



European
Social
Charter

Charte
sociale
européenne

COUNCIL OF EUROPE



**EUROPEAN COMMITTEE OF SOCIAL RIGHTS
COMITE EUROPEEN DES DROITS SOCIAUX**

12 mai 2015

Pièce n° 1

Confédération Générale du Travail Force Ouvrière (CGT-FO) c. France
Réclamation n° 118/2015

RECLAMATION

Enregistrée au Secrétariat le 29 avril 2015

Paris, le 28 avril 2015

RECLAMATION

**PRESENTEE PAR LA CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL
FORCE OUVRIERE**

CONTRE LA FRANCE

**POUR MAUVAISE APPLICATION DE L'ARTICLE 6§2 DE LA
CHARTRE SOCIALE EUROPEENNE**

La Confédération Générale du Travail Force Ouvrière a l'honneur de vous adresser la réclamation collective suivante, formée au motif que la législation française ne respecte pas, à ses yeux, les dispositions de la Charte sociale européenne.

La personne en charge de la présente réclamation au sein de notre syndicat est son Secrétaire général, Monsieur Jean-Claude Mailly.

L'article 6§2 de la Charte sociale européenne dispose qu':

"en vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les Parties s'engagent :

...2. à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives ;"

1. RECEVABILITE DE LA RECLAMATION.....	3
1.1 Sur l'applicabilité à la France de la Charte Sociale Européenne révisée et du Protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives.....	3
1.2 Sur l'applicabilité à la France de l'article n°6§2 de la Charte Sociale Européenne Révisée	3
1.3 Sur le respect par la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière de l'article 1 (c) du Protocole additionnel de 1995	3
1.4 Sur le respect des articles 23 et 25 du règlement du Comité européen des droits sociaux relatifs au système des réclamations collectives	3
2. CONTEXTE PROPRE A LA RECLAMATION.....	4
2.1 Le cadre légal général de la négociation collective en France.....	4
2.1.1 Rappel historique.....	4
2.1.2 La négociation collective de branche	4
2.2 Le cadre légal particulier de la négociation collective en France en matière de garanties sociales...5	
2.2.1 Rappel historique.....	5
2.2.2 Les fondements légaux de la négociation collective en matière de protection sociale complémentaire 6	
2.2.3 Le droit spécial de la négociation collective en matière de protection sociale	7
2.2.4 Des mécanismes de gestion particuliers des régimes de protection sociale complémentaire (le « paritarisme de gestion »)	9
2.3 La nature juridique de la solidarité sociale complémentaire.....	10
2.3.1 Les services d'intérêt économique général	10
2.3.2 L'instrument de la solidarité : la clause de désignation	11
2.3.3 L'objectif de la solidarité	15
3. PRESENTATION DE LA RECLAMATION.....	19
3.1 Rappel des règles de droit en cause	19
3.1.1 Le droit international des droits sociaux.....	19
3.1.2 Le Droit Européen des droits sociaux.....	19
3.1.3 Les principaux textes juridiques français applicables en l'espèce	21
3.1.4 Le préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, alinéa 8 :	21
3.2 La violation de l'article 6§2 de la Charte Sociale Européenne.....	25
3.2.1 Sur l'adoption tardive du décret du 10 janvier 2015	25
3.2.2 Sur la réglementation de la recommandation et de la mise en concurrence	26
3.2.3 Sur la réglementation d'un soi-disant « conflit d'intérêts »	27
3.2.4 Sur la décision du Conseil constitutionnel, atteinte au droit de négociation collective	29
4. PRETENTION DES PARTIES POUR UNE SATISFACTION EQUITABLE.....	34
5. CONCLUSIONS	35
PIECES A L'APPUI DES PRETENTIONS DE LA CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL FORCE OUVRIERE.....	36

1. RECEVABILITE DE LA RECLAMATION

1.1 Sur l'applicabilité à la France de la Charte Sociale Européenne révisée et du Protocole additionnel de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives

La France a signé la Charte Sociale Européenne de 1961 le 18 octobre 1968 et a déposé ses instruments de ratification le 9 mars 1973. La France a signé le protocole additionnel à la Charte Sociale Européenne de 1995 prévoyant un système de réclamations collectives le 9 novembre 1995 et l'a ratifié le 7 mai 1999. La France a signé la Charte Sociale Européenne révisée le 3 mai 1996 et l'a ratifiée le 7 mai 1999.

1.2 Sur l'applicabilité à la France de l'article n°6§2 de la Charte Sociale Européenne Révisée

Aux termes des déclarations contenues dans l'instrument de ratification de la Charte Sociale Européenne révisée de 1996 déposé par la France le 7 mai 1999, celle-ci se considère liée par l'ensemble des articles de la Partie II de la Charte Sociale Européenne révisée.

1.3 Sur le respect par la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière de l'article 1 (c) du Protocole additionnel de 1995

La Confédération Générale du Travail Force Ouvrière est une organisation syndicale nationale représentative de travailleurs relevant de la juridiction de la France, conformément à l'article 1.c du Protocole additionnel de 1995.

En effet, aux termes de l'article premier de ses statuts, la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière *"a pour but de grouper, sans distinction d'opinions politiques, philosophiques et religieuses, toutes les organisations composées de salariés conscients de la lutte à mener contre toutes les formes d'exploitation, privées d'Etat, pour la disparition du salariat et du patronat et désireux de défendre leurs intérêts moraux et matériels, économiques et professionnels"*.

Le ministère du travail a présenté le 29 mars 2013 les résultats de la mesure d'audience des syndicats. La Confédération Générale du Travail Force Ouvrière a obtenu 15,94% des suffrages exprimés aux élections professionnelles.

1.4 Sur le respect des articles 23 et 25 du règlement du Comité européen des droits sociaux relatifs au système des réclamations collectives

Par décision intervenue le 20 avril 2015, le bureau confédéral, en application de l'article 8 des statuts confédéraux, a mandaté son secrétaire général, Jean Claude Mailly, aux fins de présenter une réclamation auprès du Comité européen des droits sociaux en raison de la mauvaise application par la France de l'article 6§2 de la Charte sociale européenne.

2. CONTEXTE PROPRE A LA RECLAMATION

La Confédération Générale du Travail Force Ouvrière demande au Comité européen des droits sociaux de dire que les conditions posées par la législation française relative à la protection sociale complémentaire des salariés instituée par voie de convention collective et plus précisément sur le choix d'un organisme assureur porteur des engagements conventionnels des employeurs envers leurs salariés en matière de protection sociale complémentaire régi par le livre IX du Code français du travail ne sont pas conformes à l'article 6§2 de la Charte sociale européenne.

2.1 Le cadre légal général de la négociation collective en France

2.1.1 Rappel historique

En France, la négociation collective permet aux représentants des employeurs et des salariés de s'accorder sur des règles applicables aux relations de travail au moyen de conventions ou accords collectifs.

Par essence, une convention collective conclue entre les organisations syndicales et les organisations patronales représentatives est une atteinte à la liberté contractuelle de l'employeur et à la liberté d'entreprendre. Cette atteinte est toutefois justifiée depuis une loi de 1918 (!) et est notamment consacrée en droit français par le principe de la liberté de négociation collective découlant du 8e alinéa du préambule de la Constitution de 1946 ; la solidarité complémentaire organisée par les partenaires sociaux trouve sa justification dans la liberté fondamentale de négocier des accords collectifs.

La loi n°50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits de travail a organisé le droit de la négociation collective après les trois précédentes lois de 1919, 1936 et 1946. Les conventions collectives, type de contrat collectif, ne pouvaient être pleinement reconnues par le Code civil en raison de l'effet relatif des conventions (article 1165 du Code civil), selon lequel un contrat ne peut lier que les individus qui l'ont conclu. Il fallait donc accorder à la négociation collective un cadre légal général propre. Ces règles ont été intégrées dans le Code du travail.

En 1971 a été reconnu un droit des travailleurs à la négociation collective et, en 1982, des obligations de négocier ont été imposées aux employeurs.

2.1.2 La négociation collective de branche

Soulignons l'existence de différents niveaux de négociation : le niveau de l'entreprise, de la profession, de la branche et le niveau national interprofessionnel.

S'agissant plus précisément du niveau de la branche qui intéresse la présente réclamation, il est d'usage de considérer que la convention conclue à ce niveau par des organisations représentatives des employeurs et des salariés a un rôle de « police sociale de la concurrence »¹.

En effet, les entreprises qui appartiennent à une même branche opèrent sur des marchés identiques où elles sont en compétition.

La convention de branche permet, dès lors, d'assurer aux salariés que cette concurrence ne soit pas un frein à l'amélioration de leurs conditions de travail ou que cette concurrence ne repose pas uniquement sur le coût du travail ou les conditions de travail.

¹ Droit du travail - Précis - Dalloz, Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, 25ème édition, p. 1234

Cette fonction d'intérêt général remplie par la convention de branche explique qu'en France, le Ministère en charge du travail, puisse étendre l'effet normatif d'une telle convention à toutes les entreprises qui en relèvent, alors bien même qu'elles ne seraient pas représentées par les signataires. C'est ce qui est appelé la procédure d'extension. Cette procédure d'extension est prévue à l'article L.2261-15 du Code du travail :

"Les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, répondant aux conditions particulières déterminées par la sous-section 2, peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, par arrêté du ministre chargé du travail, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective.

L'extension des effets et des sanctions de la convention ou de l'accord se fait pour la durée et aux conditions prévues par la convention ou l'accord en cause."

2.2 Le cadre légal particulier de la négociation collective en France en matière de garanties sociales

La prévoyance, entendue comme « ensemble des procédés permettant à une entreprise de souscrire au bénéfice de son personnel, une garantie contre certains risques », se caractérise par son caractère privé et collectif.²

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

Les régimes de protection sociale complémentaire instaurés et gérés par les partenaires sociaux dans les branches professionnelles reposent sur un ensemble complexe d'actes juridiques :

- un cadre légal général,
- un droit de nature purement conventionnelle,
- un droit de la gestion privée d'un régime de protection sociale commandé par l'intérêt général.

2.2.1 Rappel historique

L'article 18 alinéa 1 de l'ordonnance n°45-2250 du 4 octobre 1945 portant organisation de la sécurité sociale constitue le fondement de la possibilité pour les partenaires sociaux de créer de mécanismes de protection sociale complémentaire, codifié ensuite à l'article L.4 du Code de la sécurité sociale, a posé le principe que :

"Les institutions de prévoyance ou de sécurité sociale de toute nature autres que celles qui gèrent des régimes spéciaux et des sociétés de secours mutuels établies dans le cadre d'une ou de plusieurs entreprises au profit des travailleurs salariés et assimilés ne peuvent qu'être maintenues ou créées qu'avec l'autorisation du ministre du travail et de la sécurité sociale et en vue seulement d'accorder des avantages s'ajoutant à ceux qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale."

² G. Lyon-Caen, La prévoyance, Dalloz, 1994

Par cet article le législateur cherchait à favoriser l'émergence de garanties sociales de nature conventionnelle complétant les régimes légaux de base de la sécurité sociale.

Les partenaires sociaux ont alors mis en place des mécanismes de solidarité baptisés "régimes conventionnels" au moyen de conventions collectives.

Ces régimes ont été gérés par les caisses de retraite complémentaire, elles-mêmes paritaires, devenues des institutions de prévoyance à gestion paritaire à but non lucratif dans la mesure où les opérateurs d'assurance classique ne prenaient pas en charge certains risques. C'est ce qui est appelé la "prévoyance complémentaire conventionnelle" et qui instaure des garanties collectives.

Dans le Code du travail, cette activité a été traduite par le concept de « garanties sociales » à l'article L. 2221-1.

2.2.2 Les fondements légaux de la négociation collective en matière de protection sociale complémentaire

L'article 18 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 qui a créé l'organisation moderne de la sécurité sociale en France prévoit que le régime général de la sécurité sociale puisse être complété par la voie d'accords collectifs.

Le fondement légal de l'intervention des partenaires sociaux dans le domaine de la protection sociale complémentaire des salariés est aujourd'hui constitué par l'article L. 2221-1 du code du travail et par les articles L. 911-1 et L. 911-2 du Code de la sécurité sociale.

L'article L. 2221-1 du Code du travail définit l'objet de la négociation collective :

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

Il est généralement admis que ces « garanties sociales » visent notamment les dispositifs de protection sociale complémentaires.

En ce qui concerne plus précisément la protection sociale complémentaire des salariés, l'article L.2221-3 du Code du travail renvoie aux dispositions du titre Ier du livre IX du Code de la sécurité sociale qui comprend notamment les deux articles suivants.

L'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale fonde le droit à la négociation collective en ce domaine :

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

L'article L. 911-2 du même code énumère de façon non limitative les risques qui peuvent être ainsi couverts :

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

Les garanties sociales qui sont une catégorie juridique dont font partie les garanties collectives de prévoyance sont donc un objet de la négociation collective.

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

Des règles dérogatoires au droit commun ont ainsi été appliquées.

2.2.3 Le droit spécial de la négociation collective en matière de protection sociale

Soucieux de respecter l'autonomie de décision des partenaires sociaux dans la gestion de ces régimes, les pouvoirs publics français sont peu intervenus pour déterminer un cadre juridique particulier.

Les seules interventions du législateur ont consisté à encadrer le système des clauses de désignation, à instaurer une procédure d'extension des conventions collective et à imposer une règle particulière en matière de hiérarchie des normes.

2.2.3.1 Les clauses de désignation et de migration justifiées par des règles particulières de mutualisation

Les partenaires de la branche, lorsqu'ils souhaitaient réaliser une mutualisation du risque au sein de la branche, négociaient des accords qui contenaient une définition précise des prestations, du montant des cotisations ainsi qu'une clause portant désignation d'un ou de plusieurs organismes assureurs auprès desquels les entreprises étaient tenues d'assurer leurs salariés.

En contrepartie de cette exclusivité, l'organisme était tenu de couvrir tous les salariés du secteur concerné sur la base d'un tarif unique.

La constitution d'un régime de garanties par les partenaires sociaux d'une branche professionnelle était donc souvent complétée par :

- **une clause de désignation**, dont le but était de déterminer l'organisme assureur qui mettrait en œuvre ledit régime ;
- éventuellement, par une **clause dite «de migration»**, qui énonçait que le caractère contraignant de l'adhésion à l'organisme assureur désigné s'appliquait également aux entreprises ayant déjà souscrit un contrat complémentaire assurant la couverture des risques sociaux et les enjoignait, dans un certain délai, d'assurer leurs salariés auprès de l'organisme assureur désigné. On parlait aussi de clauses de « *désignation avec migration* ».

Ces clauses conventionnelles se sont développées par la négociation collective en France au cours des soixante dernières années.

Ces clauses s'expliquent par un mécanisme de mutualisation des risques particulier qui traduit la solidarité à la fois des employeurs et des salariés. Les partenaires sociaux ont par conventions ou accords collectifs procédé à la désignation d'organismes assureurs pour les besoins du fonctionnement des dispositifs de mutualisation que ces-mêmes partenaires sociaux ont entendu mettre en place.

Le 8 août 1994, la loi n°94-678 relative à la protection sociale complémentaire des salariés avait reconnu cette pratique qui a été codifiée à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale.³

Cet article prévoyait que :

« Lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1er de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques [ou d'une ou plusieurs institutions mentionnées à l'article L. 370-1 du code des assurances]⁴, auxquels adhèrent alors obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de ces accords, ceux-ci comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation des risques peuvent être réexaminées. La périodicité du réexamen ne peut excéder cinq ans ».

Lorsque les accords mentionnés ci-dessus s'appliquent à une entreprise qui, antérieurement à leur date d'effet, a adhéré ou souscrit un contrat auprès d'un organisme différent de celui prévu par les accords pour garantir les mêmes risques à un niveau équivalent, les dispositions du second alinéa de l'article L. 132-23 du code du travail sont applicables."

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

En d'autres termes, les partenaires sociaux étaient relativement libres dans leurs négociations et n'étaient pas tenus par des dispositions contraignantes.

2.2.3.2 La procédure d'extension dérogatoire

Comme pour les accords collectifs de travail (cf. supra) il est prévu un mécanisme d'extension par l'autorité administrative. Toutefois, au vu de l'objet des accords collectifs portant sur les garanties sociales, une procédure particulière d'extension des conventions et accords de prévoyance a été imaginée par le législateur.

Comme cela a été précédemment expliqué, l'extension a pour but de rendre obligatoire les dispositions d'une convention ou d'un accord pour tous les salariés et employeurs compris dans son champ d'application.

³ En son Livre 9 "Dispositions relatives à la protection sociale complémentaire et supplémentaire des salariés et non-salariés et aux institutions à caractère paritaire", Titre 1 "Dispositions générales relatives à la protection sociale complémentaire des salariés, Chapitre 2 "Clauses obligatoires".

⁴ Ajout en vigueur au 24 juin 2006

Cette procédure propre aux accords collectifs en matière de protection sociale complémentaire est prévue à l'article L. 911-3 du Code de la sécurité sociale :

"Les dispositions du titre III du livre Ier du code du travail sont applicables aux conventions et accords collectifs mentionnés à l'article L. 911-1. Toutefois, lorsque les accords ont pour objet exclusif la détermination des garanties mentionnées à l'article L. 911-2, leur extension aux salariés, aux anciens salariés, à leurs ayants droit et aux employeurs compris dans leur champ d'application est décidée par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale et du ministre chargé du budget, après avis motivé d'une commission dont la composition est fixée par décret."

Il ressort de cet article qu'il existe une procédure particulière d'extension qui est décidée par arrêté du ministre en charge de la sécurité sociale et du ministre en charge du budget, après avis motivé d'une commission *ad hoc* : Commission des accords de retraite et de prévoyance (COMAREP).

2.2.3.3 La hiérarchie des normes particulière

Le caractère particulier de ces actes juridiques conduit à écarter un certain nombre de notions qui irriguent le droit des conventions collectives classiques. Il en est ainsi de la hiérarchie des normes.

De cette manière, un accord d'entreprise ne peut pas déroger, même dans un sens plus favorable, aux conventions et accords de prévoyance.

Selon l'article L.2253-3 du Code du travail :

"En matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels."

L'interdiction pour une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement de comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels a été posée afin de rendre possible le mécanisme de mutualisation des risques au sein de la branche.

Permettre une dérogation en matière de prévoyance aurait eu pour conséquence de rendre inefficace la mutualisation, autrement dit la solidarité, mise en place au moyen des clauses de désignation déterminant l'organisme assureur au niveau de la branche.

2.2.4 Des mécanismes de gestion particuliers des régimes de protection sociale complémentaire (le « paritarisme de gestion »)

Sous ce vocable général, on entend l'ensemble des actes juridiques pris par les partenaires sociaux d'une branche déterminée pour la gestion d'un régime conventionnel de branche.

Soucieux de respecter l'autonomie de décision des partenaires sociaux dans la gestion de ces régimes, les pouvoirs publics ne sont guère intervenus pour déterminer un cadre juridique particulier. C'est donc la pratique conventionnelle qui a forgé les outils dont les partenaires sociaux ont besoin.

Organe central de la gestion de tout régime conventionnel de branche, la commission paritaire (composée de représentants des partenaires sociaux habilités à négocier au niveau de la branche

professionnelle donnée) ne dispose pas, en tant que telle, de la personnalité morale et donc de moyens en personnel qui lui soient propres ou encore d'un budget de fonctionnement. Cette prévoyance collective est gouvernée par le principe de non-sélection individuelle. En vertu de ce principe, quelle que soit la modalité de constitution du régime collectif, lorsque des salariés sont garantis collectivement en matière de prévoyance, « l'organisme qui délivre sa garantie prend en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat ou de la convention ou à l'adhésion à ceux-ci, sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration » (article 2 de la loi du 31 décembre 1989).

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

2.3 La nature juridique de la solidarité sociale complémentaire

De surcroît, l'activité de couverture complémentaire contre les risques sociaux par les partenaires sociaux n'est pas une activité comme une autre.

Les tarifs (donc les cotisations ou primes) ne sont pas uniquement le résultat de la concurrence des opérateurs mais sont, pour l'essentiel, dus aux caractéristiques de la population à couvrir.

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

Dans ce contexte la possibilité d'une désignation par les partenaires sociaux d'un seul opérateur (ou de plusieurs opérateurs) par branche professionnelle :

- permet une protection accrue des salariés ;
- évite les distorsions de concurrence entre entreprises d'un même secteur du fait de la taille de l'entreprise, de la caractéristique de la population salariée assurée (les variables d'âge et de sexe sont largement gommées) ;
- conduit à une gestion par les intéressés via leurs organisations représentatives manifestation forte de l'idée de démocratie sociale ;
- permet une action sociale pour les salariés les plus défavorisés ;
- respecte un accord de volonté, librement négocié, entre les employeurs et les salariés, au travers de leurs représentants respectifs.

2.3.1 Les services d'intérêt économique général

Les régimes de prévoyance français sont des services d'intérêt économique général.

Les éléments essentiels des services d'intérêt économique général sont résumés de la façon suivante : *« services de nature économique que les autorités publiques des Etats membres (...), soumettent à des obligations spécifiques de service public par le biais d'un mandat et en vertu d'un critère d'intérêt*

général et afin de s'assurer que ces services soient prestés à des conditions qui ne sont pas nécessairement celles qui prévalent sur le marché ».

En France, il existe bien un lien entre, d'une part, les obligations auxquelles est soumise l'entreprise gestionnaire du service d'intérêt économique général et, d'autre part, l'objet qui est poursuivi par le service d'intérêt économique général.

2.3.2 L'instrument de la solidarité : la clause de désignation

2.3.2.1 La validité des clauses de désignation au regard du droit communautaire

Dans la décision Albany, du 21 septembre 1999, la Cour de Justice des Communautés Européennes a considéré qu'une convention collective assortie d'une clause de désignation ne constituait pas une entente prohibée entre entreprises en raison de sa nature et de son objet.⁵

De sa nature, d'abord, car il s'agit du droit fondamental de la négociation collective.

De son objet, ensuite, car il s'agit d'atteindre un degré de protection sociale le plus élevé possible.

"Certes, certains effets restrictifs de la concurrence sont inhérents aux accords collectifs conclus entre organisations représentatives des employeurs et des travailleurs. Toutefois, les objectifs de politique sociale poursuivis par de tels accords seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à l'article 85, paragraphe 1, du traité dans le cadre de mesures destinées à améliorer les conditions d'emploi et de travail."

"Il résulte ainsi d'une interprétation utile et cohérente des dispositions du traité, dans leur ensemble, que des accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux en vue de tels objectifs doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité."

La CJUE n'écarte la critique de position dominante abusive au sens de l'article 102 TFUE que si est poursuivi un objectif de solidarité.

Or l'objectif de solidarité rend impérative la mutualisation et par voie de conséquence, la désignation d'un opérateur unique pour les salariés conformément aux modalités prévues par les partenaires sociaux.

Il en ressort que pour la CJUE, l'atteinte d'un degré élevé de solidarité justifie que l'opérateur ne soit pas considéré dans une situation dominante abusive dès lors qu'à défaut de recueillir les contributions de toutes les entreprises, d'une part, ils n'assureraient que les mauvais risques, d'autre part, et en conséquence, ils ne pourraient assumer la mission d'intérêt général économique confiée par les partenaires sociaux, en lien avec la solidarité et la politique de prévention.

Par conséquent, les règles de concurrence posées par les articles 101 et 102 du TFUE ne sont pas violées dès lors que la voie choisie est celle de l'accord entre partenaires sociaux en liaison avec le droit à la négociation collective, d'autant plus lorsqu'il s'agit de promouvoir un intérêt général.

Ainsi, l'accord entre partenaires sociaux a pour objet d'améliorer les conditions de travail et de contribuer au progrès social érigé en objectif de la construction communautaire. L'accord de prévoyance permet alors l'amélioration de la protection sociale telle que suscitée par la Commission européenne, au nom notamment de l'achèvement du marché intérieur.

⁵ CJUE, Albany, 21 septembre 1999, n°C-67/96

La Cour de Justice de l'Union Européenne a très tôt compris qu'interdire les clauses de désignation reviendrait à bafouer le droit fondamental de négociation collective tel que garanti par l'Union Européenne.

Cette position a été confirmée dans la décision Van der Woude de la de la Cour du 21 septembre 2000⁶:

"Il y a lieu de rappeler que, dans les arrêts Albany, Brentjen's et Drijvende Bokken, précités, la Cour a jugé que les accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux destinés à améliorer les conditions d'emploi et de travail doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité."

"À cet égard, il suffit de constater qu'il ne ressort pas du dossier fourni par la juridiction nationale ni des observations écrites ou orales que, en vertu du régime prévu dans la convention collective de travail, l'entreprise chargée de la gestion de l'assurance en cause au principal soit amenée à exploiter son éventuelle position dominante de façon abusive ou que les prestations fournies ne correspondent pas aux besoins des travailleurs concernés."

Enfin, dans une décision AG2R Prévoyance c/ Beaudout Père et fils SARL du 3 mars 2011, relative à une clause de migration, la Cour a analysé le régime de santé de branche comme une entreprise chargée de la gestion d'un service d'intérêt économique général.⁷

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

Il en serait d'autant plus ainsi dans le cas d'un régime qui, comme celui en cause au principal, se caractérise par un degré élevé de solidarité, en raison, notamment, du caractère forfaitaire des cotisations et de l'obligation d'accepter tous les risques."

En effet, de telles contraintes, qui rendent le service fourni par l'organisme concerné moins compétitif qu'un service comparable fourni par des compagnies d'assurance non soumises à ces contraintes, contribuent à justifier le droit exclusif de cet organisme de gérer un tel régime, sans qu'aucune dispense d'affiliation ne soit possible."

La Cour ne se contente plus de valider la clause de désignation contenue dans l'accord collectif de branche et va jusqu'à valider sa clause de migration, laquelle impose l'adhésion à l'organisme désigné et ce, sans qu'il ne soit possible d'être dispensé d'affiliation.

⁶ CJUE, Van der Woude, 21 septembre 2000, n°C-222/98

⁷ CJUE, AG2R Prévoyance c/ Beaudout Père et fils SARL, 3 mars 2011, n°C-437/09

L'avocat général Paolo Mengozzi considérait dans ses conclusions présentées le 11 novembre 2010 dans l'affaire AG2R que la clause de désignation et de migration étaient justifiées par la mise en œuvre du principe de solidarité :

"En effet, d'une part, ledit régime a instauré un degré élevé de solidarité, qui revêt les caractéristiques déjà évoquées aux points 70 à 72 des présentes conclusions et permet ainsi une couverture des frais de santé pour une catégorie professionnelle spécifique dont la faiblesse des revenus pourrait constituer un obstacle à l'accès aux soins de santé, en particulier en raison du phénomène croissant, mis en exergue par la Commission, d'honoraires de soins dépassant les tarifs remboursables par le régime obligatoire de base.

D'autre part, des contraintes particulières imposées par la loi pèsent sur une institution de prévoyance telle qu'AG2R. Ainsi, comme l'a indiqué le gouvernement français, et sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, une telle institution ne peut ni suspendre les garanties, ni dénoncer l'adhésion d'une entreprise à défaut de paiement des cotisations en application de l'article L. 932-9, cinquième alinéa, du code de la sécurité sociale. En outre, les garanties subsistent, conformément à l'article L. 932-10 du même code, en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation d'une entreprise du secteur concerné."

Doit se poser la question de la conciliation des exigences liées à la réalisation de l'objectif social poursuivi par les partenaires sociaux avec les autres libertés garanties.

Un juste équilibre doit être observé dans la prise en considération des intérêts respectifs en présence, à savoir la solidarité, assurée par les clauses de désignations, d'une part, et la réalisation des libertés d'entreprendre et de concurrence.

2.3.2.2 La validité des clauses de désignation au regard du droit national français

La Cour de cassation, dans un arrêt du 10 mars 1994, a admis la validité des clauses de désignation au regard des règles de concurrence.⁸

"Mais attendu que les régimes de sécurité sociale complémentaires qui reposent, comme les régimes de sécurité sociale de base, sur des mécanismes d'affiliation obligatoire pour les employeurs et travailleurs compris dans son champ d'application, et qui imposent aux établissements qui perçoivent les cotisations et répartissent les prestations, quelle que soit leur nature juridique, des sujétions particulières en vue de répondre à la mission sociale qui leur est confiée, ne sont pas visés par les dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, ni par celles des articles 85 et 86 du Traité instituant la Communauté économique européenne ;"

En France, il a donc été acquis le principe selon lequel :

*"Cet objectif de solidarité ne pourrait être mené à bien si une partie des entreprises de boulangerie pâtisserie pouvait être dispensée de participer à la mutualisation du régime sous peine de remettre en cause son équilibre financier ;"*⁹

⁸ Cour de cassation, chambre sociale, 10 mars 1994, n°91-11.516,

⁹ Cour d'appel Agen, 8 mars 2011, n° 09/01757

Ou encore :

*"Qu'il est évident que l'objectif de solidarité ne pourrait être respecté si une partie des entreprises ne participait pas à la mutualisation du régime ;"*¹⁰

La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer très récemment encore au sujet des clauses de désignation et de migration.

Dans plusieurs décisions en date du 21 novembre 2012 la Cour de cassation a repris les motifs énoncés par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans sa décision précitée du 3 mars 2011.¹¹

"Que la CJUE a jugé, par le même arrêt, que les articles 102 et 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne s'opposaient pas à ce que les pouvoirs publics investissent, dans des circonstances telles que celles de l'affaire, un organisme de prévoyance du droit exclusif de gérer ce régime, sans aucune possibilité pour les entreprises du secteur d'activité concerné d'être dispensées de s'affilier audit régime ;"

Puis dans des décisions du 27 novembre 2012¹² et du 5 décembre 2012¹³ :

"Et attendu, d'autre part, que, selon l'article L. 2251-1 du code du travail, une convention ou un accord ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public ; que, suivant l'article L. 2253-3 du code du travail, en matière de garanties collectives mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels ; qu'il résulte de ces textes que l'obligation d'adhésion à l'organisme désigné par avenant pour gérer le régime complémentaire de remboursement de soins revêt un caractère d'ordre public et, ne comportant aucune dispense, exclut l'application du principe de faveur ;"

"Que la cour d'appel en a exactement déduit que l'article 14 de l'avenant n° 83 du 24 avril 2006 étendu pouvait valablement faire obligation aux entreprises entrant dans le champ d'application de la convention collective des entreprises artisanales relevant du secteur de la boulangerie et de la boulangerie-pâtisserie de souscrire aux garanties du dit avenant auprès de l'organisme de prévoyance désigné à son article 13 au plus tard le 1er janvier 2007 peu important le niveau de garantie souscrit antérieurement ;"

Le Conseil d'Etat, quant à lui, dans une décision du 7 juillet 2000, a estimé qu'un accord pouvait désigner les institutions de prévoyance dès lors que cela n'affectait pas une partie substantielle du marché commun.¹⁴

"Qu'à supposer que le droit exclusif conféré par l'accord contesté aux organismes gestionnaires des garanties collectives qu'il institue place ces derniers, notamment en raison de l'obligation imposée à toutes les entreprises de la branche de résilier dans un délai déterminé tous les contrats de prévoyance conclus antérieurement avec d'autres organismes gestionnaires, en situation d'abuser de leur position dominante, il résulte des pièces du dossier que, compte tenu de la très faible part du marché national de la prévoyance complémentaire"

¹⁰ Cour d'appel Lyon, 17 mars 2011, n° 10/02311

¹¹ Cour de cassation, chambre sociale, 21 novembre 2012, n°10-21.254, n° 10-21.255, n° 10-21.256, n° 10-21.257

¹² Cour de cassation, chambre sociale, 27 novembre 2012, n°11-18.554

¹³ Cour de cassation, chambre sociale, 5 décembre 2012, n°11-24.233

¹⁴ Conseil d'Etat, 7 juillet 2000, n°198564

que couvre l'accord litigieux, la fédération requérante ne peut utilement soutenir qu'un tel abus affecterait une partie substantielle du marché commun au sens de l'article 86 du traité de Rome précité."

Le Conseil de la concurrence s'est lui aussi prononcé dans un avis du 21 janvier 1992¹⁵ :

"Lorsqu'ils chargent un organisme de gérer le système de prévoyance qu'ils ont mis en place ou lorsqu'ils adhèrent au régime créé par une institution de prévoyance déterminée, les partenaires sociaux exercent la liberté de choix normale du demandeur à l'égard des prestataires de services offreurs. Le conseil observe toutefois à ce propos que rien ne s'opposerait à ce que les parties à la convention fassent appel à différents offreurs soit avant d'adopter la clause relative au régime de prévoyance soit à l'occasion de la révision de celle-ci, comme l'a d'ailleurs observé la cour d'appel de Paris (arrêt du 5 décembre 1990, Organisme de prévoyance d'étude et de gestion d'assurances [O.P.E.G.A.] c/ ministre des affaires sociales et de l'emploi et autres)."

"La désignation d'un organisme de prévoyance, qui est l'expression du choix exercé par les partenaires sociaux, n'est pas en tant que telle contraire au droit de la concurrence; d'autre part, la clause de désignation d'un organisme de prévoyance et le choix du régime correspondant sont des éléments constitutifs de l'économie de la convention."

Par conséquent, que ce soit la jurisprudence de la Cour de cassation, du Conseil d'Etat ou le Conseil de la concurrence, les clauses de désignation ont été validées en France.

2.3.3 L'objectif de la solidarité

L'objectif de solidarité est atteint lorsque la mutualisation est permise. La mutualisation est permise par les clauses de désignations qui sont quant à elles l'œuvre d'une libre négociation collective.

L'activité d'assurance n'est pas une activité comme une autre. Ses tarifs (donc les cotisations ou primes) ne sont pas uniquement le résultat de la concurrence des opérateurs mais sont, pour l'essentiel, dus aux caractéristiques de la population à couvrir. Le sujet nécessite également d'avoir en mémoire que l'assurance reposant sur un calcul de probabilité, son application pure conduit à des inégalités de tarification entre les entreprises et les salariés selon la taille des premières, l'âge et le sexe des seconds.

De même, les entreprises de petite taille seront, nécessairement, moins favorisées que les grandes lors de la négociation du rapport prestation/prix auprès des assureurs, sauf dumping par nature néfaste à la pérennité du coût des garantis.

2.3.3.1 Les intérêts au niveau des entreprises à fort risque

L'intérêt d'une mutualisation au niveau de la branche vaut d'abord pour les entreprises qui ont des risques spécifiques et/ou des risques importants.

Ainsi, les entreprises aux risques extrêmes (ex: forte proportion de seniors, travailleurs handicapés etc.) peuvent bénéficier d'une couverture santé estimée sur la base d'un risque moyen puisqu'étendu au niveau de la branche.

Les entreprises aux risques élevés pourront donc bénéficier d'une couverture de meilleure qualité et moins coûteuse que si elle avait été souscrite individuellement.

¹⁵ Conseil de la concurrence, 21 janvier 1992, n°92-A-01

Le Gouvernement français estime ce gain global engendré par la mutualisation de 5% à 10% sur le coût de la couverture santé.¹⁶

2.3.3.2 Les intérêts au niveau de l'ensemble des entreprises de la branche

L'intérêt d'une mutualisation au niveau de la branche vaut aussi pour l'ensemble des entreprises de la branche.

Le niveau de la branche permet l'exercice d'une expertise technique approfondie, bénéfique aux partenaires sociaux.

Les frais d'acquisition et de courtage sont eux aussi limités car ils ne sont plus uniquement supportés par l'entreprise.

Le Gouvernement français a estimé que l'interdiction des clauses de désignation ferait augmenter massivement les coûts de frais de gestion du fait d'un démarchage plus important des organismes assureurs.¹⁷

Concernant plus précisément les contrats, la mutualisation au niveau de la branche permet de limiter les clauses d'exclusion comme la couverture des pandémies, les catastrophes naturelles, les frais en établissements de long séjour, les sports dangereux, les handicapés etc.

Ensuite, outre le financement de la portabilité, la mutualisation au niveau de la branche permet d'assurer plus efficacement le financement d'éléments de solidarité. Il peut par exemple s'agir de la prise en charge des cotisations des personnes en arrêt de travail ou des salariés précaires, d'action de prévention ou encore des aides sociales ponctuelles et exceptionnelles qui seraient justifiées par la situation de certains salariés.

La mutualisation permet aussi aux entreprises d'être assurées par plusieurs organismes, selon un mécanisme de coassurance. Cela permet aux assureurs désignés, liés entre eux par un traité de coassurance, de se partager le risque sur la base d'un même tarif. Les assureurs peuvent alors soit décider une prise en charge commune du risque avec répartition de la charge en fonction d'une quote-part, soit décider d'une répartition du risque en fonction de la zone géographique d'implantation des entreprises ou encore de la spécification de l'activité des entreprises.

La pratique des clauses de désignation a pour but de diminuer les charges, d'augmenter les marges et d'être bénéfique à l'emploi. En cela, elles sont un instrument d'efficacité économique.

Au demeurant, tout accord de branche peut être révisé par la même voie que celle qui l'a créée, aucune adhésion obligatoire *ad vitam aeternam* n'est donc mise en place.

2.3.3.3 La remise en cause du principe de solidarité organisé par la négociation de conventions collectives

Le 11 janvier 2013, l'accord national interprofessionnel prévoyait en son article 1, notamment pour la généralisation de la couverture complémentaire frais de santé, que:

"Les partenaires sociaux de la branche laisseront aux entreprises la liberté de retenir le ou les organismes assureurs de leur choix. Toutefois, ils pourront, s'ils le souhaitent, recommander aux entreprises de s'adresser à un ou plusieurs organismes assureurs ou institutions pouvant

¹⁶ Observations du Gouvernement sur les recours contre la loi relative à la sécurisation de l'emploi, 16 juin 2013

¹⁷ Observations du Gouvernement sur les recours contre la loi relative à la sécurisation de l'emploi, 16 juin 2013

garantir cette couverture après mise en œuvre d'une procédure transparente de mise en concurrence."

Le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi du 14 mai 2013 prévoyait la modification de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale.

La rédaction de l'article 1 du projet a fait l'objet de controverses quant à la rédaction de son I. A, 2° et II, 2° :

Article 1er :

I. – A. – La négociation porte notamment sur :

2° Les modalités de choix de l'assureur. La négociation examine en particulier les conditions, notamment tarifaires, dans lesquelles les entreprises peuvent retenir le ou les organismes assureurs de leur choix, sans méconnaître les objectifs de couverture effective de l'ensemble des salariés des entreprises de la branche et d'accès universel à la santé ;

II. – Le titre Ier du livre IX du code de la sécurité sociale est ainsi modifié :

2° L'article L. 912-1 est complété par un alinéa ainsi rédigé :

« Lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques en application du premier alinéa du présent article ou lorsqu'ils recommandent, sans valeur contraignante, aux entreprises d'adhérer pour les risques dont ils organisent la couverture à un ou plusieurs organismes, il est procédé à une mise en concurrence préalable des organismes mentionnés à l'article 1er de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques. Cette mise en concurrence est réalisée dans des conditions de transparence, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les candidats et selon des modalités prévues par décret. Ce décret fixe notamment les règles destinées à garantir une publicité préalable suffisante, à prévenir les conflits d'intérêts et à déterminer les modalités de suivi du contrat. Cette mise en concurrence est également effectuée lors de chaque réexamen. »

En dépit des précédentes considérations, le 13 juin 2013, à l'occasion de l'examen de l'article 1^{er} du projet de loi du 14 mai 2013 sur la sécurisation de l'emploi, le Conseil constitutionnel¹⁸ a déclaré l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale contraire à la Constitution mettant fin à la pratique des clauses de désignation :

"Considérant que, toutefois, d'une part, en vertu des dispositions du premier alinéa de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, toutes les entreprises qui appartiennent à une même branche professionnelle peuvent se voir imposer non seulement le prix et les modalités de la protection complémentaire mais également le choix de l'organisme de prévoyance chargé d'assurer cette protection parmi les entreprises régies par le code des assurances, les institutions relevant du titre III du livre IX du code de la sécurité sociale et les mutuelles relevant du code de la mutualité ; que, si le législateur peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle dans un but de mutualisation des risques, notamment en prévoyant que soit recommandé au niveau de la branche un seul organisme de prévoyance proposant un contrat de référence y compris à un tarif d'assurance donné ou en offrant la possibilité que soient désignés au niveau de la branche plusieurs organismes de prévoyance proposant au moins de tels contrats de référence, il ne saurait porter à ces libertés

¹⁸ Conseil constitutionnel, 13 juin 2013, n°2013-672

une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini ; que, par suite, les dispositions de ce premier alinéa méconnaissent la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre ;"

"L'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale est contraire à la Constitution."

La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale rend depuis le 16 juin 2013 impossible la conclusion de clauses de désignation au niveau des branches au motif qu'elles méconnaissent la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre.

C'est pourquoi, la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière forme par la présente une Réclamation devant le Comité Européen des Droits Sociaux afin qu'il reconnaisse la violation de l'article 6§2 de la Charte relatif à la négociation collective pour les raisons qui vont être ci-après expliquées.

3. PRESENTATION DE LA RECLAMATION

3.1 Rappel des règles de droit en cause

3.1.1 Le droit international des droits sociaux

Selon l'article 4 de la convention n°98 sur le droit d'organisation et de négociation collective de l'Organisation internationale du travail :

"Des mesures appropriées aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être prises pour encourager et promouvoir le développement et l'utilisation les plus larges de procédures de négociation volontaire de conventions collectives entre les employeurs et les organisations d'employeurs d'une part, et les organisations de travailleurs d'autre part, en vue de régler par ce moyen les conditions d'emploi."

3.1.2 Le Droit Européen des droits sociaux

3.1.2.1 La Charte Sociale Européenne

L'article 6§2 de la Charte sociale européenne dispose :

Qu'en vue d'assurer l'exercice effectif du droit de négociation collective, les Parties s'engagent :

2. à promouvoir, lorsque cela est nécessaire et utile, l'institution de procédures de négociation volontaire entre les employeurs ou les organisations d'employeurs, d'une part, et les organisations de travailleurs, d'autre part, en vue de régler les conditions d'emploi par des conventions collectives ;

3.1.2.2 Les conclusions du Comité européen des droits sociaux

Le 16 juin 2013, le Gouvernement français a produit des observations sur les recours contre la loi relative à la sécurisation de l'emploi.¹⁹

La remise en cause des clauses de désignation aurait pour effet de réviser 80% des contrats collectifs de branche en santé et environ deux millions de salariés, pour une cinquantaine de régimes de branche, seraient concernés par une telle renégociation. En matière de prévoyance, la renégociation pourrait concerner jusqu'à 250 régimes de branche, un nombre important d'entre eux étant issus d'un mécanisme de clause de désignation.

Or le Comité européen des Droits sociaux conclut de manière constante au non-respect de l'article 6§2 de la Charte sociale européenne lorsque le nombre de conventions collectives conclues diminue.

Ainsi, le Comité européen des Droits sociaux a relevé dans ses conclusions en date du 30 juin 2007 qu'en Lettonie :

- en 2002 : 2 035 accords d'entreprises avaient été signés, couvrant 187 674 salariés ;
- en 2004 : 2 040 accords d'entreprises avaient été signés, couvrant 170 955 salariés ;
- en 2002, 32 conventions ont été passées au niveau sectoriel ;

¹⁹ Observations du Gouvernement sur les recours contre la loi relative à la sécurisation de l'emploi, 16 juin 2013

- en 2004, 21 conventions ont été passées au niveau sectoriel.

Il a ainsi remarqué que le taux avait baissé au cours de la période de référence.²⁰

Le 30 juin 2004, le Comité a eu l'occasion de rappeler que l'obligation faite aux Etats au titre de la présente disposition de la Charte devait aller plus loin que la mise en place d'un cadre légal autorisant la libre négociation collective et que par conséquent, les Etats étaient également tenus de prendre les mesures nécessaires et appropriées pour favoriser la négociation collective.²¹

A cet égard le Comité a rappelé que si le développement spontané de la négociation collective n'est pas suffisant, des mesures positives doivent être prises en vue d'encourager et de faciliter la conclusions de conventions collectives. Quelles que soient les procédures retenues, la négociation doit demeurer libre et volontaire.

De la même façon, le Comité a conclu le 3 décembre 2010 qu'en Lettonie le nombre de conventions collectives a diminué au cours d'une période de référence, passant de 2033 en 2005 à 1921 en 2008.²²

En l'espèce, en France, selon les chiffres communiqués par le Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social²³:

- en 2012, 96 accords conclus en matière de prévoyance ont été étendus ;
- en 2013, 77 accords conclus en matière de prévoyance ont été étendus ;
- en 2014, 45 accords conclus en matière de prévoyance ont été étendus.

Il faut ajouter que les chiffres communiqués indiquent par ailleurs qu':

- en 2013, 59 accords en matière de prévoyance sans demande d'extension ont été conclus ;
- en 2014, 48 accords en matière de prévoyance sans demande d'extension ont été conclus.

Il ressort de ces chiffres que le nombre d'accords étendus et non étendus en matière de prévoyance est en diminution depuis 2013, soit depuis la décision du Conseil constitutionnel du 14 juin 2013 censurant les clauses de désignation.

Les partenaires sociaux ne peuvent plus aisément désigner un ou plusieurs organismes pour gérer le régime de protection sociale complémentaire mis en place dans une branche professionnelle.

Selon le bilan de la DGT sur la négociation interprofessionnelle et de branche de 2013²⁴ :

"Depuis la censure des clauses de désignation par le Conseil constitutionnel, la mutualisation des risques au niveau de la branche professionnelle est plus difficile à mettre en œuvre du fait de l'absence d'obligation pour les entreprises de rejoindre un ou des organismes assureurs choisis par la branche."

²⁰ Comité européen des droits sociaux, conclusions XVIII-2 - Lettonie

²¹ Comité européen des droits sociaux, conclusions XVI-2 - Hongrie

²² Comité européen des droits sociaux, conclusions XIX-3 - Lettonie

²³ Nombre d'accords abordant le sujet de la prévoyance (que ce sujet soit abordé exclusivement ou avec d'autres thèmes à titre secondaire) ainsi que le nombre d'accords étendus (quelle que soit l'année de publication de l'arrêté d'extension)

²⁴ Bilan DGT - La négociation interprofessionnelle et de branche : données générales en 2013, p. 566

Par conséquent, la censure des clauses de désignation a conduit à freiner et à nuire au développement spontané de la négociation collective en matière de prévoyance.

Des mesures positives doivent donc être prises en vue d'encourager et de faciliter la conclusion d'accords. La négociation devant demeurer libre et volontaire.

Ainsi, le Comité européen des droits sociaux devra conclure au non-respect de l'article 6§2 de la Charte sociale européenne.

3.1.3 Les principaux textes juridiques français applicables en l'espèce

Les principaux textes juridiques qui s'appliquent en l'espèce sont :

3.1.4 Le préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946, alinéa 8 :

"Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises."

L'alinéa 8 du Préambule de la Constitution française du 27 octobre 1946 garantit un droit de négociation qui est satisfait aussi bien par la négociation d'entreprise que par la négociation de branche.

De ce point de vue, les accords de branche ont vocation à couvrir plus de salariés que les accords d'entreprise puisque la négociation en entreprise n'est réservée qu'à certaines entreprises (présence d'un délégué syndical désigné par un syndicat représentatif dans l'entreprise de plus de 50 salariés).

La possibilité pour les partenaires sociaux d'instaurer une clause de désignation relève donc du principe de la liberté de la négociation collective.

Interdire cette possibilité aux partenaires sociaux porte donc une atteinte excessive à leur droit constitutionnellement garanti de déterminer collectivement leurs conditions de travail.

L'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale tel que rédigé avant la déclaration d'inconstitutionnalité constituait donc une dérogation fondée sur les mérites d'une mutualisation au niveau d'une branche professionnelle.

3.1.4.1 L'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale tel qu'il a été modifié par loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014 :

"I.-Les accords professionnels ou interprofessionnels 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, 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."

Dans ce cas, les accords peuvent organiser la couverture des risques concernés en recommandant un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1er de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques ou une ou plusieurs institutions mentionnées à l'article L. 370-1 du code des assurances, sous réserve du respect des conditions définies au II du présent article."

Le ou les organismes ou institutions adressent annuellement au ministre chargé de la sécurité sociale un rapport sur la mise en œuvre du régime, le contenu des éléments de solidarité et son équilibre, dont le contenu est précisé par décret.

II.-La recommandation mentionnée au I doit être précédée d'une procédure de mise en concurrence des organismes ou institutions concernés, dans des conditions de transparence, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les candidats et selon des modalités prévues par décret.

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.

III.-Les accords mentionnés au I comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité, qui ne peut excéder cinq ans, les modalités d'organisation de la recommandation sont réexaminées. La procédure prévue au premier alinéa du II est applicable à ce réexamen.

IV.-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 les liant à leur employeur 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."

L'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale prévoit uniquement une procédure de recommandation, la pratique des clauses de désignation n'est désormais plus prévue en droit positif français.

3.1.4.2 Décret n° 2014-1498 du 11 décembre 2014 relatif aux garanties collectives présentant le degré élevé de solidarité mentionné à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale :

Selon l'article 1 :

« Titre Ier

« DISPOSITIONS GÉNÉRALES RELATIVES À LA PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE DES SALARIÉS

« Art. R. 912-1.-Les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés au premier alinéa du I de l'article L. 912-1 prévoient la part de la prime ou de la cotisation acquittée qui sera affectée au financement de prestations mentionnées aux 1°, 2° et 3° de l'article R. 912-2 ainsi que, le cas échéant, à d'autres actions équivalentes procédant d'un objectif de solidarité qu'ils stipulent.

« Sont regardés comme présentant un degré élevé de solidarité au sens des dispositions du premier alinéa de l'article L. 912-1 les accords pour lesquels la part de ce financement est au moins égale à 2 % de la prime ou de la cotisation.

« Art. R. 912-2.-Les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés au premier alinéa du I de l'article L. 912-1 peuvent prévoir, en vue de comporter des garanties présentant un degré élevé de solidarité au sens des dispositions de cet alinéa :

« 1° Une prise en charge, totale ou partielle, de la cotisation de tout ou partie des salariés ou apprentis pouvant bénéficier des dispenses d'adhésion prévues au b du 2° de l'article R. 242-1-6, ainsi que de la cotisation de tout ou partie des salariés, apprentis ou anciens salariés dont la cotisation représente au moins 10 % de leurs revenus bruts ;

« 2° Le financement d'actions de prévention concernant les risques professionnels ou d'autres objectifs de la politique de santé, relatifs notamment aux comportements en matière de consommation médicale.

« Ces actions de prévention pourront relayer des actions prioritaires dans des domaines identifiés comme tels dans le cadre de la politique de santé, notamment des campagnes nationales d'information ou de formation, ou prévoir des actions propres au champ professionnel ou interprofessionnel concerné et visant à réduire les risques de santé futurs et à améliorer les conditions de vie au travail et la santé des salariés.

« 3° La prise en charge de prestations d'action sociale, comprenant notamment :

« a) Soit à titre individuel : l'attribution, lorsque la situation matérielle des intéressés le justifie, d'aides et de secours individuels aux salariés, anciens salarié et ayants droit ;

« b) Soit à titre collectif, pour les salariés, les anciens salariés ou leurs ayants droit : l'attribution suivant des critères définis par l'accord d'aides leur permettant de faire face à la perte d'autonomie, y compris au titre des dépenses résultant de l'hébergement d'un adulte handicapé dans un établissement médico-social, aux dépenses liées à la prise en charge d'un enfant handicapé ou à celles qui sont nécessaires au soutien apporté à des aidants familiaux.

« Les orientations des actions de prévention ainsi que les règles de fonctionnement et les modalités d'attribution des prestations d'action sociale sont déterminées par la commission paritaire de branche, en prenant en compte, le cas échéant, les objectifs d'amélioration de la santé définis dans le cadre de la politique de santé à la mise en œuvre desquels ces orientations contribuent dans le champ professionnel ou interprofessionnel qu'elles couvrent.

« La commission paritaire de branche contrôle la mise en œuvre de ces orientations par les organismes auprès desquels les entreprises organisent la couverture de leurs salariés. »

3.1.4.3 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 prévue par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale :

Selon l'article 1 :

Le titre Ier du livre IX de la troisième partie du code de la sécurité sociale est complété par un chapitre ainsi rédigé :

« *Chapitre II*

« *Clauses obligatoires*

« *Art. D. 912-1.-Lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels définis à l'article L. 911-1 recommandent un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1er de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 pour la couverture des risques définis à l'article L. 911-2, il est procédé à une mise en concurrence préalable des organismes candidats. Cette procédure*

s'applique également à chaque réexamen de la clause de recommandation. « La commission paritaire prévue au premier alinéa de l'article L. 2261-19 du code du travail est chargée de la procédure de mise en concurrence. A ce titre, elle veille au respect des principes de transparence de la procédure, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les organismes candidats, ainsi que, à chaque réexamen de la clause de recommandation, entre le ou les organismes déjà recommandés et les autres organismes candidats. « A l'exception du choix final du ou des candidats retenus, qui relève de sa seule compétence, la commission paritaire peut déléguer à une commission paritaire spéciale, composée d'au moins quatre membres désignés en son sein, la mise en œuvre de la procédure. Dans ce cas, la commission paritaire spéciale rend compte de l'ensemble de ses travaux à la commission paritaire.

« La commission paritaire et, le cas échéant, la commission paritaire spéciale peuvent se faire assister par un ou plusieurs experts désignés à raison de leur expérience professionnelle. « Les membres de la commission paritaire et, le cas échéant, les membres de la commission paritaire spéciale ainsi que les experts mentionnés à l'alinéa précédent sont soumis à une obligation de confidentialité.

« Art. D. 912-8.-La composition de la commission paritaire et, le cas échéant, de la commission paritaire spéciale peut être communiquée à tous les candidats qui en font la demande.

« Art. D. 912-9.-Lorsque la liste des candidatures éligibles en application du 2° de l'article D. 912-6 a été arrêtée, chacun des membres de la commission paritaire et, le cas échéant, de la commission paritaire spéciale est tenu de déclarer, dans un délai de huit jours, l'existence éventuelle d'une situation de conflit d'intérêts. Cette déclaration s'impose également, pour toute situation de conflit d'intérêts postérieure à l'établissement de la liste, dans un délai de huit jours à compter de la date à laquelle cette situation est née. « Est considéré comme une situation de conflit d'intérêts le cas où l'un des membres de la commission paritaire ou, le cas échéant, de la commission paritaire spéciale exerce une activité salariée ou bien exerce ou a exercé, au cours des cinq dernières années, des fonctions délibérantes ou dirigeantes, au sein des organismes candidats ou du groupe auquel appartiennent ces organismes.

« Art. D. 912-10.-Les membres de la commission paritaire ou, le cas échéant, de la commission paritaire spéciale qui déclarent une situation de conflit d'intérêts ne peuvent prendre part à aucune réunion ni délibération en lien avec la phase de sélection des offres définie au 3° de l'article D. 912-6. Le ou les membres concernés peuvent toutefois être remplacés à l'initiative de l'organisation syndicale de salariés ou de l'organisation professionnelle d'employeurs dont ils relèvent.

« Art. D. 912-11.-Le ou les experts mentionnés au quatrième alinéa de l'article D. 912-1 sont tenus de déclarer, préalablement à leur désignation, toute situation de conflit d'intérêts dans laquelle ils pourraient être placés, soit vis-à-vis des personnes physiques membres de ces commissions, soit, selon les modalités prévues au deuxième alinéa de l'article D. 912-9, vis-à-vis de l'un ou l'autre des organismes candidats.

« Art. D. 912-13.-Lorsque les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs demandent l'extension d'une convention ou d'un accord collectif comportant une clause de recommandation en application de l'article L. 911-3, ils joignent à leur demande les pièces afférentes à la procédure de mise en concurrence dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale, du ministre chargé du budget et du ministre chargé du travail. »

Le décret du 10 janvier 2015 relatif à la procédure de mise en concurrence des organismes dans le cadre de la recommandation prévue par l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale peut faire, quant à lui, l'objet de diverses critiques qui conduiront à en déduire une violation du droit de la négociation collective.

3.2 La violation de l'article 6§2 de la Charte Sociale Européenne

La mise en œuvre tardive du décret sur l'application de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale complexifie la procédure de négociation collective en encadrant de manière trop rigoureuse le mécanisme de recommandation et la mise en concurrence ce qui conduit à réduire les prérogatives des partenaires sociaux dans la négociation collective.

Ensuite, l'existence d'une éventuelle situation de conflit d'intérêt au sein de la commission paritaire chargée de la procédure de mise en concurrence constitue encore une fois une atteinte à la libre négociation.

A l'heure actuelle, la déclaration d'inconstitutionnalité des clauses de désignations a conduit à limiter la négociation collective en ce que l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale tel que modifié par la loi n°2013-1203 ne prévoit plus la possibilité de pratiquer des clauses de désignation ce qui constitue une atteinte à la libre négociation.

L'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale prévoit désormais uniquement la technique de la recommandation.

3.2.1 Sur l'adoption tardive du décret du 10 janvier 2015

Selon l'article 1 I.-A de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi :

"Avant le 1er juin 2013, les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels engagent une négociation, afin de permettre aux salariés qui ne bénéficient pas d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident dont chacune des catégories de garanties et la part de financement assurée par l'employeur sont au moins aussi favorables que pour la couverture minimale mentionnée au II de l'article L. 911-7 du code de la sécurité sociale, au niveau de leur branche ou de leur entreprise, d'accéder à une telle couverture avant le 1er janvier 2016."

Le même article en son B poursuit :

"A compter du 1er juillet 2014 et jusqu'au 1er janvier 2016, dans les entreprises où a été désigné un délégué syndical et qui ne sont pas couvertes selon l'une des modalités mentionnées à l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale par une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident dont chacune des catégories de garanties et la part de financement assurée par l'employeur sont au moins aussi favorables que pour la couverture minimale mentionnée au II de l'article L. 911-7 du même code et applicable au plus tard le 1er janvier 2016, l'employeur engage une négociation sur ce thème."

Il ressort de ces articles qu'un calendrier de négociations a été prévu par la loi du 14 juin 2013 pour que soit généralisée la couverture collective santé à l'ensemble des salariés.

De cette manière et en résumé, la loi a donné la priorité à la négociation de branche. La négociation d'entreprise prenant le relais uniquement si aucun accord de branche n'a été conclu.

Le calendrier est le suivant :

- du 1^{er} juin 2013 au 30 juin 2014 : négociation de branche ;
- du 1^{er} juillet 2014 au 1^{er} janvier 2016 : négociation d'entreprise ;
- au plus tard au 1^{er} janvier 2016 : à défaut d'accord de branche ou d'entreprise : mise en place par décision unilatérale de l'employeur.

Par conséquent, le décret n°2014-1498 du 11 décembre 2014 relatif aux garanties collectives présentant le degré élevé de solidarité mentionné à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale et 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 prévue par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale ont été adoptés postérieurement à la date jusqu'à laquelle les partenaires sociaux pouvaient négocier au niveau de la branche (en l'espèce 6 mois après que leur période de négociation soit passée).

Il faut donc constater que les partenaires sociaux ne disposaient d'aucune des informations posées par les décrets concernant la procédure de recommandation, de mise en concurrence et de la situation de conflit d'intérêts. Il ne leur était dès lors pas possible de négocier.

Pour ces raisons, une atteinte a été portée au droit de négocier des partenaires sociaux au niveau de la branche puisqu'ils étaient dans l'impossibilité de disposer des informations régissant la négociation sur la généralisation de la couverture complémentaire.

Le décret et, par là même, le Gouvernement français n'a permis ni d'encourager, ni de faciliter la conclusion de conventions collectives.

Il est donc flagrant que l'article 6§2 de la Charte des droits sociaux a été violé puisque l'intervention tardive du décret a restreint la possibilité pour les partenaires sociaux de négocier.

3.2.2 Sur la réglementation de la recommandation et de la mise en concurrence

Selon l'article 931-1 alinéa 1 du Code de la sécurité sociale :

"Les institutions de prévoyance sont des personnes morales de droit privé ayant un but non lucratif, administrées paritairement par des membres adhérents et des membres participants."

Les institutions de prévoyance sont des organismes paritaires, à but non lucratif, qui gèrent des contrats collectifs d'assurance de personne.

Elles sont dites paritaires parce qu'elles sont gérées par des représentants des employeurs ("*membres adhérents*") et des représentants des salariés ("*membres participants*") qui siègent en nombre égal.

Selon l'alinéa 10 de l'article précité :

"Elles [les institutions de prévoyance] sont constituées sur la base d'une convention ou d'un accord collectif, d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise et ratifié à la majorité des intéressés ou par accord entre des membres adhérents et des membres participants réunis à cet effet en assemblée générale."

Les institutions adressent alors le règlement aux entreprises concernées. Ce règlement fixe ce que les partenaires sociaux de la branche ont décidé.

Toute adhésion à une institution de prévoyance entraîne l'adhésion au règlement.

La procédure de désignation antérieurement permise permettait de désigner une institution de prévoyance et à rendre son adhésion obligatoire pour toutes les entreprises comprises dans la branche signataire de l'accord.

En France, en 2013, plus de 2 millions d'entreprises ont confié la gestion de couvertures de prévoyance complémentaire à une institution de prévoyance, au profit de²⁵ :

- 13 millions de salariés en prévoyance (décès, incapacité, invalidité, dépendance),
- 7,2 millions de salariés et d'anciens salariés pour la complémentaire santé.

L'activité des institutions de prévoyance affichait une croissance de 6,5 % de l'ensemble des cotisations pour atteindre 12,8 milliards d'euros.

Or le risque auquel s'expose la France avec la procédure de recommandation est celui de limiter le nombre de d'adhésions à ces institutions de prévoyance au profit d'entreprises assureurs ou de mutuelles.

Cela pourrait avoir pour effet direct de restreindre le rôle des institutions de prévoyance qui sont pourtant l'émanation même de la négociation collective.

Par ailleurs, la réglementation relative à la procédure de recommandation, largement inspirée par le code des marchés publics, est particulièrement lourde et non proportionnée au regard de sa finalité.

En effet, elle impose le respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence se caractérisant par un degré de formalisme et de complexité manifestement disproportionné dès lors qu'à l'issue de cette procédure le candidat ne fait l'objet que d'une recommandation qui n'a qu'une valeur indicative et ne saurait justifier une procédure aussi contraignante.

3.2.3 Sur la réglementation d'un soi-disant « conflit d'intérêts »

L'article D. 912-9 du Code de la sécurité sociale précise qu'est considéré comme une situation de conflit d'intérêts le cas où l'un des membres de la commission paritaire ou, le cas échéant, de la commission paritaire spéciale exerce une activité salariée ou bien exerce ou a exercé, au cours des cinq dernières années, des fonctions délibérantes ou dirigeantes, au sein des organismes candidats ou du groupe auquel appartiennent ces organismes.

Cette disposition a pour conséquence d'écarter de la négociation collective un membre qui répondrait à la situation de conflit d'intérêts.

Plus grave encore, elle a pour conséquence d'exclure de la commission paritaire toute personne ayant eu des fonctions délibérantes ou dirigeantes au sein des organismes candidats ou du groupe auquel appartiennent ces organismes. Cela a donc pour effet de priver de professionnalisme ces commissions car, sur un plan pratique, ces personnes ont acquis les compétences nécessaires tant sur l'aspect de la négociation que de la gestion.

De plus, la référence au "*groupe auquel appartiennent ces organismes*" augmente considérablement le risque de conflit d'intérêts et par conséquent le risque d'exclusion.

²⁵ Centre technique des institutions de prévoyance - juillet 2014

La notion de fonctions délibérantes étant elle-même sujet à questionnement.

Finalement, la composition de la commission mixte paritaire telle que prévue dans le décret constitue une atteinte au jeu paritaire puisque le périmètre de sélection de ses membres est réduit.

Par ailleurs, le rapport de la commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations de l'Organisation internationale du travail a conclu que²⁶:

*"Le gouvernement devrait s'efforcer de convaincre les parties de tenir compte de leur propre gré dans leurs négociations des raisons majeures de politique économique et sociale et d'intérêt général qu'il invoque."*²⁷

En d'autres termes, les raisons majeures de politique économique et sociale et d'intérêt général sont telles qu'elles doivent primer sur les autres considérations.

Par conséquent, exclure de la négociation collective un membre au prétexte qu'il se trouve dans une situation de conflit d'intérêts revient à accuser un acteur de la négociation collective de ne pas placer les raisons majeures de politique économique et sociale et d'intérêt général.

Or, au contraire, les partenaires sociaux sont les garants de ces raisons majeures. Aucune suspicion de conflit d'intérêts ne saurait leur être reproché.

Il convient d'ajouter que l'article D. 912-9 du Code de la sécurité sociale méconnaît totalement le fonctionnement des organisations syndicales qui mandatent un ou des représentants pour appliquer leurs décisions prises par les instances de manière collégiale. De sorte que le mandataire ne saurait, par principe, se trouver en situation de conflit d'intérêts.

Cet article s'immisce donc dans la gestion de l'organisation syndicale en contraignant le libre choix de la composition de la délégation syndicale apte à la négociation.

Enfin, il ressort de la formulation de l'article D. 912-9 du Code de la sécurité sociale que la référence au "*groupe auquel appartiennent ces organismes*" vise expressément les institutions paritaires, c'est-à-dire des groupes paritaires de protection sociale

Le décret ne s'applique donc pas à un membre ayant exercé des "fonctions délibérantes ou dirigeantes" dans une mutuelle ou une compagnie d'assurance et crée une discrimination injustifiée entre les trois familles d'assureurs.

A compter de sa parution, ce décret a pour effet d'exclure tout représentant désigné par une organisation syndicale, même démissionnaire, pendant cinq ans ; il y a là une atteinte intolérable à la liberté syndicale.

²⁶ La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CECAR) est un organe indépendant, constitué de juristes ayant pour mission d'examiner l'application des conventions et recommandations de l'OIT dans les Etats Membres.

²⁷ Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandation - Conférence internationale du Travail, 81ème session, 1994

3.2.4 Sur la décision du Conseil constitutionnel, atteinte au droit de négociation collective

Le 13 juin 2013, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale inconstitutionnel au motif que les dispositions de l'article portaient à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques.²⁸

3.2.4.1 L'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale et l'atteinte au droit de la négociation collective

Pour rappel, la loi déferée devant le Conseil constitutionnel prévoyait que les organisations syndicales liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels engageaient une négociation, afin de permettre aux salariés qui ne bénéficiaient pas d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident dont chacune des catégories de garanties et la part de financement assurée par l'employeur sont au moins aussi favorables que pour la couverture minimale mentionnée au II de l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale, au niveau de leur branche ou de leur entreprise, d'accéder à une telle couverture avant le 1er janvier 2016.

La négociation devait porter sur les modalités de choix de l'assureur avec en particulier les conditions, notamment tarifaires, dans lesquelles les entreprises pouvaient retenir le ou les organismes assureurs de leur choix, sans méconnaître les objectifs de couverture effective de l'ensemble des salariés des entreprises de la branche et d'accès universel à la santé.

Il s'agissait donc d'une obligation de négocier sans obligation de résultat.

Ainsi que l'a souligné le Gouvernement français dans une observation du 16 juin 2013 s'agissant de la loi déferée devant le Conseil constitutionnel, les partenaires sociaux pouvaient d'abord opter pour l'option la plus générale : l'accord se limiterait alors à imposer un financement minimal de l'employeur ou à définir les garanties qui doivent être offertes. Les entreprises pouvaient dans ce cas souscrire un contrat d'assurance auprès de l'organisme assureur de leur choix. Ils pouvaient aussi aller un peu au-delà, en invitant les entreprises à souscrire leurs garanties auprès d'un ou plusieurs organismes présélectionnés.²⁹

L'article 1^{er} de la loi déferée, en son I, A, 2^o, ouvrait aux partenaires sociaux la possibilité de s'inscrire dans cette démarche de libre choix par l'entreprise de son assureur ou de recommandation.

Les partenaires sociaux pouvaient aussi décider de mettre en place un régime unique mutualisant la prise en charge du risque au niveau de la branche auprès d'un seul organisme par le moyen d'une clause de désignation.

Ce mécanisme existait avant la loi déferée dans la version de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale issu de la loi n°94-678 du 8 août 1994.

Une double condition était toutefois prévue : celle d'un réexamen ne pouvant excéder cinq ans et pour les entreprises ayant adhéré ou souscrit un contrat auprès d'un organisme différent de celui prévu par les accords pour garantir les mêmes risques à un niveau équivalent, de s'adapter aux exigences de branche.

²⁸ Conseil constitutionnel, 13 juin 2013, n°2013-672

²⁹ Observations du Gouvernement sur les recours contre la loi relative à la sécurisation de l'emploi, 16 juin 2013

L'article 1er de la loi déferée, en son II, 2° prévoyait que lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoyaient une mutualisation des risques en application du premier alinéa du présent article ou lorsqu'ils recommandaient, sans valeur contraignante, aux entreprises d'adhérer pour les risques dont ils organisaient la couverture à un ou plusieurs organismes, il serait procédé à une mise en concurrence préalable des organismes mentionnés à l'article 1er de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques. Cette mise en concurrence serait réalisée dans des conditions de transparence, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les candidats et selon des modalités prévues par décret.

Ce décret fixait notamment les règles destinées à garantir une publicité préalable suffisante, à prévenir les conflits d'intérêts et à déterminer les modalités de suivi du contrat. Cette mise en concurrence devait être également effectuée lors de chaque réexamen.

Ainsi, la loi se bornait à prévoir, d'une part, un élément obligatoire d'une négociation collective sans préjudice de son résultat et, d'autre part, une procédure de mise en concurrence au soutien d'un mécanisme existant, de nature à assurer l'égalité entre les organismes intéressés.

En cela, ces dispositions n'étaient pas une atteinte injustifiée ou disproportionnée à la liberté contractuelle ou, en tout état de cause, à la liberté d'entreprendre et à la liberté de la concurrence.

L'atteinte à la liberté d'entreprendre des chefs d'entreprise au sein de la branche ou à celle des organismes assureurs répond, comme le souligne le Gouvernement français, à un objectif général particulièrement fort.

Le mécanisme est fondé sur l'existence d'éléments de solidarité au sein du régime. Il permet d'obtenir une tarification unique pour tous les salariés de la branche indépendamment de leurs caractéristiques.

Il présente aussi l'avantage d'instaurer de meilleurs niveaux de garanties à un coût moins élevé que lorsqu'ils sont assumés au niveau de l'entreprise, surtout lorsqu'il s'agit d'entreprise présentant des risques importants.

Cette démarche suivait parfaitement la logique employée par la loi du 14 juin 2013 n° 2013-504, relative à la sécurisation de l'emploi qui a généralisé la couverture complémentaire collective en santé des salariés et amélioré la portabilité des couvertures santé et prévoyance des demandeurs d'emploi en France.

L'objectif étant d'assurer la couverture de l'ensemble des entreprises, y compris les plus petites d'entre elles qui auraient, à défaut d'un tel mécanisme, le plus de difficulté pour obtenir une offre d'assurance à des conditions économiques adaptées à leur capacité financière.

Interdire aux partenaires sociaux de conclure des clauses de désignation au niveau de la branche revient à faire peser sur ces entreprises un risque trop élevé, particulièrement dans le domaine de la prévoyance puisqu'il s'agit d'un risque dont la fréquence est faible mais dont le coût, en cas de réalisation du risque, est très élevé. Cela aurait pour conséquence d'exclure certaines de ces entreprises de la couverture ou de leur faire supporter des contrats onéreux.

Pour ces raisons, l'existence des clauses de désignation poursuit un objectif d'intérêt général, celui de la mutualisation, et l'atteinte à la liberté d'entreprendre et à la libre concurrence est justifiée puisque proportionnée et nécessaire au regard de l'objectif poursuivi.

Avant la censure par le Conseil constitutionnel, les partenaires sociaux français étaient libres de désigner un organisme et le recours à une simple recommandation était aussi garanti.

L'interdiction posée par le Conseil constitutionnel a donc pour effet de limiter la négociation collective entre les représentants des salariés et des chefs d'entreprise de la branche.

De plus, le mécanisme de la mutualisation rendu possible par les clauses de désignation n'empêche pas une entreprise, si elle le souhaite, d'assurer une couverture plus importante à ses salariés par le biais d'une sur-complémentaire.

Enfin, une procédure de mise en concurrence préalable des organismes assureurs était prévu garantissant aux entreprises la meilleure offre.

En condamnant le mécanisme des clauses de désignation, le Conseil constitutionnel a limité les pouvoirs des partenaires sociaux et leur a nié toute autonomie. En fondant sa décision sur la seule liberté contractuelle de l'employeur, le Conseil constitutionnel a accordé une importance trop grande au marché de l'assurance en oubliant le droit de négociation collective.

Or, tout accord collectif est une atteinte à la liberté contractuelle de l'employeur. Atteinte qu'il a accepté puisqu'il est coauteur de la convention.

Le raisonnement du Conseil constitutionnel est d'autant plus critiquable qu'il ne fait aucune référence à la liberté contractuelle du salarié.

La décision du Conseil constitutionnel ne s'est donc en rien fondée sur l'intérêt général et a uniquement pris en considération l'intérêt catégoriel des assureurs.

Monsieur Bernard Daeschler, président du Centre technique des institutions de prévoyance a estimé que :

"Si l'on supprime la mutualisation au sein des branches professionnelles, ce sont des milliers de salariés de "très petites entreprises" et de "petites et moyennes entreprises" qui risquent d'avoir un accès amoindri à une couverture complémentaire de qualité".³⁰

Les organisations syndicales représentées au sein de la Commission des accords de retraite et de la prévoyance (COMAREP) ont été invitées à présenter leur vision de la négociation collective et de leur rôle au sein de la Commission.

Pour la CFE-CGC (Confédération française de l'encadrement - Confédération générale des cadres) :

"La mutualisation est en effet une technique fondamentale de l'assurance qui a pour objet de regrouper une pluralité d'assurés exposés à des risques afin de compensés les risques réalisés et ceux non survenus. Ainsi plus les effectifs sont importants, plus les prévisions en termes de sinistralité sont précises."³¹

Pour la CGT (Confédération générale du travail)³² :

³⁰ Rapport annuel 2013 - Centre Technique des Institutions de Prévoyance

³¹ Rapport d'activité de la Commission des Accords de Retraite et de Prévoyance prévue par l'article L. 911-3 du Code de la Sécurité sociale - année 2013

³² Rapport d'activité de la Commission des Accords de Retraite et de Prévoyance prévue par l'article L. 911-3 du Code de la Sécurité sociale - année 2013

"La GCT regrette la décision du Conseil constitutionnel qui empêche la mutualisation des risques et un niveau élevé de solidarité. La recommandation ne pallie pas ce manque, en ce qu'elle 'nest pas contraignante."

Pour la CGT-FO (Confédération Générale du Travail - Force ouvrière)³³ :

"Sans négliger la dérive libérale du Conseil constitutionnel, qui considère, à l'inverse de la Cour de justice européenne, que la santé est un bien marchand comme un autre, FO rappelle la responsabilité historique des signataires de l'ANI du 11 janvier 2013.

La fin des clauses de désignation se situe dans ce texte. Pour s'en convaincre, il suffit de se rappeler l'énergie dépensée par les différents lobbys à convaincre les décideurs d'en finir avec les clauses de désignation.

Ce que la négociation collective a mis 60 ans à construire a été bradé par les signataires, en compensation de droits du travail en recul!

Ce qui a été sacrifié délibérément, c'est la mutualisation du risque au niveau de la branche!

Et comme si cela ne suffisait pas le gouvernement prépare des décrets qui restreindront le peu de marge de manœuvre qui reste dans les négociations.

En encadrant, par le haut et par le bas les niveaux de remboursements à négocier dans les accords, ce gouvernement est en contradiction avec la liberté de négocier, liberté constitutionnelle. De plus, il fait porter aux négociateurs une responsabilité qu'il n'assume pas, celle de la régulation de l'offre de soins.

Enfin, la rédaction desdits décrets étant visiblement très sensible, le retard pris dans leur publication sert opportunément de blocage aux négociations qui se tiennent, ou plutôt qui devaient se tenir. "

Par conséquent, la prohibition des clauses de désignation interdit aux partenaires sociaux de poursuivre un objectif de solidarité au mépris du caractère fondamental du droit de négociation collective.

3.2.4.2 L'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale et la prohibition relative des clauses de désignation

La loi n°2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014 a alors prévu une nouvelle rédaction de l'article L.912-1 du Code de la sécurité sociale afin de tenir compte de la déclaration d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel.

Les clauses de désignation constituaient donc un moyen permettant d'atteindre l'objectif de solidarité.

La décision du Conseil constitutionnel a tout simplement réduit l'objectif de solidarité.

Pour conclure, prenant prétexte de préserver la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel n'a pas cherché à maintenir un "juste équilibre" entre les libertés précitées et la liberté de négociation collective.

³³ Rapport d'activité de la Commission des Accords de Retraite et de Prévoyance prévue par l'article L. 911-3 du Code de la Sécurité sociale - année 2013

L'interdiction, pour l'avenir, qui a été faite aux partenaires sociaux de conclure des clauses de désignation est une atteinte disproportionnée.

"Il faut que les gouvernements jouent un rôle actif pour promouvoir la négociation collective, compte tenu de sa nature volontaire. Il faut que les responsables politiques s'attachent à définir la manière d'améliorer la portée et l'efficacité de la négociation collective, et non pas le contraire."³⁴

Par ces motifs, le Comité européen des droits sociaux devra donc constater la mauvaise application faite par la France de l'article 6§2 de la Charte sociale européenne aux motifs que :

- l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale tel qu'il a été modifié par loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014 et,
- 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 prévue par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale,

n'ont pas permis le développement de la négociation collective tel que prévu à l'article 6§2 de la Charte européenne des droits sociaux et ont, au contraire, porté atteinte à la négociation libre et volontaire en n'encourageant pas et en ne facilitant pas la conclusion de conventions collectives.

³⁴ Résumé exécutif de l'Organisation internationale du travail, "Le rôle de la négociation collective dans l'économie mondiale : négocier pour la justice sociale", 2011

4. PRETENTION DES PARTIES POUR UNE SATISFACTION EQUITABLE

Les textes relatifs à la réclamation collective ne traitent pas de la question de la compensation des frais engagés par une telle procédure.

Dans la décision sur le bien-fondé du Comité européen des droits sociaux faisant suite à la réclamation n°16/2003, il a été décidé que :

"Le Comité relève que le Protocole ne régit pas la question de la compensation des dépenses engagées à l'occasion de la réclamation. Il lui apparaît cependant découler intrinsèquement du caractère quasi juridictionnel de la procédure mise en œuvre par le Protocole qu'en cas de constat d'une violation de la Charte, l'État défendeur prenne à sa charge au moins une partie des frais encourus.

D'ailleurs, lorsque les Délégués des Ministres ont examiné une telle demande à l'occasion de la réclamation n° 1/1998, ils ont décidé qu'ils n'étaient pas appelés dans cette affaire à lui donner suite. Ce faisant, le Comité des Ministres avait accepté le principe d'une telle forme de compensation.

Par conséquent, le Comité examine la demande formulée par le syndicat requérant et transmettra au Comité des Ministres son avis y relatif en laissant à ce dernier le soin de décider sous quelle forme il pourrait inviter le Gouvernement à prendre à sa charge tout ou partie de ces frais.

Le Comité ne voit pas d'arguments pour accepter la position du Gouvernement selon laquelle il n'est pas prouvé que le syndicat réclamant ait bien engagé les frais dont il est question. Au contraire, le Comité constate l'importance du travail qui a été fourni tant pour la présentation de la réclamation elle-même que pour la présentation des mémoires tout au long de la procédure."

En l'espèce, le Comité constatera l'importance du travail qui a été fourni pour la présentation de la présente réclamation. La spécificité de la procédure de réclamation ainsi que la technicité du sujet abordé a conduit la Confédération générale du travail force ouvrière à procéder à de nombreuses recherches et à une longue rédaction.

Dans ces conditions, la Confédération générale du travail force ouvrière, s'estime fondée à demander le remboursement des frais engagés à hauteur de 3.000 euros.

5. CONCLUSIONS

Les décisions du Comité européen des droits sociaux doivent amener les gouvernements à modifier leur législation et leur pratique dès lors qu'elles sont jugées non-conformes à la Charte sociale européenne.

Par ces motifs et réserve faite de ceux qui pourront faire l'objet de mémoires complémentaires, il est demandé au Comité européen des droits sociaux de :

DIRE QUE :

Méconnaissent l'article 6§2 de la Charte sociale européenne :

- l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale tel qu'il a été modifié par loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014 ;
- et 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 prévue par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale.

D'ENJOINDRE :

A la France :

- d'amender sa législation en ce qu'elle permette aux partenaires sociaux d'affecter la couverture des risques sociaux à l'organisme exclusif de leur choix ;
- de supprimer la notion de conflit d'intérêts telle que prévue dans 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 prévue par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale ;
- de supprimer la procédure de mise en concurrence telle que prévue dans le décret du 8 janvier 2015 ;

afin de se conformer aux principes de l'article 6§2 de la Charte Sociale Européenne.

DE METTRE A LA CHARGE DE L'ETAT FRANÇAIS :

La somme de 3.000 euros qu'il versera à la Confédération Générale du Travail Force Ouvrière en compensation des frais engagés par la présente procédure.



Jean-Claude Mailly
Secrétaire général de la CGT-FO

PIECES A L'APPUI DES PRETENTIONS DE LA CONFEDERATION GENERALE DU TRAVAIL FORCE OUVRIERE

1. Statuts de la Confédération générale du travail Force ouvrière ;
2. Décision en date du 20 avril 2015 du bureau confédéral donnant pouvoir à Monsieur Jean-Claude Mailly, secrétaire général de la CGT-FO ;
3. Article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale tel qu'il a été modifié par loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014 ;
4. Décret n° 2015-13 du 8 janvier 2015 relatif à la procédure de mise en concurrence des organismes dans le cadre de la recommandation prévue par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale ;
5. Décret n° 2014-1498 du 11 décembre 2014 relatif aux garanties collectives présentant le degré élevé de solidarité mentionné à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale ;
6. Droit du travail - Précis - Dalloz, Jean Pélissier, Gilles Auzero, Emmanuel Dockès, 25eme édition, p. 1234 ;
7. G. Lyon-Caen, La prévoyance, Dalloz, 1994 ;
8. CJUE, Albany, 21 septembre 1999, n°C-67/96 ;
9. CJUE, Van der Woude, 21 septembre 2000, n°C-222/98 ;
10. CJUE, AG2R Prévoyance c/ Beaudout Père et fils SARL, 3 mars 2011, n°C-437/09 ;
11. Cour de cassation, chambre sociale, 10 mars 1994, n°91-11.516 ;
12. Cour d'appel Agen, 8 mars 2011, n° 09/01757 ;
13. Cour d'appel Lyon, 17 mars 2011, n° 10/02311 ;
14. Cour de cassation, chambre sociale, 21 novembre 2012, n°10-21.254, n° 10-21.255, n° 10-21.256, n° 10-21.257 ;
15. Cour de cassation, chambre sociale, 27 novembre 2012, n°11-18.554 ;
16. Cour de cassation, chambre sociale, 5 décembre 2012, n°11-24.233 ;
17. Conseil d'Etat, 7 juillet 2000, n°198564 ;
18. Conseil de la concurrence, 21 janvier 1992, n°92-A-01 ;
19. Observations du Gouvernement sur les recours contre la loi relative à la sécurisation de l'emploi, 16 juin 2013 ;
20. Conseil constitutionnel, 13 juin 2013, n°2013-672 ;
21. Comité européen des droits sociaux, conclusions XVIII-2 - Lettonie ;

22. Comité européen des droits sociaux, conclusions XVI-2 - Hongrie ;
23. Comité européen des droits sociaux, conclusions XIX-3 - Lettonie ;
24. Bilan DGT - La négociation interprofessionnelle et de branche : données générales en 2013, p. 566 ;
25. Centre technique des institutions de prévoyance - juillet 2014 ;
26. Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandation - Conférence internationale du Travail, 81eme session, 1994 ;
27. Rapport annuel 2013 - Centre Technique des Institutions de Prévoyance ;
28. Rapport d'activité de la Commission des Accords de Retraite et de Prévoyance prévue par l'article L. 911-3 du Code de la Sécurité sociale - année 2013 ;
29. Résumé exécutif de l'Organisation internationale du travail, "Le rôle de la négociation collective dans l'économie mondiale : négocier pour la justice sociale", 2011 ;





Décision du Bureau Confédéral du 20 avril 2015

En application de l'article 8 des statuts confédéraux, le bureau mandate son secrétaire général, Jean-Claude MAILLY, aux fins de déposer au nom de la cgt FORCE OUVRIERE une réclamation fondée sur les dispositions de la charte sociale européenne auprès du Comité Européen des droits sociaux.

Voté à l'unanimité.

Fait pour valoir ce que de droit.

Paris le 20 avril 2015


Jean-Claude MAILLY
Secrétaire général

