

FRANCIS KESSLER*

Protection sociale, libertés économiques unionistes et droit constitutionnel national: le cas de la protection sociale instaurée par voie de convention collective en France

Droit des conventions collectives, droit de la protection sociale, jurisprudence communautaire d'interprétation des libertés économiques, décisions d'une juridiction constitutionnelle, arrêts d'application et d'interprétation des juridictions suprêmes nationales, solidarité: tous ces thèmes font partie de l'œuvre du Professeur et Juge Ottó CZÚCZ dans son oeuvre¹.

Tous ces thèmes ont également été abordés à l'occasion d'une discussion sur la portée d'une institution juridique très particulière propre au droit français: l'organisation par les syndicats de salariés et organisations patronales, au niveau de la branche professionnelle d'une protection sociale complémentaire au régime de base de la sécurité sociale au moyen d'une ou de plusieurs conventions ou accords collectifs. La question centrale a été de connaître la portée du pouvoir normatif des partenaires sociaux en ce domaine jusqu'alors peu «juridicisé» et essentiellement issu de la pratique des négociations.

En effet, c'est à partir d'une législation relevant tant du droit du travail que du code de la sécurité sociale², que les partenaires sociaux ont, pour combler les vides du marché quant à l'assurance des salariés, créé des mécanismes originaux de solidarité (*I*).

L'élément central de cette solidarité - l'obligation de principe de cotiser à un organisme assureur unique au niveau de la branche - a été jugé conforme aux règles communautaires de la concurrence par la CJUE mais considérée comme contraire à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle par le Conseil constitutionnel français. L'applicabilité de cette

* Professor, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

¹ On relira notamment CZÚCZ OTTÓ: *Über die Möglichkeit und Notwendigkeit des mehrstufigen verfassungsrechtlichen Schutzes der sozialen Rechte - Bemerkungen über die Diskussion anlässlich der Vorbereitung der neuen Verfassung in Ungarn* - In.: *Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats. Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*. C.F.Müller Verlag, Heidelberg. 1999 p. 123; CZÚCZ OTTÓ: *Le développement de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle hongroise concernant le droit social. Les dix premières années*. In.: *Cahiers Genevois et Romands de Sécurité Sociale* 2001/27. p. 31; CZÚCZ OTTÓ: *The difficult relationship between national health systems and EU competition rules*. In: *EU Competition Law in Context: Essays in Honour of Virpi Tiili*. Ed.: N. Kórus, A. Rosas, H. Kanninen. Hart Publisher 2009. p. 126.

² On relira à cet égard CZÚCZ OTTÓ: *Composants non-économisables des systèmes sociaux. (La loi en tant qu'instrument de la planification sociale)* In.: *Droit et Legislation - Action Sociale - Développement Social*. Frankfurt am Main 1989. pp. 126-129.

dernière décision a donné lieu à un important débat judiciaire que la chambre sociale de la Cour de cassation vient (provisoirement) de clore en se référant précisément à l'originalité de la construction solidaire (II). On peut alors s'interroger sur l'émergence d'une nouvelle forme mutualisation des risques au niveau d'une branche professionnelle (III).

I) Des mécanismes de solidarité fruits de l'autonomie tarifaire

En France, les partenaires sociaux peuvent, au moyen d'une convention ou d'un accord collectif de travail, créer un régime de garanties, c'est-à-dire la fixation de prestations et de cotisations destinées à couvrir un risque social ou des risques sociaux pour un ensemble défini de salariés.

L'article 18 alinéa 1 de l'ordonnance n° 45-2250 du 4 octobre 1945, codifié ensuite à l'article L. 4 du Code de la sécurité sociale), a posé le principe que « les institutions de prévoyance ou de sécurité sociale de toute nature autres que celles qui gèrent des régimes spéciaux et des sociétés de secours mutuels établies dans le cadre d'une ou de plusieurs entreprises au profit des travailleurs salariés et assimilés ne peuvent être maintenues ou créées qu'avec l'autorisation du ministre du travail et de la sécurité sociale et en vue seulement d'accorder des avantages s'ajoutant à ceux qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale ». Par cet article, le législateur cherchait à favoriser l'émergence de garanties sociales de nature conventionnelle complétant les régimes légaux de base de la sécurité sociale.

Les partenaires sociaux ont alors mis en place des mécanismes de solidarité baptisés « régimes conventionnels » au moyen de conventions collectives. Ils ont ensuite créé, à partir des caisses de retraite complémentaires, des produits de prévoyance dans la mesure où les opérateurs d'assurance classique ne prenaient pas en charge certains risques. L'outil utilisé, baptisé « conventions collectives de sécurité sociale » par Paul Durand³, instaure des garanties collectives pour les salariés.

Le fondement légal de l'intervention des partenaires sociaux dans le domaine de la protection sociale complémentaire des salariés est constitué par l'article L. 2221-1 du Code du travail⁴ et par les articles L. 911-1⁵ et L. 911-2⁶ du Code de la sécurité sociale. Les garanties sociales qui sont une catégorie juridique dont font partie les garanties collectives de

³ P. DURAND: *Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale*. Dr. soc. 1960. 42.

⁴ «Le présent livre est relatif à la détermination des relations collectives entre employeurs et salariés. Il définit les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales.

⁵ «A moins qu'elles ne soient instituées par des dispositions législatives ou réglementaires, les garanties collectives dont bénéficient les salariés, anciens salariés et ayants droit en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale sont déterminées soit par voie de conventions ou d'accords collectifs, soit à la suite de la ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise, soit par une décision unilatérale du chef d'entreprise constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé. »

⁶ « Les garanties collectives mentionnées à l'article L. 911-1 ont notamment pour objet de prévoir, au profit des salariés, des anciens salariés et de leurs ayants droit, la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, des risques d'inaptitude et du risque chômage, ainsi que la constitution d'avantages sous forme de pensions de retraite, d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière ».

prévoyance sont donc un objet de la négociation collective. Toutefois, ni l'article L. 2221-1 du Code du travail ni l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale ne précise le régime juridique des divers mécanismes de mise en place d'un régime de prévoyance.

Soucieux de respecter l'autonomie de décision des partenaires sociaux dans la gestion de ces régimes, les pouvoirs publics français sont peu intervenus pour déterminer un cadre juridique particulier. Les seules interventions du législateur ont consisté à instaurer une procédure d'extension des conventions collective⁷, à imposer une règle en matière de hiérarchie des normes et à encadrer le système des clauses de désignation.

S'est ainsi développé ce qui est parfois appelé le « paritarisme de gestion » entendu comme l'ensemble des actes juridiques pris par les partenaires sociaux d'une branche déterminée pour la gestion d'un régime conventionnel de branche.

Organe central de la gestion de tout régime conventionnel de branche, la commission paritaire (composée de représentants des partenaires sociaux habilités à négocier au niveau de la branche professionnelle donnée) ne dispose pas, en tant que telle, de la personnalité morale et donc de moyens en personnel qui lui soient propres ou encore d'un budget de fonctionnement. Cette prévoyance collective est gouvernée par le principe de non-sélection individuelle. En vertu de ce principe, quelle que soit la modalité de constitution du régime collectif, lorsque des salariés sont garantis collectivement en matière de prévoyance, « l'organisme qui délivre sa garantie prend en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat ou de la convention ou à l'adhésion à ceux-ci, sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration »⁸.

Les partenaires de la branche, lorsqu'ils souhaitent réaliser une mutualisation du risque au sein de la branche qui soit la plus complète possible, négocient des accords qui contiennent une définition précise des prestations, du montant des cotisations ainsi qu'une clause portant désignation d'un ou de plusieurs organismes assureurs auprès desquels les entreprises sont tenues d'assurer leurs salariés.

La constitution d'un régime par les partenaires sociaux d'une branche professionnelle était donc souvent complétée par une clause de désignation, qui a pour but de déterminer l'organisme assureur qui mettra en œuvre ledit régime ; et, éventuellement, par une clause dite « de migration », qui énonce que le caractère contraignant de l'adhésion à l'organisme assureur désigné s'applique également aux entreprises ayant déjà souscrit un contrat complémentaire assurant la couverture des risques sociaux et les enjoint, dans un certain délai, d'assurer leurs salariés auprès de l'organisme assureur désigné. On parle aussi de clauses de « désignation avec migration ».

Ainsi, en contrepartie de cette exclusivité, l'organisme était tenu de couvrir tous les salariés du secteur concerné sur la base d'un tarif unique à partir d'une gestion financière unique et centralisée du risque couvert (« clause de mutualisation »).

Cette pratique s'est développée en France au cours des quarante dernières années : elle reflète un accord de volonté, librement négocié, entre les employeurs et les salariés, au travers de leurs représentants respectifs⁹.

⁷ Code de la sécurité sociale, art. L. 911-3.

⁸ Art. 2 de la loi du 31 déc. 1989.

⁹ PAR EX. J. BARTHELEMY: *Les fondamentaux du droit de la « PSC »*. Dr. soc. 2013. 873.

Pour mémoire, l'assurance reposant sur un calcul de probabilité, son application pure conduit à des inégalités de tarification entre les entreprises et les salariés selon la taille des premières, l'âge et le sexe des seconds. De telles règles n'existent pas au niveau individuel dans les régimes mis en place par voie de conventions collectives: il y a solidarité et dès lors lissage des cotisations.

Dans ce contexte, la possibilité d'une désignation par les partenaires sociaux d'un seul opérateur (ou de plusieurs opérateurs) par branche professionnelle permet une protection accrue des salariés, évite les distorsions de concurrence entre entreprises d'un même secteur du fait de la taille de l'entreprise, de la caractéristique de la population salariée assurée (les variables individuelles ou d'entreprise d'âge et de sexe sont largement gommées au profit d'un calcul au niveau de la branche professionnelle). La mutualisation des fonds (« le pot commun »)¹⁰ permet une action sociale pour les salariés les plus défavorisés;

La loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés a reconnu cette pratique qui a été codifiée à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale¹¹. Cet article prévoyait que «lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1er de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques [ou d'une ou plusieurs institutions mentionnées à l'article L. 370-1 du Code des assurances]¹², auxquels adhèrent alors obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de ces accords, ceux-ci comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation des risques peuvent être réexaminées. La périodicité du réexamen ne peut excéder cinq ans ».

Le seul encadrement législatif consistait donc à imposer une clause dans l'accord qui fixait les conditions et la périodicité des modalités d'organisation de la mutualisation des risques pouvaient être réexaminées. En outre, il était prévu que la périodicité du réexamen ne pouvait excéder cinq ans.

II) Solidarité et libertés économiques: reconnaissance et condamnation

Les dispositifs conventionnels de branche de prise en charge solidaire reposent sur la mutualisation des risques sociaux. Ils accordent un monopole à l'organisme assureur.

Cette organisation a été jugée acceptable au regard des règles de concurrence mais considéré comme portant atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre par le Conseil constitutionnel.

¹⁰ La formule est de 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.

¹¹ En son Livre 9 « Dispositions relatives à la protection sociale complémentaire et supplémentaire des salariés et non-salariés et aux institutions à caractère paritaire », Titre 1 « Dispositions générales relatives à la protection sociale complémentaire des salariés », Chapitre 2 « Clauses obligatoires ».

¹² Ajout en vigueur au 24 juin 2006.

A) Une jurisprudence favorable à la clause de désignation instrument de la solidarité

La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mars 1994¹³, a admis la validité des clauses de désignation au regard des règles de concurrence. Le Conseil d'Etat a estimé qu'un accord pouvait désigner les institutions de prévoyance dès lors que cela n'affecte pas une partie substantielle du marché commun: « qu'à supposer que le droit exclusif conféré par l'accord contesté aux organismes gestionnaires des garanties collectives qu'il institue place ces derniers, notamment en raison de l'obligation imposée à toutes les entreprises de la branche de résilier dans un délai déterminé tous les contrats de prévoyance conclus antérieurement avec d'autres organismes gestionnaires, en situation d'abuser de leur position dominante, il résulte des pièces du dossier que, compte tenu de la très faible part du marché national de la prévoyance complémentaire que couvre l'accord litigieux, la fédération requérante ne peut utilement soutenir qu'un tel abus affecterait une partie substantielle du marché commun au sens de l'article 86 du traité de Rome précité »¹⁴.

Le Conseil de la concurrence s'est lui aussi prononcé dans un avis du 21 janvier 1992, n° 92-A-01: « lorsqu'ils chargent un organisme de gérer le système de prévoyance qu'ils ont mis en place ou lorsqu'ils adhèrent au régime créé par une institution de prévoyance déterminée, les partenaires sociaux exercent la liberté de choix normale du demandeur à l'égard des prestataires de services offreurs. Le conseil observe toutefois à ce propos que rien ne s'opposerait à ce que les parties à la convention fassent appel à différents offreurs soit avant d'adopter la clause relative au régime de prévoyance soit à l'occasion de la révision de celle-ci, comme l'a d'ailleurs observé la cour d'appel de Paris ». « La désignation d'un organisme de prévoyance, qui est l'expression du choix exercé par les partenaires sociaux, n'est pas en tant que telle contraire au droit de la concurrence; d'autre part, la clause de désignation d'un organisme de prévoyance et le choix du régime correspondant sont des éléments constitutifs de l'économie de la convention ».

Par conséquent, que ce soit par la jurisprudence de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat ou aux yeux du Conseil de la concurrence, les clauses de désignation ont été validées au regard de la question de la libre concurrence.

La solution est la même pour la Cour de justice de l'Union européenne: le « principe de solidarité » peut dans certaines conditions rendre inapplicables les règles du marché aux régimes complémentaires, comme le témoigne l'affaire AG2R en France. Cette affaire¹⁵ concerne l'affiliation à un régime complémentaire de soins de santé. La Cour estime que le droit de l'Union ne s'oppose pas à ce que les pouvoirs publics français rendent obligatoire l'affiliation à un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé pour

¹³ CA Paris 5 déc. 1992, n° 91-11516: « mais attendu que les régimes de sécurité sociale complémentaires qui reposent, comme les régimes de sécurité sociale de base, sur des mécanismes d'affiliation obligatoire pour les employeurs et travailleurs compris dans son champ d'application, et qui imposent aux établissements qui perçoivent les cotisations et répartissent les prestations, quelle que soit leur nature juridique, des sujétions particulières en vue de répondre à la mission sociale qui leur est confiée, ne sont pas visés par les dispositions des art. 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} déc. 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, ni par celles des art. 85 et 86 du Traité instituant la Communauté économique européenne ».

¹⁴ CE 7 juill. 2000, n° 198564.

¹⁵ CJUE, 3 mars 2011, AG2R Prévoyance, Beaudout Père et Fils, C-437/09, Rec. p. I-973 par ex. F. KESSLER, D. JONIN: *Droit communautaire et clause conventionnelle de migration vers un organisme assureur complémentaire note sous CJUE*, 3 mars 2011 aff. 437/09, 3e ch., RJS 6/11 p. 446.

l'ensemble des entreprises d'un secteur, sans possibilité d'une quelconque dispense. Les autorités publiques peuvent conférer à un organisme assureur chargé d'une mission d'intérêt économique général le droit exclusif de gérer ce régime, avec obligation de l'ensemble des entreprises du secteur de s'y affilier. Un tel accord ne relève pas des règles de concurrence en raison de sa nature et son objet: réduire les dépenses de santé qui, à défaut de convention collective, devraient être supportées par les salariés. La Cour reconnaît donc que l'AG2R poursuit une *finalité sociale*. En fait, le régime se caractérise par « un degré élevé de solidarité », notamment en raison du « caractère forfaitaire des cotisations et de l'obligation d'accepter tous les risques ». Les contraintes que cela fait peser sur l'organisme assureur rendent le service fourni par ce dernier « moins compétitif qu'un service comparable fourni par des compagnies d'assurance non soumises à ces contraintes » et contribuent donc à justifier « le droit exclusif de cet organisme de gérer un tel régime, sans qu'aucune dispense d'affiliation ne soit possible ».

Bien que l'institution de prévoyance AG2R soit un organisme à but non lucratif qui agit sur le principe de solidarité, il s'agit d'une entreprise « exerçant une activité économique » qui se trouve dans un environnement concurrentiel sur le marché des services de prévoyance. L'institution de prévoyance du groupe AG2R détient donc un monopole légal dans cette branche, ce qui n'est pas incompatible avec le traité si l'entreprise n'exploite pas cette position dominante de façon abusive. En bref, la Cour rappelle que la finalité sociale d'un régime de prévoyance n'est pas en soi suffisante pour exclure un assureur du champ d'application du droit de la concurrence. Le régime doit en outre être considéré comme mettant en œuvre le principe de solidarité et être soumis au contrôle de l'État qui l'a instauré¹⁶. C'est dans ces conditions que l'affiliation obligatoire à l'AG2R peut être compatible avec le droit de l'Union. L'évolution du droit de l'Union en ce domaine montre une réalité juridique difficilement contestable: que la protection sociale et la solidarité n'est pas un acquis mais bien un construit, au cas par cas¹⁷.

L'élément central de « l'arrêt Beaudout » est le recours à la notion de service d'intérêt économique général. On rappellera que ce sont des « services de nature économique que les autorités publiques des États membres (...) soumettent à des obligations spécifiques de service public par le biais d'un mandat et en vertu d'un critère d'intérêt général et afin de s'assurer que ces services soient prestés à des conditions qui ne sont pas nécessairement celles qui prévalent sur le marché »¹⁸.

Dans sa jurisprudence, la Cour admet de la sorte que le risque de sélection des risques (inhérente à la technique de l'assurance) puisse mettre en échec une mission d'intérêt économique général¹⁹. Pour la Cour, « en cas de suppression du droit exclusif du fonds de gérer le régime de pension complémentaire pour tous les travailleurs d'un

¹⁶ Points 45–46.

¹⁷ CJCE, 21 sept. 1999, Albany, C-67/96, Rec. p. I-5751; CJCE, 20 sept. 2000, Van der Woude, aff. C-222/98, Rec. I-7111. J. BARTHÉLÉMY: *Protection sociale complémentaire. La survie des clauses de désignation*. Dr. soc., 2015. 1057. L'affaire Beaudout Père et Fils fait l'objet d'une nouvelle question posée à la Cour par le Conseil d'État: « le respect de l'obligation de transparence qui découle de l'article 56 TFUE est-il une condition préalable obligatoire à l'extension, par un État membre, à l'ensemble des entreprises d'une branche, d'un accord collectif confiant à un unique opérateur, choisi par les partenaires sociaux, la gestion d'un régime de prévoyance complémentaire obligatoire institué au profit des salariés »? (aff. C-26/14; v. aussi aff. C-25/14).

¹⁸ § 2.2.

¹⁹ V. l'arrêt Corbeau, précité.

secteur déterminé, les entreprises employant un personnel jeune et en bonne santé exerçant des activités qui ne sont pas dangereuses recherchaient des conditions d'assurance plus avantageuses auprès d'assureurs privés. Le départ progressif des « bons » risques laisserait au fonds sectoriel de pension la gestion d'une part croissante de « mauvais » risques, provoquant ainsi une hausse du coût des pensions des travailleurs, et notamment de ceux des petites et moyennes entreprises disposant d'un personnel âgé exerçant des activités dangereuses, auxquelles le fonds ne pourrait plus proposer de pensions à un coût acceptable »²⁰. On est là dans la définition de base de la solidarité ; on mutualise, pour un secteur professionnel déterminé, les bons et les mauvais risques ou les bons et mauvais groupes d'assurés: « il en serait d'autant plus ainsi lorsque (...) le régime de pension complémentaire géré exclusivement par le Fonds se caractérise par un degré élevé de solidarité en raison, notamment, de l'indépendance des cotisations par rapport au risque, de l'obligation d'accepter tous les travailleurs sans examen médical préalable, de la continuation de la constitution de la pension en dispense de versement des cotisations en cas d'incapacité de travail, de la prise en charge par le Fonds de l'arriéré de cotisations dû par l'employeur en cas de faillite de ce dernier ainsi que de l'indexation du montant des pensions afin de maintenir leur valeur »²¹.

La Cour a repris les mêmes analyses dans l'arrêt *AG2R c/ Beaudout* du 11 mars 2011: « en cas de suppression de la clause de migration et, par là même, du droit exclusif d'AG2R de gérer le régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé pour l'ensemble des entreprises du secteur de la boulangerie artisanale française, cet organisme, alors qu'il est obligé, en vertu de l'avenant n° 83, d'offrir une couverture aux salariés de ces entreprises dans les conditions définies par ledit avenant, risquerait d'être confronté à une défection des assurés présentant des risques restreints, ceux-ci se tournant vers des entreprises offrant, en ce qui les concerne, des garanties comparables, voire meilleures, pour des cotisations moins élevées. Dans ces conditions, la part croissante des « mauvais risques » qu'il incomberait à AG2R de couvrir provoquerait une hausse du coût des garanties, de sorte que cet organisme ne pourrait plus proposer une couverture de même qualité à un prix acceptable »²².

Les principes de gestion fondamentaux des services d'intérêts économique généraux (SIEG) sont respectés: absence totale d'exploitation abusive de la position dominante issue des droits exclusifs conférés par l'Etat et gestion au moindre coût ne laissant à l'organisme assureur désigné qu'un « bénéfice raisonnable », c'est-à-dire « un taux de rémunération des capitaux propres qui tient compte du risque, ou de l'absence de risque, encouru par l'entreprise du fait de l'intervention de l'Etat membre »²³.

De plus, ce sont les partenaires sociaux qui définissent le marché au moyen de l'obligation d'affiliation. D'un marché libre où se rencontrent une offre et une demande

²⁰ CJCE, Albany, point 108.

²¹ Point 109.

²² Point n° 77. La Cour reprend ensuite son analyse sur les autres éléments de solidarité. Mais, comme précédemment, elle ne leur accorde qu'un rôle second.

²³ Il est d'ailleurs assez paradoxal de constater qu'avec le nouvel art. L. 912-1 Code de la sécurité sociale, on est passé à la situation rigoureusement inverse: l'intervention de l'Etat avec le système de la recommandation fait, au contraire, peser des risques excessifs sur les organismes assureurs qui seront recommandés. C'est un constat qu'il faudra développer de manière approfondie.

d'assurance, on passe de la sorte à un système régulé qui relève de ce que la Cour de justice appelle « l'essence de la négociation collective ». Ces mécanismes sont totalement étrangers à la technique de l'assurance.

La Cour de cassation a repris le syllogisme judiciaire de la Cour de justice de l'Union européenne²⁴, reconnaissant des modalités « d'assurance redistributive », dépassant les droits contributifs gagés par un contrat d'assurance, par (i) l'organisation d'une solidarité au travers de droits non contributifs et/ou par (ii) une politique de prévention, organisés par les partenaires sociaux. Cette « assurance redistributive » est mise en œuvre par un monopole d'un organisme assureur au niveau d'une branche professionnelle.

B) L'inconstitutionnalité de « l'assurance redistributive »

Le 11 janvier 2013, l'accord national interprofessionnel prévoyait, notamment pour la généralisation de la couverture complémentaire frais de santé, que « les partenaires sociaux de la branche laisseront aux entreprises la liberté de retenir le ou les organismes assureurs de leur choix. Toutefois, ils pourront, s'ils le souhaitent, recommander aux entreprises de s'adresser à un ou plusieurs organismes assureurs ou institutions pouvant garantir cette couverture après mise en œuvre d'une procédure transparente de mise en concurrence ».

Le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi du 14 mai 2013 censé transposer l'accord prévoyait la modification de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale avec pour objectif d'imposer une mise en concurrence lorsqu'une convention ou un accord de branche prévoit une mutualisation des risques notamment au moyen d'une clause de désignation.

En réponse à ce projet de loi, l'Autorité française de la concurrence, dans un Avis n° 13-A-11 du 29 mars 2013 relatif aux effets sur la concurrence de la généralisation de la couverture complémentaire collective des salariés en matière de prévoyance, a estimé que les clauses de désignation étaient une entrave à la liberté contractuelle et préconisé une procédure d'appel d'offres rigoureuse pour toute désignation ou recommandation d'un organisme assureur par les branches professionnelles. Pour l'Autorité, « le principe de la liberté de choix de l'organisme d'assurance, laissée à l'employeur par les partenaires de la branche, tel qu'il figure dans l'article 1er de l'ANI du 11 janvier, est, par essence, le mieux à même de permettre une concurrence effective et non faussée entre les différents organismes d'assurance. Il doit, à ce titre, être privilégié ».

Dans sa décision du 13 juin 2013, le Conseil constitutionnel a censuré certaines des dispositions de son article 1, ainsi que l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale dans sa rédaction issue du projet de loi sur la sécurisation de l'emploi, dispositions autorisant les clauses de désignation en complémentaire santé et en prévoyance. Le Conseil constitutionnel a considéré que « les dispositions de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale portent à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques »²⁵.

²⁴ F. KESSLER: *Les modalités de désignation d'organismes assureurs de prévoyance collective devant la Cour de cassation: circulez, il n'y a rien à discuter!* note sous Soc. 31 oct. 2012, 21 nov. 2012, 22 nov. 2012, 27 nov. 2012 et 5 déc. 2012, RDSS 2013. 144.

²⁵ Considérant 11 de la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013. Tenant compte de l'inconstitutionnalité des clauses de désignation, le législateur français a, par la LFSS n° 2013-1203 du 23 déc. 2013, reformulé l'art. L. 912-1

« L'assurance redistributive » est anti-constitutionnelle! »

Ce faisant le Conseil constitutionnel a oublié qu'une convention collective conclue entre les organisations syndicales et les organisations patronales représentatives est une atteinte à la liberté contractuelle de l'employeur et à la liberté d'entreprendre. Cette atteinte est toutefois justifiée depuis une loi de 1918 (!) et est notamment consacrée en droit français par le principe de la liberté de négociation collective découlant du 8^e alinéa du préambule de la Constitution de 1946 ; le Conseil constitutionnel a anormalement limité l'exercice du droit à la négociation collective, et méconnaît le droit communautaire puisqu'il empêche la négociation collective de se développer dans un domaine qui est essentiel ; en cela, il contredit plusieurs des objectifs sociaux du TFUE²⁶.

Oublié également « l'objectif de solidarité », la volonté des partenaires sociaux de réaliser une mutualisation des risques qui permet notamment aux salariés à risques, à ceux qui sont les plus âgés, d'être traités comme les autres tant du point de vue des garanties que des cotisations. Or c'est là la pierre angulaire du syllogisme de la Cour sise à Luxembourg, qui confère un but légitime à une atteinte, proportionnée de ce fait, à la liberté tant économique que contractuelle²⁷.

Oublié de surcroît, que nombre d'accords collectifs subordonnent leur application à l'adoption d'un arrêté ministériel d'extension afin que toutes les entreprises entrent dans le champ professionnel et géographique de l'accord.

Oublié enfin que le tarif de l'organisme assureur désigné repose sur des calculs actuariels prenant en compte la soumission de l'ensemble des entreprises de la branche et les caractéristiques de la population salariée à couvrir au niveau de la branche et non au niveau de chaque entreprise: dès lors, les entreprises à forte probabilité de réalisation d'un risque bénéficient de la solidarité des entreprises à faible risque. En ce sens, l'accord de prévoyance harmonise les conditions de la concurrence par le coût du travail (« le dumping social ») entre entreprises d'une même branche.

La décision pour le moins laconique et simpliste²⁸ du 11 juin 2013 du Conseil Constitutionnel n'a tenu compte d'aucun de ces éléments et est de la sorte en totale rupture avec les orientations jurisprudentielles des deux plus hautes juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire. Elle n'est pas davantage en cohérence avec la jurisprudence du Conseil de la concurrence et de l'Autorité de la concurrence.

CSS: v. J.-P. CHAUCHARD: *La prévoyance sociale complémentaire selon le Conseil constitutionnel*. RDSS 2014. 601.

²⁶ Dans l'arrêt Pavlov, il a été estimé qu'il n'y avait pas matériellement d'atteinte à la concurrence significative et par voie de conséquence, il ne peut davantage y avoir d'atteinte à la liberté d'entreprendre.

²⁷ La Cour d'appel de Paris (CA Paris, pôle 6, ch. 2, 16 oct. 2014, n° 12/17007) a dégagé un autre élément de solidarité: « il ne saurait être fait grief (aux partenaires sociaux) d'avoir privilégié les institutions de prévoyance, qui se voient interdire, en application des dispositions de l'article L. 932-9 du Code de la sécurité sociale, de suspendre leurs garanties, de dénoncer une adhésion et de résilier un contrat à l'égard d'une entreprise ne s'acquittant pas de ses cotisations ».

²⁸ F. KESSLER: *La notion de « contrat en cours » en droit de la prévoyance: le chaos jurisprudentiel*. RDSS 2014. 962.

III) L'émergence d'un régime juridique de la mutualisation des risques au niveau de la branche?

Le débat autour des clauses de désignation s'est déplacé sur « la notion de contrats en cours », formule pour le moins malencontreuse utilisée par le Conseil constitutionnel dans le considérant 14 de la décision du 14 juin 2013 et dans le considérant 3 de sa décision du 18 octobre 2013, qui a pour objet de fixer la portée dans le temps de la décision d'inconstitutionnalité. Le Conseil a précisé que la déclaration d'inconstitutionnalité de cet article L. 912-1 prend effet à compter de la publication de la présente décision, mais qu'elle n'est 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 de prévoyance et aux mutuelles²⁹. Le commentaire accompagnant la décision a précisé que « la censure de l'article L. 912-1 [doit] conduire à ce qu'aucune nouvelle convention ne soit passée sur le fondement de ces dispositions ».

Deux thèses se sont alors affrontées ; pour les uns, le « contrat en cours » renvoie bien au contrat d'assurance « ou à la relation assurantielle »³⁰ de l'entreprise avec l'organisme assureur désigné, auquel cas les engagements peuvent s'achever à l'échéance annuelle des contrats collectifs d'assurance par application des règles du Code des assurances. D'autres considéraient que l'engagement conventionnel est l'accord collectif instaurant le régime de prévoyance collective auquel cas les engagements ne pourraient s'achever au plus tard qu'au terme de celui-ci. Le Conseil d'Etat s'était, dans un avis du 26 septembre 2013, prononcé pour la continuation des accords de branche jusqu'à leur terme normal ; pour les accords collectifs pouvant être à durée indéterminée, le Conseil d'Etat retient comme échéance le réexamen quinquennal de l'article L. 912-1 sur les conditions de mutualisation de la branche³¹.

Suivant en cela un premier arrêt en date du 4 janvier 2014 de la Cour d'appel de Chambéry³², la Cour d'appel de Paris a considéré, le 16 octobre 2014, dans un litige sur la désignation dans le secteur des pharmacies d'officine, que « *les pharmacies d'officine qui n'avaient pas encore, au jour de la publication de la décision du 13 juin 2013, satisfait à l'obligation d'adhérer aux contrats types avec l'Institut de prévoyance du groupe Mornay prévue par les articles litigieux, ne peuvent plus y être contraintes* ». Mais la Cour d'appel de Paris n'en a pas pour autant penché pour l'application pure et simple du droit des assurances: « il doit être encore rappelé que l'article L. 932-12 du code de la sécurité sociale exclut du droit de résiliation annuelle, qu'il instaure pour tous les contrats à adhésion obligatoire, le cas où l'adhésion résulte d'une obligation prévue dans une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel, de sorte que la demande, en tout état de cause présentée comme résultant de l'argumentation qui vient d'être écartée, tendant à voir dire que les entreprises ayant souscrit avec l'Institut de prévoyance du groupe Mornay peuvent à compter

²⁹ Attendu 14: déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 et attendu n° 3 déc. n° 2013-349 QPC du 18 oct. 2013.

³⁰ Il y a, en effet lorsque l'organisme assureur est une institution de prévoyance ou une mutuelle une adhésion à un règlement et/ou à des statuts et non conclusion d'un contrat d'assurance stricto sensu La notion de « contrat en cours » en droit de la prévoyance: le chaos jurisprudentiel préc. RDSS 2014. 962

³¹ Pour le Conseil d'Etat, « une lecture des seuls termes du considérant 14 pourrait porter à la première interprétation ». Toutefois, « un faisceau d'arguments d'ordre juridique ou touchant aux modalités de fonctionnement effectives de tels dispositifs conduit toutefois à retenir la seconde interprétation » (CE, avis, 26 sept. 2013, n° 387895).

³² CA Chambéry, 7 janv. 2014, n° 12/02382.

du 16 juin 2013 résilier annuellement le contrat, sera rejetée, comme contraire à la clause d'application dans le temps de la décision du Conseil constitutionnel »³³.

Ces arrêts et d'autres litiges portés devant la Cour de cassation ont donné lieu à une série d'arrêts en date du 11 février 2015³⁴.

La Cour de cassation rappelle d'abord que le réexamen des « modalités d'organisation de la mutualisation des risques » dont la périodicité ne pouvait excéder cinq ans, figurant dans l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale dans sa rédaction antérieure à la loi relative à la sécurisation de l'emploi³⁵. Exit donc les contestations de désignation d'organismes assureurs au motif qu'une procédure d'appel d'offre n'aurait pas précédé ladite désignation.

Plus encore, la Chambre sociale de la Cour de cassation considère que « les contrats en cours sont les actes ayant le caractère de convention ou d'accord collectif ayant procédé à la désignation d'organismes assureurs pour les besoins du fonctionnement des dispositifs de mutualisation que les partenaires sociaux ont entendu mettre en place (...) ».

Il résulte de cet arrêt « Pain d'Or » que tant que cet accord n'est pas arrivé à son terme, pas dénoncé, il continue à produire effet. En ce sens, le « réexamen au plus tard quinquennal des conditions de la mutualisation » peut conduire au maintien de celles-ci et donc de la clause de désignation.

Dès lors que la convention collective de prévoyance est à durée indéterminée, le régime pourrait ainsi survivre à la déclaration d'inconstitutionnalité.

Encore faut-il, selon nous, que le mécanisme de solidarité et de mutualisation ne soit pas modifié par un accord ultérieur sur les cotisations et/ou sur les prestations. Une telle modification, qui n'est pas à exclure puisqu'elle dépend des paramètres techniques du régime, conduirait nécessairement à ce qu'une autre solidarité soit dessinée: s'appliqueraient alors les nouvelles règles figurant au nouvel article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale.

Mais par delà cette limite non négligeable, l'arrêt « Pain d'or » présente (enfin) l'esquisse d'un objectif, la mutualisation des risques au niveau d'une branche, auquel est associé un moyen, la clause de désignation dont disposeraient les partenaires sociaux, du fait de leur liberté de négociation collective constitutionnellement garantie, au nom de la solidarité qui profite à la fois aux salariés et aux employeurs.

En ce sens, la jurisprudence de la Cour de cassation est à la fois un appel au législateur, qui a, on l'a trop souvent oublié, à la fois l'obligation de promouvoir la négociation collective issue de ses engagements internationaux³⁶, l'obligation de se conformer au droit communautaire dont les décisions de la Cour de justice mais également au Conseil constitutionnel pour qu'il

³³ CA Paris, pôle 6, Chambre 2, 16 oct. 2014, arrêt n° 12/17007; L. PERDRIX : *Quels sont les contrats en cours préservés de l'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale relatif aux clauses de désignation en prévoyance collective?* AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution 2015, n° 1, p. 32; V. ROULET : *Désignation et recommandation: acharnement thérapeutique et procréation judiciairement assistée*. Cahiers sociaux 2014. 708.

³⁴ Soc., 11 févr. 2015 n° 13-26015 et 13-26016, 14-12167, 14-13538, N. Dedessus-Le-Mousiter, Validité des clauses de désignation en matière de prévoyance, JCP G 2015.428.

³⁵ Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, cf. par ex. F. KESSLER : *La loi de sécurisation de l'emploi et la prévoyance complémentaire: de la déstabilisation à l'incertitude*. Cahier sociaux n° 254, 2013.288.

³⁶ Art. 4 de la convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective de l'Organisation internationale du travail; art. 6 §2 de la Charte sociale européenne on relira à cet égard OTTÓ CZÚCZ: *The Standards of the International Labour Organisation (ILO) and the European Council (EC) and their Impact on the Developments of the Social Protection System of the Member States*. In: *International Impact upon Social Security* (ed.: D. Pieters) EISS (European Institute of Social Security) Yearbook 1998 Kluwer Law International 2000, p.49

reconnaisse (i) la liberté des partenaires sociaux et non plus la seule liberté de contracter de l'employeur et (ii) la spécificité de « l'assurance redistributive » - la solidarité professionnelle -, malgré les entraves qu'elle peut apporter au fonctionnement du marché et dès lors à la liberté contractuelle de l'employeur et du marché des organismes assureurs.

Les arrêts du 11 février 2015 sont peut être également un appel aux partenaires sociaux à faire prévaloir leur liberté de négociation, sous respect de la transparence du choix de l'organisme assureur et de la justification du caractère solidaire de garanties contre les risques sociaux: bref, du caractère de service d'intérêt économique général qu'ils souhaitent mettre en place.

FRANCIS KESSLER

SOCIAL PROTECTION, EUROPEAN ECONOMIC FREEDOMS AND
NATIONAL CONSTITUTIONAL LAW : THE CASE OF FRENCH
SOCIAL PROTECTION BY COLLECTIVE AGREEMENTS

(Summary)

Collective agreements have since WWII installed not only complementary social protection benefits at a branch level, but the social partners have also created their own paritarian non-profit insurance companies. Clauses of these collective agreement allowed the social partners to impose a unique industry-wide agreement, which provides for compulsory affiliation to a scheme for supplementary reimbursement of costs for all undertakings within the respective sector. The French Constitutional Council has declared provisions pertaining to these "designation clauses » contrary to entrepreneurial freedom and contractual freedom are guaranteed by the French Constitution. The European Court of Justice ruled on these "designation clauses" approved their use in the case AG2R Prévoyance contre Beaudout Père et Fils SARL. The article examines the complex interaction between collective bargaining, complementary social protection schemes, EU and French constitutional law and their consequences.

Structure of this study: 1. Solidarity mechanism in collective agreements 2. Solidarity and economic freedoms : recognition and condemning 2.1 case law in favor of designation clauses in the name of solidarity 2.2. The consequences of Constitutional council ruling on the French insurance market