative stabilisation,

(1) Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC : JO, 16 juin 2013.

(2) Qui pourrait être traduit par « silencieusement comme un cadavre ».

objectif suffisant que nous espérons utile pour le lecteur attentif.

L'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 a précipité la réflexion. L'ANI du 11 janvier 2013 traitait, entre autres choses, de la généralisation de la couverture complémentaire frais de santé (et on sait que cette généralisation a, entre-temps, été consacrée par la loi pour devenir, en période de crise pourtant, un élément supplémentaire important du socle social français). À cette occasion, il prévoyait, non sans sagesse, que « les partenaires sociaux de la branche laisseront aux entreprises la liberté de retenir le ou les organismes de leur choix », les accords pouvant recommander certains organismes pour assurer les garanties négociées. Il y avait, dans cette rédaction, une volonté claire de libre choix posée par l'ANI, sans que les partisans d'une mutualisation au niveau des branches aient pu faire entendre réellement leurs voix.

En effet, dans de nombreux secteurs où le régime de prévoyance est piloté par les partenaires sociaux depuis longtemps et avec succès, ces derniers n'étaient pas – et ne sont toujours pas – demandeurs d'une mise en cause d'un partenaire désigné... dans l'intérêt des entreprises et des salariés.

« Dans les secteurs où le régime de prévoyance est piloté avec succès par les partenaires sociaux, ces derniers ne sont pas demandeurs d'une mise en cause d'un partenaire désigné »

Le Conseil constitutionnel dans un exercice inattendu.

Le Conseil constitutionnel, confronté à la modification de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale résultant du projet de loi censé transposer l'accord, a déclaré, à l'occasion de l'examen des dispositions soumises, l'article L. 912-1, qui avait permis le système des clauses de désignation, contraire à la Constitution⁽³⁾. D'aucuns ont pu s'étonner de cette décision du 13 juin 2013 et la contester. Ce faisant, le Conseil constitutionnel a ouvert des brèches notables dans le raisonnement qui est, plus que jamais, d'actualité pour construire les futures règles :

– l'objectif de mutualisation des risques peut justifier certaines atteintes aux libertés « d'entreprendre et contractuelle », concède le Conseil ;

– le but peut être atteint par la recommandation, au niveau de la branche, d'un organisme de prévoyance proposant un contrat de référence moyennant un tarif d'assurance donné (ce qui reste, outre les garanties sociales et le coût, l'un des objectifs essentiels de la négociation au niveau d'une branche) ou en offrant que soient « désignés » « au niveau de la branche plusieurs organismes de prévoyance proposant au moins de tels contrats de référence » ;

– les clauses de désignation sont en mesure de porter « une atteinte excessive à la liberté contractuelle et à la

liberté d'entreprendre... ». Le législateur – poursuivent les Sages – « ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini », traçant ainsi la ligne rouge de l'interdit ;

– le Conseil constitutionnel, conscient des effets sur les régimes de prévoyance et de santé en cours, a modulé dans le temps les effets de cette décision, cette modulation s'exprimant par une affirmation à la rédaction floue et aux effets incertains : « La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale prend effet à compter de la publication de la présente décision (...) elle n'est toutefois pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication »⁽⁴⁾.

Une chose est claire : les entreprises non liées à un organisme assureur en application d'une clause de désignation à la date de la décision intervenue le 13 juin 2013 sont libres de choisir l'organisme qu'elles souhaitent. En ce sens, il y a un effet immédiat né de cette déclaration d'inconstitutionnalité et le principe peut recevoir application.

Mais les zones de flou concernent les entreprises qui se trouvent liées en vertu d'une clause de désignation. Si le Conseil constitutionnel a entendu ne pas priver d'effet les contrats en cours, il ne dit pas à quel moment, ni comment ces contrats (contrats collectifs ou contrats d'assurance) sont concernés ?

Les incertitudes étant grandes, le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité. Il a confirmé, le 18 octobre 2013, son opposition aux clauses de désignation telles que prévues par l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale⁽⁵⁾.

Pour le surplus, il a fallu que les juridictions de l'ordre judiciaire apportent des précisions complémentaires. La Cour de cassation a pu juger récemment que par « contrats en cours », il fallait entendre les accords collectifs désignant l'assureur (l'organisme) en charge de gérer le régime de prévoyance⁽⁶⁾.

Il en résulte que les accords collectifs (ou conventions) de branche conclus avant le 13 juin 2013 et toujours en vigueur s'imposent aux entreprises jusqu'à leur terme.

Or, de nombreux accords de prévoyance sont à durée indéterminée. Ils sont nombreux également à désigner un organisme. La clause de « revoyure » quinquennale n'est pas en soi un élément interruptif de la durée du « contrat en cours », sauf s'il y a renégociation ou révision. Les commentateurs s'accordent désormais sur les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel.

Le jeu substitutif des clauses de recommandation. Le présent n'est pas totalement fermé à la survie des clauses de désignation, mais le futur ne pourra que constater et enregistrer le (très) lent déclin de ces mêmes clauses. Pour l'accélérer, la loi de financement de la Sécurité Sociale pour 2014 a substitué le mécanisme des clauses de recommandation à celui des clauses de désignation. Notre confrère, Selma Kouza, en fait l'exégèse dans un article publié dans le présent numéro de la *Gazette du*

(4) NDA : nous mettons en italique.

(5) Cons. const., 18 oct. 2013, n° 2013-349 QPC : JO, 20 oct. 2013.

(6) Cass. soc., 11 févr. 2015, n° 14-13538 ; Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n° 15-12276.

(3) Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, préc.

Palais⁽⁷⁾, démontrant combien le temps est long pour cette substitution puisqu'il paraît difficile d'affirmer qu'à ce jour, plus de quarante conventions collectives auraient accompli leur mue en ce domaine. La programmation de la disparition des clauses de désignation fait penser à la disparition des moteurs diesel ou à essence... Dans une génération, peut-être.

Et ce à cause du mécanisme inauguré par le Conseil constitutionnel il y a 4 ans déjà !

Voici le pourquoi d'une telle résistance : les clauses relativement impératives en ce domaine permettaient des garanties sociales pérennes, des cotisations (et la répartition entreprise/salarié) relativement stables, l'exclusion d'un risque de dumping intempestif, une mutualisation des risques et un accompagnement pendant les mobilités professionnelles, voulues ou contraintes, provoquées ou subies par les salariés.

D'ailleurs la loi *Travail* n° 2016-1088 du 8 août 2016 et les ordonnances en cours de négociation maintiennent le rôle pilote des branches en matière de prévoyance, ce qui n'est pas neutre dans le débat.

La réflexion de Dominique Libault dans son rapport précité de 2015 « sur la solidarité et la protection sociale complémentaire » va dans le même sens. Ce rapport distingue la couverture santé et la couverture prévoyance. Si la première peut très bien fonctionner dans le cadre de mécanismes de recommandations, il en va différemment pour la prévoyance ; la mission à l'origine du rapport préconise de ne pas délaissier les clauses de désignation, la couverture prévoyance (incapacité, invalidité, décès) nécessitant, pour être effective, un degré élevé de mutualisation, donc de solidarité.

La mission poursuit : « Il est utile de préserver et de développer les solutions cohérentes mises en place pour les branches garantissant un tarif unique évoluant de façon homogène pour l'ensemble des secteurs concernés (...) ».

Mais contrairement à ce qu'expriment la mission et Dominique Libault, les négociations prévoyance et frais de santé s'inspirant de règles de solidarité identiques sont de plus en plus groupées.

Et malgré le vent de regroupement qui agite fortement les branches, il y aura toujours des plus petits salaires et des plus petites entreprises que le système de mutualisation permet globalement de mieux garantir pour elles et pour leurs salariés.

D'ailleurs n'a-t-on pas parlé, à propos des clauses de recommandation d'un (seul) organisme, de clauses de « petite désignation ». Et si le lien ou la cohabitation se faisait précisément ainsi entre un monde qui va disparaître et un monde qui s'ouvre ; de la désignation aménagée à la recommandation encadrée, les objectifs poursuivis sont les mêmes : haut degré de solidarité, donc de mutualisation ; préservation des « trous de couverture » dans le temps et dans l'espace, selon le parcours de chaque salarié ;

effectivité des droits ; recherche d'une véritable parité durable de traitement au sein d'un secteur déterminé.

Mais pour en arriver là, il a fallu suivre le raisonnement du Conseil d'État⁽⁸⁾ et de la Cour de cassation dans deux de ses arrêts⁽⁹⁾ : l'expression « contrat en cours » vise donc la convention collective et non les contrats de prévoyance conclus par une entreprise individuelle avec son assureur, auquel cas la réponse aurait été différente⁽¹⁰⁾.

Et d'en arriver là consiste à préciser qu'une clause de désignation est toujours applicable du fait de son antériorité (à la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013 précitée) et peut l'être durablement. Elle conserve une force contraignante pour les entreprises de la branche pour lesquelles cette dernière avait été instaurée. Pour la Cour de cassation, « l'ensemble des employeurs entrant dans le champ d'application de l'accord collectif reste tenu d'adhérer au régime géré par l'organisme désigné par les partenaires sociaux ».

“ Ne pouvant faire table rase de près de trente ans de négociation au niveau des branches, une ère de cohabitation entre désignation et recommandation s'ouvre ”

Ainsi s'ouvre une ère de cohabitation entre désignation et recommandation. Ne faisons pas table rase du passé et de près de trente ans de négociation au niveau des branches, lesquelles se sont peu à peu emparé des garanties de prévoyance en donnant davantage aux salariés, moyennant des coûts partagés et maîtrisés, et ont étendu les périmètres de garantie de manière pérenne.

Laissons aux partenaires sociaux le soin de maîtriser le passage des dispositions anciennes aux dispositions du droit positif actuel. Encore faudrait-il que ces dernières se stabilisent car les répliques du tsunami de 2013 sont encore à venir, comme en témoigne le cavalier stoppé net par le Conseil constitutionnel dans la dernière loi de financement de la Sécurité sociale, lequel risque de revenir au galop.

Restera à trouver le bon véhicule pour de nouvelles précisions qui amèneront de nouveaux commentaires.

Ainsi le Conseil constitutionnel veille à ce que la décréte des clauses de désignation soit lente, à mesure que montent en volume les clauses de recommandation.

(8) CE, avis, 26 sept. 2013, n° 387595.

(9) Cass. soc., 11 févr. 2015, n° 14-13538, préc. ; Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n° 15-12276, préc.

(10) V. obs. Roulet V. ss CA Paris, 6-2, 16 oct. 2014, n° 12/17007 : Cah. soc. déc. 2013, n° 114y1, p. 708.

(7) Kouza S., « Le degré élevé de solidarité selon les partenaires sociaux », publié dans le présent numéro : Gaz. Pal. 19 sept. 2017, n° 303j8.