

Conséquences des récentes décisions et préconisations pour les décideurs de branche professionnelle pour la mise en place et le pilotage du régime

Laurence Lautrette,
Avocat Associée,
Cabinet Lautrette &
Associé



Afin de mieux appréhender ce chantier qu'est la généralisation de la complémentaire santé, puis la prévoyance, il convient de procéder par étape.

Première étape : l'ANI du 11 janvier 2013

Après plusieurs péripéties, le 11 janvier 2013 nous est délivré un article 1 de l'Accord national interprofessionnel (ANI) qui indique que les branches professionnelles ouvriront des négociations, en vue de permettre aux salariés ne bénéficiant d'aucune couverture collective d'entreprise obligatoire en frais de santé, d'accéder à une telle couverture.

Ce texte suscite un accueil mitigé, puisqu'on découvre que les partenaires sociaux de la branche laisseront aux entreprises la liberté de retenir le ou les organismes assureurs de leur choix et pourront tout juste recommander ceux qu'ils leur semblent opportun de recommander. **La priorité laissée à la négociation de branche est immédiatement mâtinée par la possibilité pour les entreprises de choisir l'assureur de leur choix.** Toutefois, les clauses de désignation et de migration existantes restent valables, y compris pour les renouvellements.

Deuxième étape : l'Article L. 912-1 du Code de la Sécurité sociale - version 1

La DSS, sensible à l'intérêt de laisser le plus large périmètre de mutualisation possible, produit une première version de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, qui ne reprend que très partiellement l'esprit de l'article 1 de cet ANI. En effet, la DSS réintroduit les clauses de désignation dans les textes : « *Lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques [...] ou lorsqu'ils recommandent, sans valeur contraignante* », le législateur marque donc bien la différence, nous restons sur un paysage que nous connaissons, les partenaires sociaux peuvent recommander mais aussi désigner en santé. L'administration reste toutefois silencieuse sur la migration.

Troisième étape : la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013

La décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013 introduit de nouveaux changements. L'analyse du considérant 10 de cette décision est essentielle, dès lors qu'il chapeaute tous les autres. « *Considérant que, par les dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, le législateur a entendu faciliter l'accès de toutes les entreprises d'une même branche à une protection complémentaire* ». En effet, le Conseil rappelle que la clause de désignation est faite pour que les entreprises d'une même branche puissent accéder à un même coût à la protection sociale, quelque soit l'état de santé de sa population salariée. La Haute Cour, se plaçant en qualité de juriste, affirme que **l'objectif d'assurer un régime de mutualisation des risques correspond et poursuit bien un but d'intérêt général.** Par conséquent, lorsque les partenaires sociaux mettent en place un régime, c'est-à-dire un rapport prestations/cotisations qui se trouve lié, ils poursuivent un but d'intérêt général au sens légal du terme.

Lorsqu'on lit les considérants suivants, on observe une certaine distance entre ce que le Conseil constitutionnel nous dit dans le considérant 10 et le reste.

Le considérant 11 vient préciser d'une part que cet objectif de mutualisation, objectif d'intérêt général, impose à « toutes les entreprises qui appartiennent à une même branche [...] non seulement

« le Conseil considère que nous sommes en présence d'un intérêt général mais qu'une charge aussi contraignante caractérise une atteinte disproportionnée. Par ailleurs [...] la recommandation est possible ainsi que les codésignations »

le prix et les modalités de la protection complémentaire mais également le choix de l'organisme ».

Le Conseil précise que si le législateur peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, c'est uniquement dans un but de mutualisation des risques, « notamment en prévoyant que soit recommandé [...] un seul organisme [...] ou en offrant la possibilité que soient désignés au niveau de la branche plusieurs

organismes ». Nous avons donc le choix entre une recommandation et une codésignation. Néanmoins, les partenaires sociaux ne peuvent pas porter atteinte à ces libertés, de telle manière que les entreprises soient liées à un cocontractant déjà désigné et par un contrat négocié et au contenu prédéfini.

Dans son considérant 13, le Conseil constitutionnel souligne l'existence d'une « atteinte disproportionnée » résultant de la signature d'un seul contrat avec un seul organisme. Pour résumer, le Conseil considère que nous sommes en présence d'un intérêt général mais qu'une charge aussi contraignante caractérise une atteinte disproportionnée. Par ailleurs, dans cette ouverture offerte par la Haute Cour, la recommandation est possible ainsi que les codésignations. Le Conseil a compris qu'il serait difficile de construire un périmètre de mutualisation en dehors d'une obligation fixée aux entreprises.

Quatrième étape : L'Article L. 912-1 du code de la Sécurité sociale - version 2 (Loi du 23 décembre 2013)

A la suite de la décision du Conseil constitutionnel, l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale a été modifié. Sa deuxième version dispose que « les accords professionnels ou interprofessionnels

« les partenaires sociaux n'ont pas l'obligation de mettre en œuvre un dispositif de solidarité au sein de l'accord de branche de protection sociale. Toutefois, s'ils prévoient une telle solidarité, ils peuvent recommander. »

mentionnés à l'article L. 911-1 peuvent, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, prévoir l'institution de garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité et comprenant à ce titre des prestations à caractère non directement contributif [c'est-à-dire des prestations d'assurance], pouvant notamment prendre la forme d'une prise en charge partielle ou totale de la

cotisation pour certains salariés ou anciens salariés, d'une politique de prévention ou de prestations d'action sociale. [...] ».

Les partenaires sociaux **peuvent** prévoir dans leurs accords des dispositifs de solidarité, et s'ils le font, ils **peuvent** organiser la couverture des risques concernés en recommandant un ou plusieurs organismes, sous réserve du respect de certaines conditions.

En somme, les **partenaires sociaux n'ont pas l'obligation de mettre en œuvre un dispositif de solidarité au sein de l'accord de branche de protection sociale. Toutefois, s'ils prévoient une telle solidarité, ils peuvent recommander.** C'est donc un texte à plusieurs étages, où ils **peuvent** concevoir un accord de protection sociale, ils peuvent y inclure un « haut degré de solidarité », et le cas

échéant, ils **peuvent** recommander un organisme dans les conditions de la procédure de mise en concurrence. En effet, selon le II de l'article L. 912-1, la recommandation doit être précédée d'une procédure de mise en concurrence répondant à trois principes : transparence, impartialité, égalité. Par ailleurs, les obligations à la charge du recommandé sont lourdes. « Le ou les organismes ou institutions ne peuvent refuser l'adhésion d'une entreprise relevant du champ d'application de l'accord. Ils sont tenus d'appliquer un tarif unique et d'offrir des garanties identiques pour toutes les entreprises et pour tous les salariés concernés. ». En d'autres termes, les obligations qui étaient à la charge des organismes désignés, demeurent à la charge des organismes recommandés.

En outre, la périodicité quinquennale du réexamen de la recommandation subsiste, alors même que nous nous trouvons dans le cadre d'une recommandation, où la montée en charge sera certainement plus complexe (L. 912-1, III).

« Demain, nous aurons une couverture qui obéira à l'échelon de la branche, au mécanisme juridique des opérations collectives facultatives, mettant fin à la désignation et donc à l'obligation de s'affilier »

Enfin, le point IV de l'article dispose que « *Les accords mentionnés au I peuvent prévoir que certaines des prestations nécessitant la prise en compte d'éléments relatifs à la situation des salariés ou sans lien direct avec le contrat de travail [...] sont financées et gérées de façon mutualisée, selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat, pour l'ensemble des entreprises entrant*

dans leur champ d'application. ». Ceci est un outil avec lequel nous allons pouvoir rebâtir demain les contours d'un dispositif de solidarité.

Au terme de l'ensemble de ces changements législatifs, les clauses de désignation ne sont plus valides, ni en santé, ni en prévoyance.

Quels sont les impacts juridiques ?

Hier, nous avions une couverture qui obéissait au mécanisme juridique des opérations collectives obligatoires. Depuis longtemps, nous ne savions pas très bien avec qui l'organisme assureur doit signer le contrat collectif obligatoire puisque la branche n'étant pas une personne morale, elle n'est pas dotée d'une personnalité juridique et ne peut donc valablement signer un contrat. Nous avons donc trouvé jusque là divers montages juridiques plus ou moins satisfaisants, qui consistent le plus souvent à produire un accord collectif, à établir un règlement (ou un contrat signé avec les organisations représentatives) et à faire ratifier des bulletins d'adhésion à l'ensemble des entreprises. Les entreprises sont encadrées par l'accord collectif qui édicte non seulement une obligation de couvrir leurs salariés pour un niveau de prestations, non seulement une obligation de cotiser, mais également une obligation de cotiser à un organisme désigné et d'affilier les salariés à cet organisme.

Demain, nous aurons une couverture qui obéira à l'échelon de la branche, au mécanisme juridique des opérations collectives facultatives, mettant fin à la désignation et donc à l'obligation de s'affilier. Nous aurons un accord collectif qui peut éventuellement fixer une même obligation de couverture

« Sur le plan juridique, nous restons donc avec des outils défaillants, alors que les objectifs demeurent convergents »

pour l'ensemble des salariés de la branche, au titre des prestations, voire fixer les cotisations obligatoires ; ce qui a été confirmé par le Conseil constitutionnel. Mais en face, nous n'aurons plus pour tout le périmètre de l'accord, un contrat collectif obligatoire ou un règlement

avec un bulletin d'adhésion, mais un contrat collectif dit « groupe ouvert » à adhésion facultative, dont les règles de modification sont radicalement différentes. Par conséquent, lorsque les parte-

« Nous sommes donc devant une révolution importante qui amène à devoir traiter en très peu de temps mille et une questions. »

naires sociaux vont retravailler leur accord collectif, les entreprises qui refusent les modifications pourront quitter l'organisme.

Sur le plan juridique, nous restons donc avec des outils défailants, alors que les objectifs demeurent convergents. En effet, les branches souhaitent continuer à piloter les régimes et tentent de garder une politique de protection sociale complémentaire. Les organismes assureurs, quant à eux, continuent d'équilibrer les régimes et, dans la mesure du possible, essaient de garder et pérenniser le portefeuille.

Nous sommes donc devant une révolution importante qui amène à devoir traiter en très peu de temps mille et une questions.

❖ Comment sortir du « présent » ?

• Quel sort pour les désignations existantes ?

Nous avons plusieurs fois soutenu qu'il ne fallait pas oublier que l'acte qui crée les garanties est l'accord collectif. Par conséquent, la durée qui doit être celle de la **sanctuarisation** est la période de l'accord collectif et non du contrat. Ce d'autant que, dans bon nombre de cas, il n'existe pas de contrat car, précisément dans le cadre d'une désignation, les négociations avec l'assureur se font au niveau de la branche et les supports, lorsqu'ils existent, sont plus généralement des règlements. Mais il est possible, même si c'est juridiquement incohérent, qu'une lecture rapide de la décision du Conseil constitutionnel conduise à penser que la période de sanctuarisation porte juste sur la durée des contrats annuels signés entre les entreprises et l'organisme assureur de la branche.

• Quel sort pour les recommandations « hors cadre » ?

Depuis l'entrée en vigueur, le 24 décembre 2013, du nouvel article L. 912-1, la Direction de la sécurité sociale n'accepte plus les recommandations « hors cadre » ne satisfaisant pas les dispositions législatives. Mais quelle en sera la sanction ? Un refus d'extension ? Pour du facultatif, cela n'a pas beaucoup d'impact. En revanche, s'il s'agit de l'illégalité de l'accord, c'est différent. On peut imaginer une saisine du TGI par une association dirigée par des courtiers avec 2 ans de procédure en première instance, 2 ans de procédure en appel, 2 ans de procédure devant la Cour de cassation, et éventuellement une question préjudicielle... 10 ans pour faire constater l'illégalité d'une recommandation « hors cadre »....

« la durée qui doit être celle de la sanctuarisation est la période de l'accord collectif et non du contrat »

• Quel traitement pour les fins de désignation ?

Prenons l'exemple d'une branche qui décide de ne plus recommander suite à la suppression de la clause de désignation. Quid des sommes accumulées dans les comptes du « régime », notamment en prévoyance ? Cela a-t-il été conventionnellement prévu avec l'assureur ? Après tout, le droit des assurances dit que tout ce qui n'est pas contractuellement à l'assuré, à l'exception des clauses bénéficiaires, appartient contractuellement à l'assureur.

• Quel traitement pour le transfert désignation/recommandation ?

Les branches bien conseillées ont négocié des clauses de transférabilité des provisions d'égalisations, des participations aux bénéfices, des provisions pour participation aux ex-

cédents, etc. Mais lorsque l'on procède au transfert, il doit s'effectuer dans le cadre de contrats de même nature. Or, une couverture comportant un mécanisme obligatoire de désignation et une couverture comportant un mécanisme facultatif de recommandation ne sont définitivement pas des contrats de même nature.

❖ Quel régime construire demain ? – Quelles obligations de solidarité et comment les mettre en œuvre ?

• Obligation de cotiser : quelle contribution ?

La DSS prévoit, semble-t-il, de demander un plancher de 2% des cotisations. Mais à qui doit-on payer ces 2% ? Comment vont-ils être utilisés ? Comment veiller au respect de cette règle ? Obligation de cotisation oui, mais pour quelle contribution ? Est-ce une cotisation d'assurance pour des droits d'assurance dits non contributifs ? Est-ce une cotisation d'équilibre ? Pourquoi pas, puisque le recommandé devant prendre tous les salariés au tarif, assume une vraie sujétion. S'il n'équilibre pas son régime, il devrait avoir le droit de demander à toutes les entreprises de la branche, une cotisation destinée à équilibrer le régime du recommandé si son rapport sinistres/prime est trop dégradé du fait de la fuite des bons risques. Le IV du L. 912-1 nous permet de le faire.

Est-ce que cela peut être éventuellement une cotisation aggravée ? Il s'est passé un certain temps entre le moment où la recommandation a été étendue et le moment où telle en-

« dans l'article L. 322-2 du code des assurances, le législateur a donné au monde de l'assurance, la possibilité d'avoir une association pour gérer les prestations d'action sociale et les prestations de prévention. »

treprise employant un salarié malade décide de suivre la recommandation. Peut-on demander un « ticket d'accueil » à cette entreprise qui avait choisi de recourir à un assureur du marché ? Cela devrait être possible, du moins sur la première année. Pour la même raison, peut-on demander une cotisation de sortie ? En effet, le recommandé est dans l'obligation de couvrir tout le monde dès le premier

euro et au premier jour, quel que soit les risques. En outre, il n'a pas le droit de faire des questionnaires de santé, ni de poursuivre de force ou de suspendre la couverture en cas de non paiement de la cotisation par l'employeur.

• Pour quelles prestations et à qui les verser ?

Peut-on démembrer un régime entre la disposition assurance et la disposition non assurance, en créant une cotisation de solidarité distincte, par exemple par le biais d'un fond collectif qui servirait à abonder différents types de prestations ? Cela permettrait de confier le contrôle de l'application de l'action sociale par exemple, à une seule personne.

Par ailleurs, a-t-on le droit de faire une affiliation « balai » ? Cela consisterait à fixer un délai au-delà duquel, si l'entreprise n'est pas affiliée à un organisme assureur, elle sera automatiquement affiliée au recommandé au titre de l'intérêt général résultant du bénéfice d'une couverture complémentaire à tous les salariés.

• Comment contrôler l'application de l'accord ?

Pourra-t-on donner mandat au recommandé, dans le but de contrôler la bonne application de l'accord ? Dans le cas contraire, les partenaires sociaux pourront-ils créer une structure ad hoc, de forme associative, et à gouvernance paritaire afin de vérifier que l'accord est bien déployé ? Notons tout de même que dans l'article L. 322-2 du code des assurances,

le législateur a donné au monde de l'assurance, la possibilité d'avoir une association pour gérer les prestations d'action sociale et les prestations de prévention. Il s'agit de la modification de l'article L. 322-2-2 qui fait suite à l'application de la loi sur la sécurisation de l'emploi.

❖ **Comment choisir le(s) recommandé(s) ? – Quelle procédure de mise en concurrence ?**

• **Organismes recommandés / organismes dédiés**

« quelle est l'utilité de s'être soit même créé son outil, distinct du marché, et qui ne sert qu'à déployer la protection sociale de la branche, pour finalement lui appliquer les règles de l'appel au marché ? »

Dans les projets de décrets qui circulaient avant la publication de la seconde version de l'article L. 912-1, se trouvait un point important. Nous avons deux types d'organismes : celui qui s'est organisé en véritable structure d'assurance à forme paritaire ou mutualiste, pour à la fois obéir aux besoins du marché et rester proche de ses idéaux et celui créé par une branche pour une branche.

Dans ce dernier cas, **quelle est l'utilité de s'être soit même créé son outil, distinct du marché, et qui ne sert qu'à déployer la protection sociale de la branche, pour finalement lui appliquer les règles de l'appel au marché ?**

• **Marchés publics / marchés « privés »**

« si une branche souhaite continuer à faire de la protection sociale, et non de l'assurance, le critère « prix » va finir par étriquer son périmètre de choix. »

Les branches ne sont pas soumises aux différents textes qui encadrent de manière rigoureuse les procédures de passation de marchés publics : le code des marchés publics pour

les organismes d'Etat, et l'ordonnance de 1985 pour les organismes qui sont directement ou indirectement contrôlés ou financés par l'Etat.

La DSS a signalé qu'elle souhaite mettre en place une procédure légère. Cela est important car il ne faudrait pas, sous couvert de transparence et d'égalité de traitement, pouvant être légitime, que cette procédure vise essentiellement... à enrichir les consultants.

• **Appel d'offre : quels critères retenir ? - Moins disant / mieux disant**

Il ne faut pas confondre la notion de « moins disant », qui peut être définie comme étant le meilleur rapport qualité/prix (à prestation équivalente, la cotisation la moins chère ou à cotisation donnée, les prestations d'assurances les plus élevées), avec la notion de « mieux disant ». En effet, si une branche souhaite continuer à faire de la protection sociale, et non de l'assurance, le critère « prix » va finir par étriquer son périmètre de choix. Il est très important que les critères qualitatifs puissent être suffisamment cadrés pour qu'on puisse considérer qu'ils sont pertinents.

« A partir du moment où nous aurons une procédure légalement obligatoire, la liberté des partenaires sociaux sera très fortement encadrée par les critères de choix qu'ils auront fixé. D'où la nécessité de travailler les critères de manière précise et de se laisser de l'espace pour du qualitatif. »

• **Caractère contraignant des résultats**

La jurisprudence du TGI de Paris, actuellement en cause d'appel, rendue le 31 juillet 2012 à la suite de la contestation par Allianz de l'appel d'offre concernant les pharmacies d'officines, illustre parfaitement cette problématique. Les partenaires sociaux ne s'étaient

pas considérés liés par les conclusions des experts et avaient désigné un autre organisme, moins bien noté.

Demain, dès lors qu'il existe une procédure légale, bien cadrée par décret, cette jurisprudence a-t-elle vocation à perdurer ? Il est probable que non. A partir du moment où nous aurons une procédure légalement obligatoire, la liberté des partenaires sociaux sera très fortement encadrée par les critères de choix qu'ils auront fixé. D'où la nécessité de travailler les critères de manière précise et de se laisser de l'espace pour du qualitatif.

❖ Pourquoi choisir de recommander ?

Les recommandés ont l'obligation de prendre tout le monde au tarif, ils ne peuvent évidemment pas faire de questionnaire médical et ils assument les impayés.

En outre, les partenaires sociaux assument une lourde responsabilité en cas de procédure irrégulière et ils ont une compétence liée dans leur choix.

Quant à l'extension, s'il n'existe pas de vrai périmètre de mutualisation, elle est de moindre intérêt. Aujourd'hui, certaines branches souhaitent mettre en place un régime étendu, obligeant les entreprises à cotiser à un certain prix pour certaines prestations avec une certaine action sociale et, pour le reste, faire une « recommandation » par la voix d'une délibération patronale, avec une certaine flexibilité quant au nom du mécanisme (recommandation, label, référence,...). ■

Maître Laurence LAUTRETTE
Cabinet Lautrette & Associé
24 rue de Berri – 75008 PARIS
01 53 53 63 67 - 06 80 01 76 34
llautrette@lautrette-avocats.com