



HAL
open science

La négociation collective en matière de couverture santé en prise à un conflit de logiques

Josépha Dirringer, Marion del Sol

► To cite this version:

Josépha Dirringer, Marion del Sol. La négociation collective en matière de couverture santé en prise à un conflit de logiques. IODE. Plus d'assurance santé pour moins de protection? Le patient face au marché (dir. P. Batifoulier et M. Del Sol), , p. 103-114, 2022, Collection Amplitude du droit, 978-2-9581843-1-5. hal-03620999

HAL Id: hal-03620999

<https://hal.science/hal-03620999>

Submitted on 30 Mar 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Chapitre 7. La négociation collective en matière de couverture santé en prise à un conflit de logiques

Josépha DIRRINGER et Marion DEL SOL

Univ Rennes, CNRS,
IODE (Institut de l'Ouest : Droit et Europe) – UMR 6262

Envisager le risque santé dans le champ de la protection sociale, c'est l'inscrire dans l'ordre du droit social, de ses principes, de ses règles et de ses fonctions. Cela se concrétise notamment dans le rôle qui est confié aux interlocuteurs sociaux dans le cadre de la négociation collective qui, sans conteste, se rattache à l'ordre du droit social. Or cet ordre a été significativement chamboulé : d'une part, il connaît de fortes perturbations et, d'autre part, il est désormais percuté par l'ordre du droit économique, lui-même porteur de ses propres principes, règles et fonctions.

Dans le champ du droit de la protection sociale, l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 (ANI) et sa « transposition » législative par la loi du 14 juin 2013 obligent désormais les entreprises du secteur privé à fournir une couverture complémentaire santé à leurs salariés. Il en résulte un changement (partiel) de paradigme puisque l'assurance maladie complémentaire (AMC) devient ainsi obligatoire pour une large partie de la population alors qu'elle se caractérise historiquement par son caractère volontaire ; ce faisant, les rapports qu'entretiennent l'assurance maladie obligatoire (AMO) et l'AMC tendent à être modifiés. Mais la perturbation du droit social provient également de l'effet cumulatif de la loi du 14 juin 2013 et de l'évolution du droit de la négociation collective, plus précisément de la décentralisation des normes négociées qui donne la préférence aux accords conclus au niveau de l'entreprise.

Quelle que soit la voie empruntée en droit social, l'entreprise doit désormais souscrire un contrat d'assurance de groupe pour en quelque sorte gager son engagement. Ainsi, dans le cadre d'une couverture complémentaire santé, en contrepartie du paiement d'une cotisation (ou prime), la logique assurantielle conduit à ouvrir aux salariés le bénéfice de prestations contributives pour les soins nécessités par leur état de santé. Ces garanties assurantielles représentent le cœur de la protection sociale complémentaire des salariés mais constituent également un marché pour les assureurs de personnes.

Dans le prolongement de la loi de 2013, la modification des conditions d'attribution de ce marché a fait une place substantielle à la logique économique emportant télescopage entre le droit de la concurrence et le droit social. Ce phénomène de télescopage résulte précisément de la fonction que la loi assigne depuis 2013 à la négociation collective et aux interlocuteurs sociaux. Plus que jamais, elle devient un outil de régulation de la concurrence sur le marché de

l'assurance santé, laissant un peu de côté sa fonction première, qui était celle que lui attribuait l'ordre social, d'amélioration des droits sociaux.

Cette perturbation de l'ordre du droit social donne à voir un paysage contrasté. D'une part, la logique de décentralisation de la négociation collective malmène les intérêts des salariés (1). D'autre part, la logique concurrentielle peut emporter une dégradation de la mutualisation entre les entreprises d'une même branche, malmenant ainsi les intérêts de certaines d'entre elles (2).

1. Les intérêts des salariés malmenés par la décentralisation des normes en droit social

Largement engagé depuis plusieurs années, le processus général de décentralisation de la négociation collective n'en revêt pas moins une signification particulière quand il se décline dans le champ des garanties collectives de protection sociale (1.1). De surcroît, la décentralisation porte ici en germe des effets discriminants pour les salariés dont les protections peuvent dépendre de façon accrue des caractéristiques de l'entreprise qui les emploie (1.2).

1.1. Le mouvement de décentralisation de la production des normes en droit social

Aux termes de l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale (CSS), les garanties collectives dont bénéficient les salariés en complément de celles qui résultent de l'organisation de la Sécurité sociale peuvent résulter de trois catégories d'engagement : une convention ou un accord collectif, un référendum d'entreprise ou encore une décision unilatérale du chef d'entreprise.

Datant de 1994, ce texte demeure empreint de l'esprit qui a longtemps animé les rapports entre la loi et la négociation collective placés sous l'égide du principe de faveur et de l'ordre public social (Souriac et Borenfreund, 2003 ; Pélissier, 2002). Ainsi, à sa lecture, on pressent que les normes d'origine professionnelle en matière de protection sociale sont censées entretenir avec les normes d'origine étatique une relation de complémentarité, et même d'amélioration ; par ce biais, l'AMC s'inscrit dans une logique de complémentarité avec l'AMO. Pourtant, ce rapport n'a eu de cesse d'être fragilisé de sorte que l'on ne sait s'il s'agit encore vraiment d'un principe. Les dérogations à la loi et les lois supplétives ont gagné du terrain, le législateur cherchant à favoriser les normes négociées.

Le principal chamboulement interne à l'ordre du droit social est celui qui en affecte les sources. La hiérarchie des normes en droit social a connu de nombreux bouleversements, encourageant une logique de décentralisation et de contractualisation. Ce phénomène ne concerne pas seulement le droit du travail. Il concerne aussi le droit de la protection sociale. Ce processus de décentralisation s'inscrit aussi dans l'apparition de ce qu'on appelle la négociation collective administrée et pilotée par les pouvoirs publics. Cela est particulièrement vrai des politiques de santé. L'analyse des habilitations légales de négocier et des règles d'articulation des normes conventionnelles permet de s'en rendre mieux compte.

1.1.1. Encourager la négociation collective

Si l'habilitation à négocier existe depuis longtemps, il faut souligner l'impulsion donnée par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013. Cette dernière a renvoyé d'abord à la négociation collective de branche le soin de définir les modalités de la couverture complémentaire du risque santé. Dans le cadre de cette habilitation, les négociateurs de branche peuvent recommander aux entreprises de s'adresser à un organisme complémentaire d'assurance maladie (OCAM). Mais ils peuvent également prévoir « l'institution de garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité et comprenant à ce titre des prestations à caractère non directement contributif » (CSS, art. L. 912-1) [voir chapitre 16]. Comme l'écrit un auteur, la loi « a défini les attributions de la commission paritaire [de branche] lui donnant accès à des missions d'intérêt général » (Barthélémy, 2017). La loi de sécurisation de l'emploi a en outre soumis les entreprises à une obligation de négocier. Dès lors qu'au 1^{er} janvier 2014, elles n'étaient pas couvertes par un accord de branche, il leur incombait alors de prévoir une couverture complémentaire santé afin que, dès le 1^{er} janvier 2016, tous les salariés soient couverts par une assurance complémentaire santé. À défaut d'accord collectif, l'employeur devait donc intervenir par voie de décision unilatérale.

L'analyse des habilitations légales permet d'entrevoir une hiérarchie entre les différentes normes juridiques. D'abord, dans le cadre du processus de généralisation, la loi ne s'est pas contentée de rendre possible la conclusion de ces accords. Elle en a imposé la négociation et a prévu de suppléer l'absence d'accord collectif par l'intervention du pouvoir décisionnel du chef d'entreprise. Ce faisant, elle a montré une préférence nette pour la norme négociée plutôt que la norme unilatérale. Ensuite, au travers des obligations de négocier périodiquement, on observe que la couverture complémentaire santé figure parmi les thèmes de la négociation obligatoire dans l'entreprise, alors même qu'elle est absente des rendez-vous périodiques organisés au niveau de la branche. Sans que cela soit explicite, le législateur témoigne ainsi de sa préférence pour la négociation et les accords d'entreprise.

1.1.2. Préférer l'accord d'entreprise

Concernant l'articulation des normes conventionnelles, le mouvement général est celui d'une préférence donnée à l'accord conclu au niveau de l'entreprise (ou du groupe) plutôt qu'à l'accord de branche. Depuis la loi du 4 mai 2004 et, surtout, l'ordonnance du 22 septembre 2017, les accords collectifs conclus au niveau des branches professionnelles ne disposent plus de la même portée normative à l'égard des accords d'entreprise. Selon une logique de supplétivité, l'accord d'entreprise prime sur l'accord de branche, lequel n'a vocation à s'appliquer qu'à défaut d'accord d'entreprise. Ce principe connaît plusieurs exceptions, notamment en matière de couverture santé. Les garanties visées à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale – c'est-à-dire les garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité et comprenant à ce titre des prestations à caractère non directement contributif – figurent parmi les treize matières pour lesquelles l'accord de branche prévaut encore sur l'accord d'entreprise. Sans entrer ici dans le détail des difficultés d'application, il convient cependant d'indiquer que cette prévalence n'est

que relative, puisque l'accord d'entreprise s'appliquera malgré tout dès lors qu'il institue des garanties équivalentes à celles prévues par l'accord de branche.

Directement habilitée par le législateur et libérée de l'état conventionnel, l'entreprise (ou le groupe) est ainsi désormais érigée en espace de régulation privilégié, y compris dans le domaine de la protection sociale complémentaire. Un tel bouleversement des normes n'est pas sans conséquence sur les principes de solidarité et d'universalité qui structurent le système social français. Longtemps, ils ont justifié que les garanties soient régies au sein de larges espaces de régulation tels que l'État à travers la loi ou le secteur d'activité par le biais des conventions de branche. Désormais, ces principes sont conçus et mobilisés différemment. Le principe de solidarité s'ouvre à des espaces plus restreints que sont l'entreprise et le groupe. Quant au principe d'universalité, il répond moins désormais à un besoin d'égalité et de progrès social dont étaient garants la loi et les accords de branche. Il se satisfait d'une simple équivalence résultant d'accords d'entreprise qui laissent se perpétuer les inégalités entre salariés, en particulier selon qu'ils travaillent dans de grandes ou de petites entreprises.

1.2. Le risque d'un effet discriminant entre salariés

D'assez longue date, la réglementation de l'assurance santé collective protège – par des dispositions d'ordre public – les intérêts des salariés assurés en interdisant aux assureurs d'opérer des discriminations individuelles fondées sur l'état de santé tant dans le bénéfice de la couverture qu'en matière de tarification (loi Évin du 31 décembre 1989). L'individu est protégé par la logique collective qui irrigue la loi ; autrement dit, le collectif sert de pare-feu contre d'éventuelles discriminations individuelles.

Pour le reste, comme le souligne le rapport Libault (2015, p. 34), « *la remise en cause des clauses de désignation...* [déplace] les conditions de détermination des garanties et de l'assureur au niveau de l'entreprise, au détriment de la branche, ce qui pourrait se traduire par une détérioration forte du "modèle" de la solidarité qui était en train de se construire... entre salariés ». Dès lors, malgré le processus de généralisation, le cadre d'emploi de rattachement du salarié est plus que jamais déterminant des conditions dans lesquelles il va bénéficier d'une couverture complémentaire santé. Dit autrement, ce cadre d'emploi produit un effet discriminant, négatif ou positif selon le cas.

L'enjeu est d'importance dès lors qu'on conserve à l'esprit que le collectif permet aussi de construire une « propriété sociale », « l'acquisition de protections sociales [s'étant faite] essentiellement à partir de l'inscription des individus dans des collectifs protecteurs » (Castel, 2003, p. 37). Si l'entreprise constitue bien un collectif protecteur, il est un collectif indéfectiblement lié au pouvoir patronal et aux conceptions patrimoniale et paternaliste qui inspirent fortement les théories de l'entreprise en droit du travail. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle une frange du syndicalisme français demeure hostile à la négociation collective d'entreprise et reste attachée à la négociation de branche car on peut davantage y « imaginer un salariat sans subordination » (Linhart, 2017) : les avantages sociaux qui y sont créés sont indépendants de la subordination

consentie par le salarié vis-à-vis de son employeur. Ils ne sont pas le prix de leur soumission, ne dépendent pas de la générosité, de la taille ou des moyens financiers de l'entreprise.

Comme le soulignent les résultats de l'enquête *Protection sociale complémentaire d'entreprise* réalisée en 2017 par l'Institut de recherche et documentation en économie de la santé (IRDES), « les garanties offertes et la participation de l'employeur au paiement de la prime sont d'autant plus élevées que l'entreprise est de taille importante et que le niveau de qualification et les salaires proposés sont élevés » (Perronin et Raynaud, 2020). D'une certaine façon, on retrouve des caractéristiques qui étaient déterminantes pour que les entreprises s'engagent volontairement dans la mise en place d'une couverture santé complémentaire avant que celle-ci ne devienne obligatoire. Aujourd'hui, ces caractéristiques se trouvent exacerbées par le changement d'environnement juridique.

Le facteur taille est spécialement intéressant. En effet, plus l'entreprise a un effectif important et plus les perspectives que la question de la couverture santé soit inscrite dans un espace de dialogue social – en lien ou non avec des sujets connexes tels que celui de la qualité de vie au travail ou encore de la santé au travail (voir chapitre 8) – sont élevées. *Via* la représentation élue et syndicale, les salariés sont plus en capacité de peser sur les choix et d'orienter le paramétrage : nature et niveau des garanties, niveau du financement patronal, modalités de tarification (forfaitaire, proportionnelle au revenu, à dimension familiale). Dans certaines entreprises, l'implication des salariés ne se limite pas à discuter du contenu du contrat collectif et donc du niveau de protection. Certaines vont plus loin en impliquant les salariés dans la mise en œuvre et la gestion de la protection sociale complémentaire. Ainsi, certains accords collectifs instituent dans le cadre du comité social et économique une commission « mutuelle-prévoyance ». Tel est le cas d'entreprises comme Safège, Secafi, Prima ou encore Logista. Cela fait apparaître une autre forme d'inégalité entre salariés qui ne concerne pas seulement le niveau de protection, mais qui porte aussi sur la participation accordée ou non à la gestion de cette protection.

Bien qu'aucune étude ne le renseigne, on peut également faire l'hypothèse – à partir de l'analyse de quelques accords collectifs – que l'appartenance de l'entreprise d'emploi du salarié à un groupe de sociétés s'avère un facteur discriminant positif. En effet, certains groupes négocient à ce niveau, notamment à des fins d'harmonisation de la couverture sociale complémentaire des salariés. Le choix de ce niveau de négociation acte la place de la protection sociale dans la politique du groupe à l'égard du personnel. Par ailleurs, recourir à la négociation au niveau du groupe confère plus de poids aux représentants du personnel pour infléchir les orientations en matière de couverture sociale, mais également pour suivre – souvent au sein d'une commission *ad hoc* instituée par l'accord collectif – le déploiement de celle-ci et l'évolution des comptes du régime. Enfin, dans les relations avec les assureurs, la surface du groupe peut le placer dans une situation particulièrement favorable à la fois pour obtenir une tarification intéressante et inscrire cette relation contractuelle dans la durée. Il peut en résulter la constitution de « réserves » dont les négociateurs au sein du groupe auront l'usage. À titre d'exemple, les résultats du contrat d'assurance du groupe Total concernant la couverture santé et le niveau des réserves ont permis aux négociateurs, en 2019, de décider de ne prélever que 95 % de la cotisation. Des résultats déficitaires auraient pu permettre de mobiliser les réserves constituées pour, par exemple, ne pas augmenter la tarification. Au regard du nouvel environnement

normatif, la logique de groupe peut s'avérer paradoxalement plus favorable que la logique de branche tant pour les entreprises du groupe que pour leurs salariés.

2. Les intérêts des entreprises malmenés dans la logique concurrentielle sous l'effet d'une mutualisation dégradée

Si l'on fait de la négociation collective la source privilégiée de la couverture complémentaire santé, elle devient du même coup une source inattendue du droit de la concurrence (2.1). Mais alors quelle conséquence l'intervention de ce mode de régulation peut-elle avoir sur les entreprises qui sont en quête d'une couverture santé ? Plus spécifiquement, on est conduit à s'interroger sur les possibles effets de domination économique, en particulier pour les plus petites d'entre elles qui sont dans une situation de déséquilibre certain vis-à-vis des OCAM auprès desquels elles souscrivent une assurance complémentaire en matière de santé (2.2).

2.1. La négociation collective, une nouvelle source du droit de la concurrence

Le droit social est chamboulé et se voit concurrencé par le droit économique, insufflant une nouvelle forme de régulation, davantage tournée vers le droit de la concurrence et le fonctionnement du marché. Les principes structurants de l'ordre économique sont parvenus à s'imposer, fragilisant l'édifice de la protection sociale complémentaire et de la couverture santé en entreprise que le droit social avait construit.

Deux principes du droit économique sont aujourd'hui mobilisés, qui d'ailleurs ont parfois tendance à se confondre, à savoir les principes de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre d'une part et le principe de la libre concurrence d'autre part.

Les principes de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre ont été avancés par le Conseil constitutionnel en 2013 pour censurer les clauses de désignation figurant dans les conventions collectives de branche (C. const. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013). En brandissant ces deux principes à valeur constitutionnelle, le juge constitutionnel a ignoré les raisons qui pouvaient justifier une possible restriction par le législateur à ces deux libertés fondamentales. Rappelons en effet qu'aux termes de l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale, « à 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 ». En les considérant comme des compléments des garanties résultant de l'organisation de la Sécurité sociale, il aurait été donc tout à fait envisageable pour le juge constitutionnel d'invoquer l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 et la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale pour justifier une atteinte à la liberté contractuelle. Cela serait apparu d'autant plus cohérent si l'on a l'esprit que l'AMC est articulée de façon quasi obligatoire avec l'AMO par le biais des contrats responsables (voir chapitre 12).

Il s'agit ensuite du principe de la libre concurrence, inscrit à l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), dont l'articulation avec la liberté de négociation collective se pose.

En droit de l'Union européenne, en raison des objectifs de politique sociale qui sont en cause, la négociation collective et son résultat, l'accord collectif, sont exclus du champ de l'article 101 TFUE. Ainsi, l'accord collectif n'est pas considéré comme une violation à l'interdiction des ententes. Cela résulte de l'arrêt Albany de 1999 et la solution a été plusieurs fois rappelée. En matière spécifique de frais de santé, cela a été jugé dans l'affaire AG2R en 2011. Selon la Cour de justice de l'Union européenne, les pouvoirs publics peuvent rendre obligatoire un accord collectif qui prévoit l'affiliation obligatoire à un régime de remboursement complémentaire de frais de soins de santé pour l'ensemble des entreprises du secteur concerné. Forte de cette décision, la Cour de cassation avait d'ailleurs admis en 2015 la validité d'une clause de désignation quand bien même les opérateurs économiques désignés n'avaient pas été mis en concurrence. Pour autant, en droit européen, l'exercice du droit fondamental de négociation collective doit être concilié avec les exigences découlant des libertés protégées par le TFUE. C'est à l'occasion de cette mise en balance que l'on doit se demander si les conditions de mise en œuvre d'un dispositif de protection sociale ne portent pas une atteinte disproportionnée aux libertés économiques. Autrement dit, « le droit positif européen met sous surveillance [...] l'activité conventionnelle » (Del Sol, 2015).

De ce point de vue, une décision rendue en 2019 par la Cour de cassation marque peut-être une évolution qui n'est d'ailleurs pas sans questionner la conformité du droit français au droit de l'Union européenne. Dans cet arrêt, la Cour de cassation estime que l'existence d'une clause de réexamen des organismes recommandés est obligatoire et est une condition de validité « d'accords dérogeant aux principes de libre concurrence et de liberté d'entreprendre ». La formule est étonnante au regard de ce qui précède. Elle évoque le terme de dérogation et non celui de conciliation. Or les deux termes méritent d'être distingués. La logique de conciliation à laquelle le droit européen oblige ne signifie en aucun cas que les interlocuteurs sociaux soient appelés à mettre en œuvre le principe de libre concurrence. Et ce précisément parce que la négociation collective est exclue du champ de l'article 101 TFUE comme nous venons de l'indiquer.

En réalité, la formule retenue par la Cour de cassation s'explique par le décret n° 2015-13 du 8 janvier 2015 relatif à la procédure de mise en concurrence des organismes dans le cadre de la recommandation. Ce texte, codifié à l'article D. 912-1 du Code de la sécurité sociale et que la Cour de cassation ne fait qu'appliquer, impose aux interlocuteurs de branche de procéder à une mise en concurrence préalable des organismes candidats et aussi à chaque réexamen de la clause de recommandation. Le texte leur impose donc de prévoir une clause de réexamen et de satisfaire « aux principes de transparence de la procédure, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les organismes candidats ». Autrement dit, l'accord collectif, loin d'être exclu du champ d'application de l'article 101 TFUE, doit le mettre en œuvre, contrariant significativement l'interprétation issue de l'arrêt AG2R.

Ce sont en effet deux choses très différentes que concilier deux normes et étendre le champ d'habilitation d'une autorité normative à des questions qui, en principe, sont exclues de sa

compétence. De cette possible contrariété au droit européen, on est surtout porté à se demander s'il est bien du rôle des interlocuteurs sociaux que de jouer celui de régulateur du marché du risque santé ? Il y a là une forme de néocorporatisme qu'il faudrait interroger du point de vue des rapports entre démocratie sociale et démocratie politique : l'État peut-il si aisément renvoyer à des acteurs privés le soin de définir ce qui relève de l'ordre public économique ? Juridiquement, cela semble être admis si l'on se rapporte justement à la position de la CJUE exprimée par exemple dans l'arrêt AG2R. Cependant, cette question est aussi une question politique : la représentativité reconnue aux organisations syndicales et patronales leur confère-t-elle un pouvoir normatif qui va au-delà des questions relatives aux relations de travail ? Ne faudrait-il pas soumettre les commissions paritaires à un contrôle ? L'accord est soumis à un contrôle exercé au stade de sa conclusion et de son extension. Plusieurs décisions du Conseil d'État, rendues en 2019 et faisant suite à la décision de la Cour de cassation, illustrent la réalité de ce contrôle. Qu'en est-il en revanche du contrôle au stade de l'application des règles qu'elles ont elles-mêmes élaborées ? Il est *a priori* absent.

2.2. Le risque d'un effet discriminant entre entreprises en quête d'une couverture santé

La loi du 14 juin 2013 rend obligatoire la couverture santé complémentaire des salariés du secteur privé. Pour autant et sans doute paradoxalement, l'environnement juridique renouvelé dans lequel s'inscrit la protection sociale complémentaire depuis 2013 est source de potentielles fragilités tant pour les entreprises souscriptrices des contrats collectifs que pour les salariés bénéficiaires des protections. D'une certaine façon, cet environnement juridique est « moins-disant » par rapport au précédent : il soumet davantage les entreprises et, par voie de conséquence, leurs salariés à la loi de l'offre et de la demande parce que les espaces de mutualisation se sont restreints et que le profil de risque des salariés et de l'entreprise (âge des salariés, catégories socio-professionnelles, dangerosité de l'activité, qualité de l'environnement de travail, etc.) devient déterminant des conditions de souscription du contrat d'assurance.

L'article L. 2232-5-1 du Code du travail assigne à la négociation de branche la mission de réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application. À cet effet, négocier la protection sociale complémentaire des salariés au niveau de la branche participe incontestablement de cette régulation puisque, comme cela a été évoqué plus haut, il s'agit d'un des treize domaines pour lequel la hiérarchie des normes conventionnelles n'a pas été inversée par les ordonnances de septembre 2017 : pour les garanties collectives complémentaires, la prévalence de l'accord de branche sur l'accord d'entreprise continue d'être le principe. Pour autant, ce domaine ne constitue pas un thème obligatoire de la négociation de branche contrairement, par exemple, à celui de l'épargne salariale. De surcroît, la régulation de la concurrence par la branche est très largement conditionnée par les mécanismes de mutualisation à disposition des négociateurs. En effet, un des enjeux essentiels est celui de la tarification du contrat d'assurance que souscrit l'entreprise pour faire face à ses engagements en matière de garanties. Schématiquement, deux situations peuvent se présenter : soit la tarification est corrélée au niveau de risque présenté par

l'entreprise et soumet celle-ci aux lois du marché, soit il s'agit d'une tarification collective reposant sur une mutualisation entre entreprises à l'échelle de la branche.

Or, les mécanismes de mutualisation à disposition des négociateurs de branche ont été bouleversés par la décision du Conseil constitutionnel de juin 2013. La mutualisation à cette échelle s'en trouve désormais entravée, voire dissuadée. D'une part, il n'est juridiquement plus possible d'instituer une solidarité entre toutes les entreprises d'une même branche puisque la mutualisation ne peut plus être imposée contrairement à ce que permettaient les clauses de désignation assorties d'une clause de migration. D'autre part, le bénéfice d'une tarification collective passe par l'insertion d'une clause de recommandation dans l'accord de branche qui emporte une mutualisation en trompe-l'œil et dont le régime juridique (conditions, procédure, effets) n'est guère incitatif.

2.2.1. Absence de clause de recommandation : une démutualisation qui peut rendre vulnérables certaines entreprises

La situation résultant de l'absence de clause de recommandation n'est pas différente de celle qui était induite par l'absence de clause de désignation. Aucune tarification collective n'existe au niveau de la branche et ne peut être opposée à un quelconque assureur. Par conséquent, chaque entreprise est dans une négociation de gré à gré avec un assureur. Ce face-à-face contractuel, souvent intermédié par un courtier, peut placer l'entreprise dans une situation de vulnérabilité si son profil de risque est peu favorable. En effet, la tarification envisagée sera dépendante, et parfois très étroitement, de la sinistralité de l'entreprise telle qu'estimée par l'assureur.

« L'entreprise devra [alors] s'attendre à ce que ses risques soient analysés par l'organisme assureur avec lequel elle négocie la gestion de ses couvertures : sa taille, sa sinistralité, sa démographie, l'âge, l'état de santé de ses salariés, sont autant d'éléments décisifs pour la tarification. Les plus petites entreprises qui, de surcroît, présentent toutes les caractéristiques d'un « mauvais risque », disposent d'un faible pouvoir de négociation ne suffisant pas à faire contrepoids aux variables de tarification des organismes assureurs. » (Geslot, 2014)

En l'absence de clause de recommandation, la situation peut donc s'avérer « critique » pour certaines entreprises qui doivent négocier directement la souscription auprès d'un organisme assureur, en particulier pour les petites entreprises comptant dans leur rang un ou plusieurs salariés ayant un état de santé dégradé, voire un handicap. Certes, s'agissant de contrats collectifs d'assurance à adhésion obligatoire et en application de la loi Évin de 1989, l'assureur ne peut pas opérer de sélection parmi les salariés ni fixer les cotisations (ou primes) en fonction de l'état de santé. Il peut néanmoins effectuer la pesée des risques afin de déterminer la sinistralité du groupe, ce qui peut se réaliser grâce aux questionnaires médicaux que les éventuels bénéficiaires peuvent être amenés à compléter. D'où la suggestion faite par certains d'aller plus loin dans la réglementation en interdisant non plus seulement l'exploitation, mais la collecte des informations médicales.

La suppression des clauses de désignation n'a pas changé cette situation. Mais celle-ci est exacerbée par deux éléments : d'une part, la nécessité pour chaque entreprise de satisfaire à l'obligation de financer, au moins pour moitié, une couverture complémentaire santé couvrant le

panier minimum de la généralisation et répondant au cahier des charges des contrats « responsables » ; d'autre part, l'attractivité limitée des clauses de recommandation pour les négociateurs de branche. Sur ce point, il est à relever que la recommandation suppose que l'accord de branche prévoit le financement de prestations non contributives présentant un degré élevé de solidarité (voir chapitre 16), ce qui est générateur d'un coût supplémentaire que les négociateurs peuvent hésiter à imposer à l'ensemble des entreprises de la branche. De surcroît, la recommandation engage également les négociateurs dans un processus d'appel à concurrence dont la technicité et l'ingénierie juridique qu'il induit peuvent s'avérer dissuasives. Même si aucune statistique officielle n'existe, l'absence de clause de recommandation semble être une réalité dans nombre de branches. Ainsi, sur 138 accords de branche portant sur les frais de santé recensés en 2018, le Centre technique des institutions de prévoyance (CTIP) fait ressortir que seuls 48 % contiennent une clause de recommandation.

2.2.2. Existence d'une clause de recommandation : l'écueil d'une segmentation du marché en considération des profils de risques

En recommandant un ou plusieurs organismes assureurs, les négociateurs de branche mobilisent le seul mécanisme de mutualisation à leur disposition concernant les prestations d'assurance santé. Pour autant, la mutualisation instituée peut ne traduire qu'une solidarité *a minima* entre les entreprises de la branche. Cela résulte du renversement de logique présidant aux relations entre les entreprises et l'assureur. Pendant la durée de validité de la clause (cinq ans maximum), les assureurs recommandés « 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 revanche, les entreprises ne sont plus juridiquement captives, la décision du Conseil constitutionnel de 2013 ayant reconnu une forme de primauté de la liberté contractuelle sur toute autre considération.

Aujourd'hui, comme avant avec les clauses de désignation, toutes les entreprises de la branche ont la garantie de trouver un assureur et de se voir appliquer la tarification collective sur laquelle l'assureur recommandé s'est engagé. Leur profil de risque est dès lors indifférent. En d'autres termes, la tarification collective exprime la solidarité entre les entreprises de la branche. Mais, contrairement à la situation antérieure, ce schéma de solidarité est relatif et ne permet ni d'optimiser ni de pérenniser une tarification collective solidaire. Pour l'essentiel, l'équilibre interne à la branche est exposé au risque de segmentation du marché. Pour le dire simplement, les entreprises (ou groupes) présentant un bon profil de risque – en raison notamment de leur taille – peuvent espérer obtenir un tarif plus avantageux en négociant de gré à gré avec un assureur et faire le choix de ne pas entrer dans la mutualité de branche confiée à l'assureur recommandé alors que, dans le même temps, les entreprises à moins bon profil auront intérêt à entrer dans cette mutualité. Inévitablement, le tarif collectif proposé par ce dernier lors de l'appel à concurrence tient compte de ce risque et sera mécaniquement plus élevé qu'avec une clause de

désignation, car l'assureur sait ne pas pouvoir compter sur toutes les entreprises de la branche¹. Ce risque de segmentation du marché porte également en germe des difficultés pour l'avenir. D'une part, le tarif collectif prévu pour la durée de la recommandation peut avoir sous-estimé l'ampleur du phénomène de segmentation du marché en considération des profils de risque ; d'autre part, les résultats de la branche peuvent être affectés par le retour vers la mutualité des entreprises n'ayant pas initialement fait le choix de la recommandation, mais dont le profil de risque s'est dégradé. Or, en l'état actuel de la réglementation, aucun aménagement juridique n'est à la disposition des négociateurs de branche pour essayer de contrecarrer partiellement ce risque de segmentation et donc de promouvoir une tarification collective plus solidaire².

In fine, le schéma qui a été dessiné à partir de 2013 semble aller à l'encontre d'une politique de branche ambitieuse s'inscrivant dans la durée et permettant de lisser les évolutions tarifaires dans le temps au bénéfice de l'ensemble des entreprises du secteur professionnel concerné. Cela tient, comme nous l'avons relevé, à la préférence qui est désormais accordée à la négociation collective d'entreprise. Il est certain que cela rend plus compliquée la possibilité de faire de la branche l'espace de cette politique dès lors que les acteurs sont encouragés à la mener à un autre niveau. Par ailleurs, la négociation collective de branche est de plus en plus conduite à se soucier de la régulation de la concurrence sur le marché de l'assurance santé, avant que de penser à remplir les objectifs que le droit social lui confiait jusqu'à présent, que ce soit la protection de la santé, l'amélioration des conditions d'emploi ou encore l'instauration d'une plus grande égalité et d'une plus grande solidarité entre les salariés de la branche.

Bibliographie

AKANDJI-KOMBÉ J.-F., 2010, « Négociation collective et marché intérieur », *Semaine sociale Lamy*, n° 1463, p. 5 et suiv.

BARTHÉLÉMY J., 2017, « Degré élevé de solidarité dans un accord de prévoyance : à propos du décret n° 2017-162 du 9 février 2017 », *Revue fiduciaire*, Feuillet hebdomadaire n° 3689

CASTEL R., 2003, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé ?* Paris, Le Seuil

DEL SOL M., 2015, « Droit européen et protection sociale négociée : mesure de l'autonomie des partenaires sociaux », dans P. TURQUET (dir.), *La crise de la protection sociale en Europe*, Rennes, PUR, p. 95-105

GESLOT E., 2014, « TPE employant travailleurs handicapés cherche assureur pour gérer ses couvertures prévoyance », *Semaine sociale Lamy*, n° 1656, p. 4-6

1. On peut également estimer que ce tarif collectif se trouve augmenté du fait que l'assureur recommandé devra engager des frais d'acquisition plus importants puisqu'il doit essayer de convaincre les entreprises de la branche de souscrire auprès de lui là où la désignation leur imposait cette souscription.

2. Le rapport Libault (2015) a suggéré d'autoriser les branches à fixer une pénalité (encadrée) pour les entreprises qui rejoindraient tardivement le dispositif de recommandation et ce « afin de limiter les entrées/sorties en fonction de l'évolution du profil de risque » (p. 42).

LIBAULT D., 2015, *Rapport sur la solidarité et la protection sociale complémentaire collective*, 2015-005R, ministère des Affaires sociales, de la Santé et des Droits des femmes

LINHART D., 2017, « Imaginer un salariat sans subordination », *Le Monde diplomatique*, juillet 2017

PÉLISSIER J., 2002, « Existe-t-il un principe de faveur en droit du travail? », dans *Mélanges dédiés au président Michel Despax*, Toulouse, PUSS

PERRONNIN M. et RAYNAUD D., 2020, *La couverture complémentaire collective : des modalités de mise en œuvre variables selon les entreprises. Résultats de l'enquête Protection sociale complémentaire d'entreprise 2017*, IRDES, Questions d'économie de la santé, n° 251

SOURIAC M.-A. et BORENFREUND G., 2003, « Les rapports de la loi et de la convention collective : une mise en perspective », *Droit social*, n° 1, p. 73