

**Assurance, solidarité et clauses de désignation ou de
recommandation en matière de prévoyance**

Jacques Barthélémy

Avocat – Conseil en droit social

Ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier

Fondateur en 1965 du Cabinet éponyme

Un événement, très globalement passé inaperçu dans le microcosme de l'assurance, met en évidence de manière limpide la différence entre l'accord créant un simple système de prévoyance, par lequel les partenaires sociaux se contentent de fixer la nature et le niveau des prestations, donc une rémunération différée d'un côté, et celui créant un régime de protection sociale complémentaire identifié par la poursuite en plus, d'un objectif de solidarité, véritable convention collective de sécurité sociale tant solidarité et sécurité sociale sont consanguines d'un autre côté.

Cet événement, c'est l'attribution, par l'Argus de l'assurance, d'un trophée à la Boulangerie Artisanale pour son action de prévention des risques de santé liés à cette activité professionnelle que sont les caries dentaires liées au sucre et l'asthme lié aux poussières de farine. Grâce à une action énergique, matérialisée par des études scientifiques touchant aussi bien à la médecine qu'à l'ergonomie mais aussi par des visites gratuites pour tous les salariés auprès de chirurgiens-dentistes et de médecins spécialistes, les taux de sinistralité dans ces deux domaines ont fortement baissé ; c'est ce qui a justifié cette distinction par ce journal bien connu de l'assurance.

Cette stratégie de la profession – qui a un effet positif sur les régimes complémentaires comme sur celui général de sécurité sociale car elle permet de baisser les dépenses de santé - ne sera plus possible si est supprimée la clause de désignation prévue par la convention collective. D'une manière plus générale, le dispositif conventionnel consacré à la couverture complémentaire santé sera frappé de nullité le jour où cessera d'être effective cette clause dans la mesure où la supprimer revient à en affecter gravement l'économie. C'est en raison du degré élevé de solidarité consacré par cet accord que la CJUE a considéré comme non abusive (au sens de l'article 102 TFUE) la position dominante conférée par les partenaires sociaux à l'assureur désigné au motif qu'à défaut de pouvoir recueillir les cotisations de toutes les entreprises de la branche, ils ne pourraient assumer la mission d'intérêt économique général qu'ils poursuivent. Or, dans cet accord, de nombreux instruments de solidarité ont été imaginés dans la perspective de rendre plus attrayant l'emploi dans ces TPE où, de surcroît, les conditions de travail sont difficiles (début très tôt

le matin de la journée de travail, chaleur du four, poussières de farine...). Grâce au niveau très élevé de protection sociale mise en œuvre (un taux pour la retraite complémentaire de 8 % et non de 6 %, un système de mutualisation en matière de formation continue très sophistiqué et des centres d'apprentissage dédiés, des garanties de prévoyance lourde, une couverture complémentaire santé, etc ...), la profession attire des travailleurs de qualité et favorise un climat social serein. De ce fait, sont efficacement conciliés protection des travailleurs et efficacité économique ce qui permet à cette profession artisanale de résister mieux que les autres professions de bouche à la concurrence de la grande distribution. Grâce à cette politique sociale, la boulangerie artisanale a plus de 65 % de parts de marché !

La gratuité de la garantie santé pour les salariés absents pour maladie au-delà de 6 mois, pour les ayant droits de salariés décédés, la limitation à 15 % de la majoration de la cotisation des retraités devant continuer à bénéficier des mêmes garanties sociales en vertu de l'article 4 de la loi Evin (alors que tous les assureurs estiment la majoration maximum de 50 % prévue par la loi Evin nettement insuffisante en raison de l'aggravation du risque pour cette population) sont la manifestation de la volonté de créer une véritable convention collective de sécurité sociale avec, en perspective, un niveau élevé de protection sociale.

Tout ceci ne peut que disparaître – ce qui matérialisera une régression sociale – si, au nom du libre choix de son assureur par chaque employeur, on interdit à la profession de constituer un pot commun sur lequel seront prélevés ces droits non contributifs ; au demeurant, ne peut qu'être remis en cause également l'indemnité de fin de carrière calculée sur l'ancienneté dans la profession, qui favorise la mobilité professionnelle dans l'intérêt conjoint du salarié et des entreprises, laquelle nécessite une mutualisation des cotisations, donc une clause de désignation. Il est en effet impensable que le dernier employeur acquitte une indemnité prenant en compte l'activité de salariés chez ses concurrents ! De ce fait, on ira du reste à l'encontre de la politique d'emploi des seniors.

Au vu de ce qui précède, il est important de souligner que l'affirmation selon laquelle un employeur a trouvé mieux et moins cher auprès d'un autre assureur que celui désigné est doublement mensonger. D'abord parce que la comparaison ne se fait que sur les droits contributifs, c'est-à-dire la nature et le niveau des prestations qui sont seules objet du contrat d'assurance. Les droits non contributifs liés à un degré élevé de solidarité, à la politique d'action sociale, à la stratégie de prévention qui sont l'œuvre des partenaires sociaux (et non pas de l'assureur qui n'est là que pour exécuter leur décision) ne sont alors plus assumés. Cela peut justifier une action des syndicats contre les employeurs pour non-respect de la convention collective mais aussi une action en faute inexcusable pour non-respect de l'obligation générale de sécurité de résultats incombant au chef d'entreprise au motif qu'il ne met pas en œuvre les moyens de prévention conçus par la convention de branche. Au cas précis des boulangers, les salariés de cette entreprise ne bénéficieront pas de la faculté d'améliorer leur état de santé venant des visites gratuites de professionnels de santé mettant en œuvre la stratégie des partenaires sociaux. Ensuite parce que la non-participation au pot commun a pour effet que l'entreprise ne profite pas de l'avantage du taux uniforme de cotisation, déconnecté de la réalité de son risque propre. Au vu de la composition de son personnel et (ou) de son état de santé, le taux peut être plus bas à un instant donné et il peut devenir plus élevé plus tard. S'agissant d'entreprises à effectif modeste, c'est évidemment une illusion d'imaginer que le jeu de la libre concurrence est par nature bénéfique. Ce n'est que la réalité du risque propre à l'entreprise qui peut justifier des différences, d'autant que les assureurs sont soumis à des règles de prudence très strictes (Solvency I et II) et à un contrôle sévère de l'autorité de contrôle, ce qui interdit tout dumping... et toute distraction de sommes du pot commun pour alimenter les organisations syndicales (les affirmations sur ce thème relèvent du fantasme et justifieraient une action pénale en diffamation, d'autant que si la critique est justifiée à l'égard de tel organisme il n'y a qu'à déposer plainte, ce qui n'a jamais été fait !).

La position du conseil constitutionnel – par la brutalité de son considérant 11 (et 12), à savoir l'atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle de l'employeur – menace bien

plus que les clauses de désignation dans un accord de prévoyance. C'est le concept de garantie sociale qui est visé et au-delà l'institution propre au droit du travail qu'est la convention collective :

- la garantie sociale est identifiée par d'un côté l'ensemble des contributions et des prestations liées à un avantage particulier touchant aux conditions de travail, d'un autre côté le dialogue social dédié à sa concrétisation, toujours par le mode démocratique. Elle a de ce fait un champ bien plus large que la prévoyance. Non seulement elle concerne aussi la retraite (l'Agirc et l'Arrco sont des garanties sociales) mais encore l'assurance-chômage, l'assurance de la gestion du risque d'inemployabilité (donc les OPCA et les FAF) mais au-delà tout ce qui fait appel à la mutualisation pour concrétiser un avantage, telles les caisses de congés payés ou les structures dédiées à la gestion de l'inaptitude (ex l'IPRIAC permettant aux chauffeurs routiers ayant perdu, pour raison médicale, leur permis poids lourd de recevoir une rente complétant le nouveau salaire correspondant à l'emploi dans lequel ils sont reclassés).
- La garantie sociale est objet de négociation collective (L2221.1 du code du travail) comme les salaires, les conditions de travail, de formation, d'emploi. C'est donc directement au droit de négociation collective que l'on porte atteinte en invoquant la liberté contractuelle de l'employeur. Concrètement, cela peut déboucher sur la condamnation des conventions collectives de branche ! Certains n'en ont pas fait mystère en mettant l'accent sur l'alinéa 8 du préambule de la constitution de 1946, intégré dans le bloc de constitutionnalité, ceci au travers d'une interprétation fallacieuse du mot « délégué ».

C'est oublier que d'une part la convention collective a, depuis l'origine, une fonction de régulation de la concurrence (au profit donc des entreprises) et pas seulement celle d'améliorer le statut social des travailleurs, d'autre part le progrès social et la protection sociale confèrent un but légitime à une (éventuelle) atteinte à la liberté contractuelle de l'employeur par déclinaison du principe de proportionnalité. C'est d'ailleurs sur ce point qu'est critiquable l'approche sans nuance du conseil constitutionnel. La solidarité confère en

effet un but légitime à une atteinte à la liberté contractuelle de l'employeur, ainsi proportionnée. Telle est la position de la Cour de Cassation (inspirée pourtant d'une critique au nom de liberté fondamentale née de la Conv. EDH – arrêt du 24 avril 2013) et encore plus de la CJUE qui, au vu des exigences du TFUE et des chartes de 1989 et de 2000, écarte toute critique d'entente prohibée entre entreprises en raison de la nature (d'accord entre partenaires sociaux en liaison avec le droit de négociation collective, qualifié de fondamental par le droit de l'union européenne) et de l'objet (l'amélioration des conditions de travail) de tout accord collectif de branche, mais aussi toute critique de position dominante abusive si est poursuivi un degré élevé de solidarité (en liaison avec l'incitation faite aux Etats membres de promouvoir un niveau élevé de protection sociale, cf. le TFUE à ce sujet).

La défense de la liberté contractuelle de l'employeur (mais pas celle du salarié dont on a cure puisqu'on refuse d'abroger aussi l'article L912.2) ne peut en conséquence que mettre la loi supérieure française en délicatesse avec les textes fondamentaux de l'union européenne (TFUE, chartes des droits sociaux de 1989 et des droits fondamentaux de 2000) ce qui justifie une action en manquement (article 258 TFUE) devant la commission puis, s'il y a lieu, une action en manquement devant la CJUE. Mais on peut aussi soutenir – et les conclusions de l'avocat général en date du 18 juillet 2013 dans une affaire C276/12 invitent la CJUE à adopter cette solution - la thèse de l'inapplicabilité de la loi interne qui serait contraire à des droits fondamentaux nés de l'union européenne tout au moins lorsque ceux-ci acquièrent, notamment lorsqu'ils sont déclinés par le biais d'une directive, valeur de principe. Et c'est le cas ici tant est fort le caractère fondamental du droit de négociation collective consacré également par la charte sociale européenne de 1961 révisée en 1995, ce qui pourrait justifier aussi une action devant le comité européen des droits sociaux.

La proposition, sous forme d'amendement introduit dans la LFSS, du gouvernement ayant conduit à la rédaction nouvelle de l'article L912.1 est largement inspiré de l'avis du conseil d'État. Celui-ci, après une analyse de la situation juridique, en particulier au nom du droit

communautaire, vise à concilier la décision des sages et la jurisprudence communautaire. Les critiques à son égard sont l'expression d'une approche du sujet au nom d'intérêts catégoriels, ceux des assureurs et encore plus des intermédiaires qui, bien que légitimes, ne peuvent, par définition, pas concrétiser l'intérêt général. Dans ces critiques, on ne fait jamais – c'est significatif – allusion à la solidarité, alors qu'elle est au cœur de la construction de la CJUE validant les clauses de désignation. Abroger cet article L912.1 nouveau ne peut donc que signifier que la solidarité, la prévention n'ont pas leur place dans la négociation collective, qu'il s'agit de préoccupations qui n'entrent pas dans les prérogatives des partenaires sociaux, donc que seule la sécurité sociale légale peut en être imprégnée. C'est donc le « modèle social français » qui est menacé, l'impérialisme des marchés écartant le social. Pourquoi pas ! Mais il faut le dire clairement. La référence à la déclaration des droits de l'Homme de 1789 doit alors être interprétée à partir de l'ordre public classique né des philosophes du siècle des lumières, selon lequel la liberté contractuelle, droit fondamental de l'Homme, ne peut être altéré qu'au nom de l'intérêt général, celui de la nation, et des bonnes mœurs. C'est oublier qu'est né, avec la civilisation de l'usine et le capitalisme, l'ordre public économique dédié à la protection de la partie faible au contrat ; et c'est sur celui-ci que s'est construit, pour l'essentiel, le droit social.

L'outrance de cette position fera que la Constitution française sera critiquée au nom des Traités Européens et des Chartes de l'Union Européenne, comme du reste de la Conv. EDH et de la Charte Sociale Européenne. Il n'est pas inutile de souligner que les clauses de désignation se rencontrent dans de nombreux Etats européens, y compris l'Allemagne dont le représentant, lors du contentieux relatif à l'accord santé de la Boulangerie, a soutenu que, du fait de l'absence d'autonomie de l'assureur à l'égard des partenaires sociaux, son activité ne pouvait pas être considérée comme une entreprise au regard du droit de la concurrence, sous-entendant – par une référence implicite aux arrêts Poucet et Pistre de 1993 – qu'on était dans le champ de la sécurité sociale... laquelle ne saurait se résumer à la « Sécu » légale.

NB : Parmi les bénéficiaires de cette politique de prévention couronnée par le trophée de l'Argus se trouvent les jeunes relevant des centres d'apprentissage de la profession. De ce fait, tous les boulangers qui vont les embaucher profiteront de l'amélioration de l'état de santé de ces apprentis, y compris ceux – choisissant un autre assureur que celui désigné – ayant refusé de faire l'effort de financer le pot commun sur lequel sont prélevées les sommes nécessaires au financement de ces droits non contributifs.