

# Chapitre 16. Les prestations non contributives à l'échelle de la branche professionnelle en marge de la complémentaire santé : des solidarités de branche contrastées

Josépha DIRRINGER

Université de Rennes 1, Institut de l'Ouest : Droit et Europe  
(IODE – UMR CNRS 6262)

**À** la suite de la réforme de 2013, les interlocuteurs sociaux de branche ont été invités à participer à la mise en place de la généralisation de la couverture complémentaire santé. Sans revenir ici sur le détail de la loi, rappelons que la généralisation de la complémentaire santé a consisté notamment dans l'obligation faites aux branches professionnelles de négocier (voir chapitres 6 et 7). Ainsi, les accords professionnels sont susceptibles non plus de désigner et donc d'imposer les organismes complémentaires d'assurance maladie (OCAM) chargés de proposer une couverture complémentaire des frais de santé aux salariés de la branche, mais de simplement les recommander en permettant aux entreprises de bénéficier d'une offre déjà négociée en amont. Parallèlement à cela, la loi a invité les interlocuteurs sociaux de branche à prévoir, dans une logique de solidarité, l'accès des salariés de la branche à des prestations dites non contributives soit au travers d'actions de prévention de la santé, soit au travers d'actions sociales.

L'idée d'instituer des actions de solidarité au niveau des branches professionnelles en marge de la complémentaire santé figurait déjà dans l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013 qui a précédé la loi. Le texte appelait les interlocuteurs sociaux de branche à pouvoir « [définir, quels que soient les organismes éventuellement recommandés, les contributions dédiées au financement de l'objectif de solidarité, notamment pour l'action sociale et la constitution de droits non contributifs » (article premier)<sup>1</sup>. Cependant, à la lecture de ce passage, on comprend que la possibilité de prévoir des contributions dédiées au financement de l'objectif de solidarité apparaît comme indépendante, et même accessoire, à l'objectif premier de la réforme qui est la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé. D'abord, prévoir de telles contributions ne procède que d'une invitation adressée aux interlocuteurs sociaux et en aucun cas d'une obligation. Ensuite, cela n'est à aucun moment une condition, comme la loi le fera quelques mois plus tard, posée à l'insertion d'une clause de recommandation bénéficiant à tel ou tel OCAM.

---

1. Nous soulignons les éléments évoquant la liberté laissée aux interlocuteurs de branche par les auteurs de l'ANI.

C'est donc la loi en « transposant » l'ANI qui établira le lien entre solidarité de branche et clauses de recommandation. L'article 912-1 du Code de la sécurité sociale prévoit en effet que les accords professionnels ou interprofessionnels peuvent prévoir l'institution de garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité et comprenant à ce titre des prestations à caractère non directement contributif, 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. Et d'ajouter à l'alinéa suivant : « *Dans ce cas*, les accords peuvent organiser la couverture des risques concernés en recommandant un ou plusieurs organismes. » Ainsi, la loi érige-t-elle les garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité en condition des clauses de recommandation.

Mais, en réalité, plus qu'une conditionnalité, c'est une forme de réciprocité qui va être instaurée. En effet, la plupart des branches qui n'entendaient pas prévoir de clause de recommandation se sont détournées de l'idée d'instituer une politique de solidarité au niveau de la branche comme si l'un ne pouvait pas aller sans l'autre. L'analyse des accords que nous livrons ici montre que les garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité figurent uniquement dans les accords de branche qui ont par ailleurs choisi de recommander un ou plusieurs OCAM. À l'inverse, les branches qui n'en ont pas recommandé, laissant aux entreprises toute latitude dans le choix de l'OCAM, se sont aussi abstenues de prévoir des garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité. Cette lecture qui n'avait pourtant rien de nécessaire débouche en définitive sur une partition entre, d'un côté, les branches qui recommandent des OCAM *et* qui instaurent des garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité et, de l'autre, celles qui ne prévoient ni l'un ni l'autre.

Cette première ligne de partage n'est en outre pas la seule. Au sein des branches qui ont choisi de recommander un ou plusieurs OCAM, le législateur a laissé une certaine liberté aux interlocuteurs sociaux. Ces derniers ont effet une marge de décision quant à la manière d'instituer ces garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité. Plus précisément, le décret d'application adopté le 11 décembre 2014 définit un éventail de trois mesures possibles pouvant être mises en place au titre des garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité : soit une prise en charge, totale ou partielle, de la cotisation de tout ou partie des salariés ; soit un financement d'actions de prévention concernant les risques professionnels ou d'autres objectifs de la politique de santé ; soit une prise en charge de prestations d'action sociale.

En définitive, l'esprit initial de l'ANI du 11 janvier 2013 qui était d'inviter à un élargissement de l'élan de solidarité au-delà de ce que permettait la généralisation de la complémentaire santé est fortement mis à mal. La transposition par la loi et la manière dont la réforme a été mise en œuvre par les interlocuteurs sociaux au niveau des branches professionnelles aboutissent finalement à un affadissement de l'objectif de solidarité. Figurent de grandes inégalités entre salariés, que ce soit d'une branche à l'autre ou que ce soit au sein d'une même branche, au point que l'on peut se demander ce qu'il reste de l'idée même de solidarité. Celle-ci semble en effet fortement fragilisée dès lors qu'elle est corrélée à l'existence d'une clause de recommandation (1), que les modalités d'institutionnalisation sont multiples (2) et que l'accès des salariés aux prestations non contributives repose sur des exclusions très critiquables, en particulier quand on les rapporte à l'objectif de solidarité (3).

## 1. La logique de solidarité de branche conditionnée à la recommandation d'un OCAM

Quel sens donner et quelles conséquences tirer au fait d'avoir érigé les garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité en condition des clauses de recommandation ?

En premier lieu, d'un point de vue juridique, il est important de souligner que cette conditionnalité consiste en une condition de licéité de la clause. Autrement dit, une clause de recommandation n'est licite qu'à la condition que l'accord prévoie par ailleurs des garanties présentant un degré élevé de solidarité.

En deuxième lieu, la loi exige que les garanties présentant un degré élevé de solidarité répondent à certains critères pour pouvoir être qualifiées comme telles. D'abord, aux termes du décret d'application, ces garanties doivent, du moins en partie, consister en des prestations à caractère non directement contributif. Pour autant, ces garanties sont bien financées au travers des cotisations prélevées. L'article R. 912-1 indique en effet que « sont regardés comme présentant un degré élevé de solidarité [...] les accords pour lesquels la part de ce financement est au moins égale à 2 % de la prime ou de la cotisation ». Il peut paraître étonnant que des prestations non contributives puissent être, malgré tout, financées par une portion des cotisations. En réalité, l'idée est bien d'instituer un prélèvement sur les cotisations afin de constituer une sorte de « pot commun » (Barthélémy, 2017) qui serve à financer des actions et des dispositifs participant à une logique de solidarité bénéficiant aux salariés qui en ont besoin. Le seuil fixé par le décret entend signifier qu'en deçà de ce seuil, il ne saurait exister de volonté réelle d'instituer une politique de solidarité au niveau de la branche.

En outre, les garanties mises en place doivent répondre à l'objectif de solidarité défini par les interlocuteurs sociaux de branche. Il peut s'agir d'une prise en charge, totale ou partielle, de la cotisation de tout ou partie des salariés, du financement d'actions de prévention, de la prise en charge de prestations d'action sociale, ainsi que, le cas échéant, du financement d'actions équivalentes procédant d'un objectif de solidarité que l'accord définit. Les interlocuteurs sociaux ont donc le choix. Ils peuvent décider que cette part servira à la prise en charge partielle ou totale de la cotisation pour certains salariés ou anciens salariés. De manière différente, ils peuvent décider d'instituer au niveau de la branche une politique de prévention ou de financer de prestations d'action sociale. Dans ce cas, le texte impose la création d'un fonds chargé de financer et de gérer de façon mutualisée des prestations solidaires au niveau de la branche professionnelle.

Le plus simple à mettre en place c'est évidemment la première voie qui consiste à décider une prise en charge totale ou partielle pour certains salariés. La logique de solidarité qui sous-tend cette mesure est ici purement d'ordre financier et consiste à vouloir alléger le coût que représente la cotisation de la complémentaire santé pour certains salariés dont le revenu est bas ou qui sont dans une situation d'emploi précaire.

La seconde option, certainement plus ambitieuse d'un point de vue des politiques sociales et de ce que recouvre l'idée de solidarité, est aussi plus lourde à mettre en place et à porter. L'article R. 912-3 du Code de la sécurité sociale fixe les règles applicables aux accords de branche

choisissant cette seconde option. Ainsi, l'accord doit-il définir les prestations gérées de manière mutualisée qui comprennent des actions de prévention ou des prestations d'action sociale, ainsi que les modalités de financement de ces actions. Par ailleurs, les dispositions réglementaires fixent les règles de financement de ces prestations. Il est prévu l'instauration d'un fonds chargé de percevoir les sommes prélevées sur la base d'un montant forfaitaire par salarié, d'un pourcentage de la prime ou de la cotisation, ou d'une combinaison de ces deux éléments. L'accord doit en outre préciser les modalités de fonctionnement de ce fonds, notamment les conditions de choix du gestionnaire qui sera chargé de son pilotage par la commission paritaire de branche.

Quelle que soit la voie retenue, la présence de ces mesures est essentielle pour admettre le choix des interlocuteurs sociaux de recommander un ou plusieurs OCAM. Sans elles, la clause de recommandation est tout simplement nulle.

Pour autant, devait-on entièrement exonérer les autres branches de la responsabilité sociale, à défaut d'être juridique, d'instituer des mesures similaires de manière que tous les salariés, quelle que soit la branche dont il relève, puissent prétendre à l'une ou l'autre de ces mesures ? Car le résultat est en effet celui-ci : les branches qui n'ont pas recommandé d'OCAM sont aussi celles qui n'ont rien prévu en termes de garanties présentant un degré élevé de solidarité. Cela est assurément regrettable, tant d'un point de vue d'égalité entre les salariés que d'un point de vue d'une meilleure effectivité des politiques de prévention de santé et des politiques de lutte contre l'exclusion et la pauvreté.

## 2. La constitution d'un fonds de solidarité : une possibilité aux modalités multiples

Passée cette première observation, on reste néanmoins curieux de connaître ce qu'ont mis en place les branches professionnelles au titre des garanties présentant un degré élevé de solidarité, et en particulier curieux de celles qui ont choisi la voie *a priori* la plus ambitieuse en décidant de créer un fonds de solidarité en vue de financer et de gérer des actions de prévention ou d'action sociale.

En réalité, les branches qui ont choisi de créer un fonds de solidarité pour financer et gérer des actions de prévention ou des prestations d'action sociale sont peu nombreuses. En 2019, le bilan de la négociation collective indiquait que « 13 accords ont concerné la mise en œuvre du degré élevé de solidarité ». L'AG2R recense pour sa part 72 dispositifs de solidarité, étant précisé que certains de ces dispositifs ont en réalité été mis en place dans la même branche professionnelle.

Par ailleurs, parmi ceux qui ont été examinés, les accords montrent entre eux d'importantes différences quant aux modes de gestion retenus et dans les prestations mises en place.

### 2.1. Le gestionnaire du fonds de solidarité

Le gestionnaire du fonds de solidarité peut être un des organismes assureurs recommandés. Parfois, il s'agit même du seul organisme assureur recommandé qui conserve ainsi un avantage

concurrentiel par rapport aux autres OCAM. Certaines branches choisissent toutefois de dissocier les OCAM recommandés de l'organisme chargé de la gestion du fonds de solidarité.

### **Encadré : Quelques illustrations**

La Convention collective nationale de l'industrie pharmaceutique (IDCC 176) a recommandé l'APGIS et AXA mais a confié la gestion du fonds à l'APGIS.

La branche de la pharmacie d'officine (IDCC 1996) a recommandé uniquement l'APGIS et l'a désigné organisme gestionnaire du fonds « Haut degré de solidarité ».

La Convention collective nationale de la mutualité (IDCC 1518) a recommandé Mutex mais a désigné la CNPS comme organisme gestionnaire du fonds.

La Convention collective nationale de l'animation (IDCC 1518) a recommandé, pour la prévoyance AG2R, CRI prévoyance et GNP-INPC ; pour les frais de santé Humanis, Umnaens et Mutex ; et a confié la gestion du fonds de solidarité à l'OCIRP.

En tout état de cause, on le sait désormais, l'organisme gestionnaire du fonds, à la différence des organismes recommandés, n'a pas à faire l'objet d'une mise en concurrence. En effet, à la suite de la loi du 24 juin 2013, il est devenu essentiel dans le champ de la protection sociale complémentaire de devoir concilier le droit de négociation collective et le principe de libre concurrence. S'agissant de la couverture des frais de santé, cette conciliation conduit à ce que les interlocuteurs sociaux qui souhaitent prévoir une clause de recommandation des OCAM avec lesquels ont été négociés le coût et le contenu de la couverture des frais de santé instituent une procédure de mise en concurrence des OCAM recommandés (voir chapitre 7). Il en va différemment des garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité pour lesquelles la loi n'impose pas de mettre en place une procédure de mise en concurrence lorsqu'un fonds de solidarité est créé. Tel est ce qui ressort de la décision du Conseil d'État du 16 décembre 2019 (Ferkane, 2020).

En choisissant de confier la gestion du fonds à tel ou tel OCAM, les branches professionnelles ont pu maintenir une faveur aux acteurs historiques qui, avant la réforme de 2013, étaient chargés de gérer la protection sociale complémentaire.

## **2.2. Les actions gérées par le fonds de solidarité**

L'examen des accords conclus au sein des branches professionnelles fait apparaître celles dans lesquelles les stipulations semblent avoir été peu discutées. Ainsi, plusieurs conventions collectives sont formulées selon des termes identiques laissant penser qu'ils ont eu recours à des copier-coller. Ainsi lit-on à plusieurs reprises que « le financement d'actions de prévention de santé publique ou des risques professionnels [...] pourront revêtir la forme de relais de la politique de santé publique notamment des campagnes nationales d'information ou de programme de formation ou visant à réduire les risques de santé futurs et à améliorer la qualité de vie des salariés ». Ou encore, concernant la prise en charge de prestations d'action sociale, il est écrit qu'elles peuvent « comprendre notamment : – à titre individuel : l'attribution, lorsque

la situation matérielle des intéressés le justifie, d'aides et de secours individuels aux salariés, anciens salariés, et ayants droit ; – à titre collectif : des aides face à la perte d'autonomie pour l'hébergement en foyers pour handicapés, en faveur des enfants handicapés ayants droit, ou des aidants familiaux ».

La question que l'on est alors en droit de se poser est finalement de savoir quelles sont les actions véritablement mises en place et qui en décide. Pour le savoir il conviendrait de pouvoir accéder à la documentation interne des branches professionnelles, à moins qu'il s'agisse en réalité d'une carte blanche laissée à l'organisme chargé du fonds de décider de faire bénéficier aux salariés certaines prestations qu'il a décidé de mettre en place.

D'autres branches professionnelles, en revanche, semblent s'être emparées de la question en orientant plus clairement l'utilisation du fonds pour financer des actions en particulier. Il s'agit souvent d'une politique menée en faveur de la prévention des risques professionnels, évoquant parfois un risque en particulier qu'elles souhaitent prévenir. Par exemple, la Convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées (IDCC 413) vise particulièrement le risque musculo-squelettique et les risques psychiques liés à l'activité de travail. Pour un exemple également significatif, il est possible de citer le cas de la branche Mutualité qui a décidé de mobiliser le fonds de solidarité pour financer une plateforme d'écoute psychologique destinée aux salariés et à leurs proches touchés directement ou indirectement par l'épidémie de covid-19. D'autres encore décident de la mise en place de dispositifs plus évolutifs et adaptables. Ainsi, la Convention collective de l'animation fait-elle le choix de demander à l'organisme mandaté pour assurer le fonctionnement des politiques conventionnelles de solidarité centralisées de mettre en œuvre une plate-forme de services homogènes au niveau de la branche, constituant ainsi un « outil globalisant son offre de solidarité ». Par ailleurs, elle commande un audit pour évaluer les besoins des entreprises et des salariés de la branche afin de constituer « un bouquet de services ».

En spécifiant dans l'accord de branche l'objet des prestations susceptibles d'être financées par le fonds de solidarité, les interlocuteurs sociaux donnent chair à la solidarité qu'ils entendent instituer. Outre cela, ils maintiennent à l'égard de l'OCAM leur rôle politique, non seulement en décidant des orientations de la politique de solidarité mais également en maintenant une forme de contrôle sur les organismes chargés de la mettre en œuvre.

### **3. L'accès des salariés aux prestations non contributives : un droit à ou une juste contrepartie ?**

Au-delà de la constitution du fonds et des prestations qu'il finance, la logique de solidarité s'apprécie également au travers du cercle des personnes concernées. Qui en bénéficie et entre qui joue la solidarité ainsi instituée ? Est-ce que toutes les entreprises de la branche sont assujetties à l'obligation de contribuer au financement du fonds de solidarité ? Est-ce que tous les salariés de la branche ont accès au fonds de solidarité ?

Répondre par la négative implique que les interlocuteurs sociaux puissent modeler le cercle de la solidarité. À l'inverse, s'il s'agit d'une obligation, ni l'accord, ni l'organisme gestionnaire ne sauraient refuser le droit à prestation à l'ensemble des salariés de la branche, pas plus que cet organisme ne saurait se prévaloir du fait de ne pas avoir collecté les 2 % auprès de l'ensemble des OCAM auprès desquels les entreprises ont fait le choix de s'assurer. L'enjeu est donc de déterminer si les garanties présentant un degré élevé de solidarité constituent un droit de tirage bénéficiant à tous les salariés de la branche auprès du fonds de solidarité qui a été créé à l'échelle de la branche professionnelle ou, au contraire, s'il s'agit d'un avantage qui leur est accordé en contrepartie de l'effort contributif. Il importe donc de regarder quels sont les salariés auxquels les interlocuteurs sociaux donnent accès aux prestations non contributives gérées par le fonds de solidarité avant d'apprécier les possibles restrictions d'accès à ces prestations.

### **3.1. Le pouvoir de définir les salariés bénéficiaires**

Le contenu des accords, et notamment celui des règles de fonctionnement du fonds de solidarité, révèle des choix contrastés. On peut identifier deux catégories de branches professionnelles, celles qui se montrent favorables à l'instauration d'un droit de tirage et celles qui se montrent au contraire favorables à corréliser l'accès des salariés aux prestations non contributives à un effort de l'entreprise au financement du fonds de solidarité mis en place.

#### **3.1.1. Un droit de tirage pour tous**

Les branches favorables à un droit de tirage l'instaurent simplement en faisant correspondre le champ des personnes couvertes par l'accord et le champ de celles qui ont droit aux prestations gérées par le fonds. Cela résulte parfois du silence même de l'accord, la correspondance étant alors tacite. D'autres préfèrent être explicites sur ce point. Tel est le cas par exemple de la Convention collective nationale des fleuristes, de la vente et des services des animaux familiers (IDCC, 1978) : « Toutes les actions votées dans le cadre du haut degré de solidarité par la branche s'imposent à toutes les entreprises y compris celles non assurées auprès des organismes recommandés par la branche. » Il en résulte que « le contrat d'assurance souscrit par une entreprise auprès d'un ou de plusieurs autres organismes que ceux recommandés prévoit le versement de 2 % de la cotisation brute totale aux organismes recommandés. Ils seront affectés au haut degré de solidarité de la branche. Il s'agit d'une clause substantielle dudit contrat, contribuant à l'effectivité de l'application de la convention collective. À cet effet, la branche mandate les organismes recommandés pour recevoir ces 2 % ». Pour s'assurer de l'effectivité du versement, l'accord prévoit en outre que « l'(les) organisme(s) assureur(s) choisi(s) par l'entreprise lui fournit(issent) une attestation confirmant ce versement à (aux) organisme(s) recommandé(s) ». Dans ce cas, le fonds de solidarité mis en application de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale constitue un véritable levier au service de l'idée de solidarité promue par la branche. Il en résulte la mise en place d'un contrôle au niveau de la branche visant à s'assurer que toutes les entreprises contribuent bien au fonds.

### 3.1.2. Un avantage ouvert aux salariés des entreprises participant à l'effort contributif

D'autres branches envisagent la solidarité de manière toute différente. On parlera de solidarité choisie ou de solidarité sélective. Cette solidarité sélective ne joue alors qu'entre les entreprises qui ont souscrit auprès du ou des OCAM recommandé(s), à l'exclusion donc de celles qui ont préféré s'en affranchir. *A minima*, les accords réservent les prestations aux salariés des entreprises à jour de leurs cotisations. C'est le cas par exemple de la Convention collective nationale de travail des établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées (IDCC 413). Mais, de manière plus radicale, certains accords décident que « le fonds de solidarité bénéficie aux seuls salariés des organismes mutualistes ayant rejoint l'organisme assureur recommandé » (CCN de la mutualité, IDCC 2128) ou encore que le bénéfice de l'aide ouverte par le fonds est réservé « aux salariés des entreprises adhérentes au RPC maladie-chirurgie-maternité » (CCN de l'industrie pharmaceutique, IDCC 176). Formulé différemment, l'accord conclu dans la branche de l'animation stipule que « les entreprises non adhérentes à l'un des organismes assureurs recommandés par la branche devront se rapprocher de leur propre assureur pour mettre en œuvre les mécanismes adaptés à leurs obligations et les actions de solidarité telles qu'elles résultent du présent accord et des accords de branche préexistants ».

## 3.2. Le pouvoir d'exclure des salariés bénéficiaires ?

Ces formes de solidarité très sélective méritent d'être interrogées. Il n'est pas certain que les clauses ainsi examinées soient conformes ni au principe d'égalité de traitement résultant de l'effet normatif des accords collectifs, ni au principe de libre concurrence rétif également aux clauses d'exclusion.

### 3.2.1. Des exclusions contraires à l'égalité entre salariés ?

Un accord collectif, quel qu'il soit, revêt un effet normatif semblable à la loi. Il dispose en particulier d'un effet dit *erga omnes*. L'effet *erga omnes* signifie que l'accord collectif a vocation à s'appliquer à tous les salariés dès lors que l'employeur est lié par l'accord. Autrement dit, comme la loi, l'accord collectif est le même pour tous.

Cet effet est comme amplifié par le jeu de l'extension des accords collectifs par le ministère du Travail. En effet, il convient de tenir compte de la présence ou non d'un arrêté d'extension rendant obligatoire l'accord à l'ensemble des salariés et des employeurs de la branche. À défaut d'avoir été étendu, l'accord ne s'applique qu'aux entreprises membres d'une organisation patronale signataire. Cela est peut-être résiduel, la plupart des accords faisant l'objet d'un arrêté d'extension. Cependant, cette circonstance peut affecter le démarrage de la logique de solidarité, entre le moment où l'accord est conclu et le moment où le ministère prend l'arrêté d'extension.

Par ailleurs, il importe de rappeler qu'en vertu de l'article L. 2253-1 du Code du travail, l'accord de branche conserve en ce domaine un effet normatif à l'égard des accords d'entreprise.



Ainsi, indépendamment de la possibilité pour l'employeur de souscrire une couverture santé auprès d'un autre OCAM, les stipulations de l'accord de branche prévoyant des garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale, c'est-à-dire celles présentant un degré élevé de solidarité, doivent s'appliquer indépendamment des accords pouvant être conclus dans les entreprises et bénéficier à l'ensemble des salariés de la branche dès lors que l'accord a été étendu. Ainsi, en vertu de l'effet *erga omnes*, les salariés ne peuvent se voir privés des avantages issus d'une convention ou d'un accord collectif qui leur est applicable.

L'effet *erga omnes* de l'accord de branche et son impérativité maintenue sont au fondement de l'égalité de traitement entre les salariés compris dans le champ d'application de l'accord. Ainsi, que ceux-ci travaillent dans une entreprise qui a souscrit un contrat collectif auprès de l'OCAM recommandé ou qu'ils travaillent dans une entreprise ayant fait le choix d'un autre OCAM, ils devraient pouvoir bénéficier des garanties présentant un degré élevé de solidarité. Pour le dire autrement, l'exigence d'égalité de traitement s'oppose en principe à ce que l'accord réserve le bénéfice des prestations prévues au titre des garanties présentant un degré élevé de solidarité aux seuls salariés de la branche dont la complémentaire santé est gérée par un OCAM recommandé. Pour l'admettre, il est nécessaire de disposer de raisons pertinentes qui soient de nature à justifier de cette différence de traitement. Mais quelles pourraient être ces raisons ?

Une première justification apportée à ces exclusions est d'ordre pratique. Il existe en effet une difficulté certaine pour les organismes chargés de collecter les 2 % auprès de l'ensemble des OCAM présents dans la branche, qu'ils soient recommandés ou non. Il est en effet difficile pour l'organisme chargé de la gestion du fonds de solidarité de connaître la liste de tous les OCAM. Cela supposerait de créer, comme l'a fait la Convention collective des fleuristes, de la vente et des services des animaux familiers, une obligation d'information à la charge de l'ensemble des employeurs de la branche et une obligation de déclaration à la charge de l'ensemble des OCAM. Mais, faute de l'avoir prévu légalement et à défaut d'obligation prévue par l'accord de branche, l'organisme chargé du fonds de solidarité ne dispose d'aucun moyen pour identifier les OCAM auxquels demander de verser la contribution des 2 %. L'argument est cependant un peu faible au regard de l'objectif de solidarité et du principe d'égalité qui sont en jeu. Ceux-ci revêtent une valeur juridique suffisamment forte pour considérer que les salariés ne sauraient se voir opposer un tel argument mettant à mal leur droit à prestation.

### 3.2.2. Des exclusions contraires au principe de libre concurrence ?

Une autre raison consisterait à envisager la solidarité comme la contrepartie de l'effort contributif. Cette justification renvoie à l'impératif de soutenabilité financière de la politique de solidarité de la branche et à la nécessité de ne pas créer un trop grand déséquilibre entre d'un côté ceux qui contribuent et de l'autre ceux qui bénéficient des prestations. Cela ne revient ni plus ni moins qu'à vouloir insuffler dans les mécanismes de solidarité une petite dose de logique censitaire. Sur ce point, il est difficile de connaître la position des juges qui seraient saisis par un salarié auquel aurait été refusé l'accès aux prestations au motif que son entreprise n'a pas contribué financièrement au fonds de solidarité. Il est possible qu'un tel argument emporte leur conviction.

C'est peut-être l'invocation des règles du droit de la concurrence qui pourrait contribuer à garantir une plus grande égalité de traitement entre les salariés de la branche. Certes, comme cela a été dit, le choix du gestionnaire du fonds de solidarité n'est pas soumis à une procédure de mise en concurrence des OCAM. Pour autant, il importe que les règles de gestion du fonds n'aient pas indirectement d'effets restrictifs de la concurrence jugés excessifs, que ce soit du point de vue des entreprises composant la branche ou que ce soit du point de vue des OCAM présents sur le marché de l'assurance santé.

Rappelons à cet égard que l'article L. 2232-5-1 du Code du travail reconnaît à la branche professionnelle la mission « de réguler la concurrence entre les entreprises relevant de son champ d'application ». En outre, depuis la réforme du droit de la négociation collective du 22 septembre 2017, l'extension d'un accord collectif de branche peut être refusée par le ministre chargé du travail « pour des motifs d'intérêt général, notamment pour atteinte excessive à la libre concurrence... » (C. trav., art. L. 2261-25). Le cas échéant, le ministre peut saisir un groupe d'experts « chargé d'apprécier les effets économiques et sociaux susceptibles de résulter » de l'extension d'un accord (C. trav., art. L. 2261-27-1). C'est sur ce fondement qu'en décembre 2019, le Conseil d'État, saisi de la légalité de l'arrêté d'extension d'un accord instituant un fonds de solidarité, rappelle qu'il appartient « au ministre du Travail de veiller à ce que l'extension d'une convention collective ou d'un accord collectif de travail n'ait pas pour effet de conduire à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur *un* marché, notamment en limitant l'accès à ce marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises. Plus précisément, il incombe « au ministre d'opérer [...] une conciliation entre, d'une part, les objectifs d'ordre social de nature à justifier que les règles définies par les signataires d'une convention ou d'un accord collectif soient rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs du secteur et, d'autre part, les impératifs tenant à la préservation de la libre concurrence dans le secteur en cause ». En l'espèce, le juge administratif estime que les clauses de l'accord régissant le fonds de solidarité « n'excèdent pas par leur contenu les objectifs d'ordre social assignés à la négociation collective [qui] aurait porté une atteinte disproportionnée à la libre concurrence ».

De plus, la jurisprudence de l'Autorité de la concurrence a précisé les éléments qui permettent d'opérer cette conciliation. Dans un avis rendu le 11 juillet 2019, l'Autorité procède à un examen des enjeux de concurrence et identifie les critères utiles à l'appréciation des risques sur la concurrence liés à l'extension des accords de branche. À propos des accords recommandant des OCAM, l'avis indique que le ministre « doit apprécier si l'extension d'un accord présente le risque de porter atteinte à la concurrence sur les marchés de biens et services sur lesquels les entreprises de la branche sont actives ». Il est difficile de dire si l'Autorité de la concurrence vise le risque concurrentiel auquel sont exposées les entreprises de la branche ou si elle vise celui rencontré par celles du secteur de l'assurance santé. Derrière l'indicateur « clause de recommandation », il nous semble que l'Autorité vise plutôt les garanties d'un degré élevé de solidarité et le coût que cette solidarité représente pour les entreprises de la branche. Ainsi, l'accord de branche contenant une clause de recommandation et imposant la participation au financement des garanties présentant un degré élevé de solidarité pourrait porter atteinte à la concurrence au sein de la branche d'une manière disproportionnée au regard des objectifs d'ordre social promus par

l'accord. Cela vaut en particulier de l'instauration d'un fonds de solidarité qui pourrait engendrer des coûts supplémentaires pouvant pénaliser les TPE/PME (Très petites entreprises/Petites et moyennes entreprises) par rapport aux grandes entreprises, les premières pouvant avoir de plus grandes difficultés que les secondes à supporter le coût de la participation financière au fonds de solidarité présentant pour elles une charge déraisonnable. Dès lors, instituer une condition liée à l'effort contributif n'est pas interdit, mais il importe que cela ne crée pas une distorsion de concurrence trop importante.

Mais à dire vrai, la question se pose aussi à l'égard des entreprises du secteur de l'assurance santé. En l'occurrence, en ne faisant bénéficier des garanties présentant un degré élevé de solidarité qu'aux seuls salariés dont l'employeur a souscrit une complémentaire santé auprès d'un OCAM recommandé, cela ne revient-il pas à porter une atteinte excessive à la liberté censée être garantie à toute entreprise de souscrire une complémentaire santé auprès d'un autre OCAM que l'OCAM recommandé ? Nous le pensons. En cela, une telle clause peut être jugée comme illégale. Tel n'est pas le cas en revanche de celle qui ne fait que subordonner l'accès aux prestations au fait d'être à jour de ces cotisations, condition qui semble raisonnable au regard de l'objectif d'assurer la soutenabilité financière du fonds de solidarité.

En conclusion, l'examen des stipulations conventionnelles de branche conduit à relativiser très largement l'élan que le législateur et les interlocuteurs sociaux étaient censés donner à l'objectif de solidarité par le biais de ces prestations. Cela tient au fait que la loi en a fait une variable facultative d'ajustement. Ainsi, dans certaines branches, cet élan de solidarité peut être tout simplement absent ou tellement corrélé à l'effort contributif que l'on peine à voir où est encore la logique de solidarité. Sans relativiser ce que ces prestations peuvent apporter à certains salariés, il paraît difficile de prétendre qu'il s'agit d'un droit des salariés. Mieux vaut les considérer comme de simples avantages dont le bénéfice est très largement défini par les interlocuteurs sociaux de branche. Finalement, ce n'est peut-être « ni l'assurance ni la charité », mais c'est encore loin de ce que nous pensons être la solidarité (Supiot, 2014).

## Bibliographie

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

FERKANE Y., 2020, « Les accords collectifs instituant des garanties collectives : à propos des prestations financées et gérées de façon mutualisée », *Revue de droit du travail*, n° 5, p. 319

MARIÉ R., 2017, « Les organismes complémentaires : nouveaux acteurs de prévention de la santé des salariés ? », *La semaine juridique. Édition sociale*, n° 48, p. 1-6

SUPIOT A., 2014, « Ni assurance, ni charité, la solidarité », *Le Monde diplomatique*, novembre, p. 3