

Deux enseignements à propos de la généralisation de la couverture complémentaire santé

par Jean-Pierre CHAUCHARD, Professeur émérite de l'Université de Nantes

PLAN

- I. Un progrès en trompe-l'œil
 - A. Une généralisation relative
 - B. Une couverture minimale inférieure à la CMU-C
- II. L'avènement du marché de la santé
 - A. La décision du Conseil constitutionnel : son sens
 - B. La décision du Conseil constitutionnel : sa portée

On peut écrire sur les raisons de la généralisation de la protection complémentaire maladie avec des chiffres et avec des lettres. Du côté des chiffres, 2,3 % des salariés (environ 400 000 personnes) ne sont pas couverts par une assurance offrant des remboursements complémentaires en matière de santé. Parmi les salariés bénéficiaires d'une semblable couverture, environ un quart ne sont pas protégés par une garantie de leur employeur. Aussi souscrivent-ils une complémentaire santé individuelle. Ils peuvent aussi accéder au remboursement de soins par le canal de la complémentaire de leur conjoint (1). Ces deux situations concernent environ 4 millions de personnes. Ainsi, environ deux cinquièmes des détenteurs d'une assurance complémentaire en bénéficient grâce à une assurance collective d'entreprise. Pour les autres, l'accès à la complémentaire est facultatif et passe par le paiement d'une prime, souvent indépendante du revenu et croissant avec l'âge (2). À défaut de couverture, individuelle ou collective, il peut y avoir renoncement aux soins.

Du côté des lettres, le thème de la généralisation paraît relever d'une politique législative bien comprise : le développement de la prévoyance (3) ne risque-t-il pas de s'effectuer au détriment de la Sécurité sociale ? Ou, si l'on préfère, son développement ne s'explique-t-il pas par les carences de la Sécurité sociale ? Si l'interrogation n'est pas nouvelle, la réponse qui lui est apportée renouvelle les termes du débat.

Il est une autre question sensible : comme on peut penser que seules les entreprises prospères sont disposées à offrir à leurs salariés des avantages complémentaires, une protection plus complète n'ira-t-elle pas à ceux qui sont déjà favorisés, cependant que les autres (les travailleurs précaires, les travailleurs « dissimulés ») seront ignorés ? Et ne risque-t-elle pas de bénéficier aux seuls cadres, à ceux que la direction veut attirer et conserver à son service ? La question de l'égalité de traitement est ici sous-jacente (4).

(1) C'est le cas de 10,6% des salariés du secteur privé. La couverture peut également provenir du conjoint fonctionnaire (3,7%).

(2) La consultation des travaux de la Drees ou de l'Irdes est indispensable à qui veut comprendre les enjeux économiques, sociaux et financiers de la prévoyance en France (par exemple : Drees, Études et résultats, « Les contrats les plus souscrits auprès des complémentaires santé en 2010 », n° 837, avril 2013 ; Irdes, Questions d'économie de la santé, « Panorama de la santé complémentaire collective en France en 2009 et opinions des salariés sur le dispositif », n° 181, novembre 2012 ; « La protection sociale complémentaire en France », avril 2013, www.irdes.fr). De nombreux éléments d'information figurent également dans l'étude d'impact accompagnant le projet de loi sur la sécurisation de l'emploi et présenté par le gouvernement.

(3) La prévoyance sociale donne incontestablement matière à la négociation collective. V. les premiers rapports d'activité de la Commission des accords de retraite et de prévoyance (Comarep), publiés en 2012 et 2013 et portant sur les années 2011 et 2012 (art. L.911.3, CSS), dans lesquels la négociation des accords de prévoyance et de retraite complémentaires y est présentée comme étant « dynamique ». Auparavant, les données correspondantes figuraient dans le bilan annuel de la Commission nationale de la négociation collective. La Comarep joue un rôle majeur dans les différents procédés d'extension des accords de prévoyance ou de retraite et peut apporter des précisions pouvant aller dans le sens d'un renforcement des droits des salariés en matière de prévoyance (v. sa dernière séance du 29 avril 2013).

(4) Quant à la mobilité de l'emploi, elle est manifestement freinée si quitter une entreprise revient à perdre les avantages sociaux stipulés au bénéfice de son personnel. Un remède : la portabilité. Il s'agit d'une question pleine et entière qui mérite une étude particulière.

Enfin, le développement de la prévoyance, auquel consent le législateur, mais qui est d'abord voulu par les interlocuteurs sociaux, n'entraîne-t-il pas un accroissement des charges sociales que les pouvoirs publics n'ont pas les moyens de maîtriser (5) ? Que devient alors l'expansion continue des soins de santé (6) ?

Ces questions d'autant plus importantes que la loi du 13 août 2004 (n° 2004-810) a marqué une rupture importante dans les politiques menées en matière de santé, en substituant à la logique de maîtrise de l'offre une autre approche, fondée sur la maîtrise de la demande, caractérisée par une augmentation du reste à charge pour les patients.

C'est alors le rôle de l'assurance maladie complémentaire qui a été transformé. D'abord réduite à compenser le désengagement progressif de l'assurance maladie obligatoire, elle s'est vue associer plus étroitement à la maîtrise des dépenses de santé, la loi voulant la dissuader de rembourser certaines dépenses ou lui imposant des obligations minimales en échange d'avantages fiscaux dont les « contrats responsables » sont une illustration. Elle est ainsi appelée à conforter les réformes entreprises par le législateur, en n'assurant plus le remboursement d'un reste à charge en constante augmentation (7).

Dans le tintamarre qui a accompagné la généralisation de la couverture complémentaire santé, voulue conjointement par les interlocuteurs sociaux et le législateur, on peut tout de même retenir deux idées forces qui dressent le décor de ce théâtre qu'est la protection sociale complémentaire. D'un côté de la scène, la généralisation de la couverture maladie voulue par la loi du 14 juin 2013 (n° 2013-504) sur la sécurisation de l'emploi, mais aussi, à sa façon, par l'ANI du 11 janvier 2013 ayant le même objet, illustre à merveille un fait depuis longtemps connu : il existe bien un marché de la prévoyance (8) au sein duquel les mutuelles, les sociétés d'assurances et les institutions de prévoyance rivalisent sur le terrain de la maladie, de l'invalidité, du décès et autres risques, où existe une concurrence exacerbée, où les produits offerts brouillent l'opposition entre prévoyance commerciale et prévoyance sociale. De l'autre côté, la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 13 juin 2013 (9) apporte, au prix d'un paradoxe, une contribution décisive à l'édification d'un droit de la protection sociale complémentaire jusque-là disparate mais en gestation, et dont la prévoyance est désormais un élément des plus visibles (10). Ce faisant, la protection sociale complémentaire s'éloigne un peu plus du continent Sécurité sociale, tout en maintenant nombre de passerelles.

I. Un progrès en trompe-l'œil

A. Une généralisation relative

On peut ici distinguer les personnes et les prestations. Du côté des personnes, il s'agit de généralisation et non d'universalisation. Car s'il y a bien couverture maladie, celle-ci est généralisée au seul ensemble des salariés. Il s'agit, en effet, d'une

généralisation par voie professionnelle : tant les entreprises que les salariés, du moins certains d'entre eux, sont concernés. S'agissant des entreprises, 44% d'entre elles en 2009 avaient assuré leurs salariés au moyen d'une assurance collective. C'est donc plus de la moitié des entreprises qui sont concernées par

(5) Qualifié de « progrès social majeur » par le rapporteur de la loi au Sénat, la généralisation a un coût tant pour la Sécurité sociale (absence d'assujettissement de la contribution patronale aux cotisations de Sécurité sociale [mais dans la limite d'un plafond]) que pour l'État (manque à gagner en matière d'impôt sur le revenu et d'impôt sur les sociétés). Quant aux employeurs, ils devraient connaître un accroissement de leurs cotisations (2 à 3 milliards, selon l'étude d'impact du gouvernement).

(6) Drees, Études et résultats, « Les comptes nationaux de la santé en 2010 », n° 773, septembre 2011.

(7) A.-S. Ginon, « Le médecin traitant révélateur des nouvelles fonctions de la protection sociale complémentaire », RDSS 2005, 307.

(8) En ce sens, J. Barthélemy, « Protection sociale complémentaire : de la conception institutionnelle à la conception assurantielle », JCP S 2006, 1810, qui souligne l'apparition d'un véritable marché de l'assurance collective de personnes. Pour prolonger, J.-F. Lequoy, « L'avenir des assurances de personnes », Les Tribunes de la santé, 2011/2, n° 31, 39.

(9) N° 2013-672 DC.

(10) On considérera, une fois pour toutes, que prévoyance collective et protection complémentaire sont synonymes (la prévoyance comme opération de couverture), alors que la prévoyance individuelle comporte une part d'épargne.

la généralisation (11), avec les inévitables disparités qui caractérisent grandes et petites entreprises (12). Ainsi, 33 % des entreprises de moins de 10 salariés proposaient une complémentaire santé, contre plus de 93 % des plus de 250 salariés. Quant aux entreprises de l'industrie ou qui emploient un plus grand nombre de cadres, elles sont plus nombreuses à proposer une assurance complémentaire.

Quant aux salariés, 98 % disposent d'une couverture complémentaire, mais seuls 60 % d'entre eux en bénéficient par l'intermédiaire de leur entreprise, les autres étant assurés individuellement ou par le canal de leur conjoint, voire comme bénéficiaires de la CMU-C. De façon plus précise, ce sont les salariés les plus favorisés sur le plan du salaire qui sont grands bénéficiaires : 90 % des salariés ayant un salaire mensuel net compris entre 1 942 et 2 763 euros disposent d'une telle couverture, opposés à 71 % de ceux qui perçoivent un salaire compris entre 1 065 et 1 468 euros. De la même manière, les salariés à temps partiel apparaissent moins favorisés (70 % de bénéficiaires, contre 80 % des salariés à temps complet), de même que les employés en CDD (44 %, contre 78 % s'agissant des salariés en CDI). L'amélioration paraît ainsi nette quand il s'agit d'apprécier la couverture de la population salariée. Mais cette extension de la couverture complémentaire santé laisse certaines populations salariées, ou anciennement salariées, à l'écart.

Plus précisément, plusieurs types de situations sont à distinguer : celles des salariés les moins insérés dans l'emploi, tels les titulaires de CDD, les travailleurs à temps très partiel (13), qui parfois sont pluriactifs et pour lesquels l'idée de mutualisation sera sans doute difficile à mettre en œuvre, y compris par voie de négociation collective ; celle des chômeurs écartés de la portabilité née de la couverture conventionnelle, faiblement indemnisés ou ayant épuisé leurs droits

à l'assurance chômage ; celle des retraités les plus modestes, qui ne sont pas toujours couverts par le maintien des garanties du contrat collectif lors de leur départ en retraite (14).

En définitive, le bénéfice de la couverture complémentaire santé après mise en œuvre de l'ANI du 11 janvier 2013 apparaît nettement tributaire de la situation juridique des personnes : d'une part, les salariés du secteur privé, qui bénéficieront d'une couverture collective via leurs entreprises (15) et qui acquitteront, au plus, la moitié de la cotisation correspondante à l'assurance complémentaire. Au sein de cette population, il faudra toujours distinguer entre salariés des grandes entreprises, mieux couverts, et salariés des petites entreprises, moins bien protégés, de même qu'il faudra toujours distinguer les salariés à temps plein et titulaires d'un CDI et les salariés précaires (CDD, temps partiel) ; d'autre part, les salariés du secteur public et les retraités relèveront, dans leur très grande majorité, de l'assurance individuelle, leurs cotisations n'étant pas prises en charge. Quant aux chômeurs de longue durée ou dépourvus d'indemnisation, ils relèvent de l'assistance (CMU-C), de même que les personnes pauvres. La protection de la santé, ce « *principe particulièrement nécessaire à notre temps* », n'apparaît pas ici pleinement satisfaite (16).

B. Une couverture minimale inférieure à la CMU-C

La loi du 14 juin 2013 prévoit que la généralisation de la couverture complémentaire santé collective doit être effective au 1^{er} janvier 2016. À cette date, l'ensemble des salariés devront être couverts et, dans certains cas, bénéficier d'un socle minimal de garanties. Cette couverture minimale n'intervient qu'à la suite de l'échec des négociations de branche ou d'entreprise (17), toutes les entreprises non couvertes par accord devant souscrire un panier de soins par

(11) Certains secteurs économiques, tels l'économie sociale, l'agriculture ou les professions libérales, non compris dans le champ de l'ANI, entrent en revanche dans celui de la loi du 14 juin et sont ainsi tenus par la généralisation de la complémentaire santé et l'amélioration de la portabilité des droits.

(12) V. les protestations des PME, en dernier lieu le BTP (Actualité Liaisons Sociales du 24 juillet 2013).

(13) Par exemple les assistants maternels, cités lors des travaux parlementaires.

(14) Le Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie (Hcaam) préconise à leur rencontre une amélioration de l'accès aux dispositifs de couverture individuelle de la CMU-C et de l'aide à l'achat d'une complémentaire santé [ACS] (avis du 18 juillet 2013, « La généralisation de la couverture en complémentaire santé »).

(15) Certains experts, pour l'approuver ou le regretter, présagent le transfert des contrats individuels déjà souscrits aux contrats collectifs.

(16) V. les regrets exprimés par J.F. Chadelat, Président d'honneur du Fonds CMU, Références, éditorial (La lettre du fonds de financement de la CMU), avril 2013, à propos des personnes non couvertes.

(17) Calendrier de la généralisation en trois temps : les branches professionnelles doivent engager des négociations avant le 1^{er} juin 2013. En cas de signature d'un accord de branche entre le 1^{er} juin 2013 et le 30 juin 2014, les entreprises auront 18 mois pour se mettre en conformité avec les accords de branche. En tout état de cause, les accords de branche devront entrer en vigueur dans les entreprises avant le 1^{er} janvier 2016. À défaut d'accord signé avant le 1^{er} juillet 2014, les entreprises non couvertes ou couvertes par des garanties inférieures au panier de soins minimum devront engager des négociations et, en cas d'échec, devront mettre en place, à compter du 1^{er} janvier 2016, une couverture minimale.

décision unilatérale de l'employeur. Il s'agit donc d'une couverture minimale intervenant à titre subsidiaire, autrement dit faute de mieux.

Son contenu est sans doute conjointement défini par la loi et par l'ANI, ce qui souligne l'intérêt qui lui a été accordé, mais demeure encore imprécis. Il est fixé par la loi relative à la sécurisation de l'emploi (art. L. 911-7, II, CSS) et devrait comprendre la prise en charge totale ou partielle des dépenses suivantes : le ticket modérateur ordinairement supporté par l'assuré, le forfait journalier hospitalier (18), les frais exposés, en sus des tarifs de responsabilité, pour les soins dentaires prothétiques ou d'orthopédie dento-faciale, ainsi que pour certains dispositifs médicaux à usage individuels admis au remboursement

Un décret devrait fixer, pour sa part, le niveau de cette couverture (prise en charge totale ou partielle), ainsi que la liste des dispositifs médicaux pris en charge (19). Il devrait s'inspirer des clauses de l'ANI du 11 janvier 2013, qui ont défini le contenu du panier de soins :

- 100% de la base des remboursements des consultations, actes techniques et pharmacie en ville et d'hôpital ;

- Le forfait journalier hospitalier (18€ aujourd'hui)
- 125% de la base de remboursement des prothèses dentaires (20)
- Un forfait optique de 100€/an.

Le financement de ces garanties minimales sera partagé par moitié entre employeurs et salariés, rien n'interdisant à l'employeur de financer au-delà de cette moitié. Le panier de soins minimal prévu en cas d'absence d'accord de branche ou d'entreprise apparaît, aujourd'hui, comme étant moins favorable que la CMU-C (21).

Mais d'un mal peut sortir un bien. L'âge d'or de la Sécurité sociale est derrière elle. Ses difficultés financières obèrent son développement. La montée en puissance de la prévoyance en général, de la prévoyance sociale en particulier (entreprise ou branche), paraît devoir s'imposer parce que nécessaire, en raison des insuffisances de la Sécurité sociale et des besoins sociaux toujours réaffirmés. Il serait souhaitable qu'à l'occasion de l'avènement du marché de la prévoyance corresponde l'avènement d'un droit unifié de la prévoyance.

II. L'avènement du marché de la santé

Peut-on, dans une convention collective générale ou de prévoyance, voire dans un accord collectif, désigner l'institution qui sera chargée de gérer les garanties ? N'est-ce pas accorder à l'institution ainsi désignée une situation de monopole ? Chaque chef d'entreprise ne doit-il pas être laissé libre, après négociation avec les syndicats représentatifs et consultation des CE, de choisir ? En définitive, ne devrait-il pas y avoir un appel d'offres, le contrat étant conclu avec le mieux-disant (21 bis) ? C'est à partir de cette série

de questions, qui sont loin d'être nouvelles, que le Conseil constitutionnel a, par sa décision du 13 juin 2013 (22), fait table rase des solutions tant légales que contentieuses jusque-là applicables et, dans le même temps, rénové les fondations du droit de la prévoyance.

A. La décision du Conseil constitutionnel : son sens

Depuis la loi du 31 décembre 1989 qui a brisé le monopole des mutuelles (23), trois types

(18) L. 174-4, CSS.

(19) Il fixera également les catégories de salariés pouvant être exonérés, à leur demande, de l'obligation d'affiliation, « eu égard à la nature ou aux caractéristiques de leur contrat de travail ou au fait qu'ils disposent par ailleurs d'une couverture complémentaire ».

(20) Les remboursements des complémentaires santé sont variables selon les formules qu'elles proposent. Ils peuvent aller de 100% des tarifs de l'assurance maladie obligatoire (contrats de base) jusqu'à 200%, voire 300% de ces tarifs, jusqu'aux frais réellement déboursés pour certaines complémentaires.

(21) Selon le Medef, le niveau de ce panier de soins devrait se situer entre le ticket modérateur et la CMU-C. Les titulaires de la CMU-C jouissent, pendant une année renouvelable

et sous conditions de ressources et de résidence, d'une prise en charge à titre gratuit du ticket modérateur, du forfait hospitalier, des frais exposés, au-delà des tarifs de responsabilité, pour les actes dentaires prothétiques, l'orthopédie dento-faciale, les dispositifs médicaux à usage individuel (lunettes, audioprothèses...), le tout sans dépassements d'honoraires autorisés.

(21 bis) Dans le domaine social, celui-ci ne saurait être confondu avec l'opérateur qui pratique les tarifs les plus bas.

(22) Dr. Ouv. 2013 p. 613 n. P-Y Gahdoun.

(23) L'intervention des institutions de retraite et de prévoyance complémentaire (« institutions L. 4 ») était envisagée dès la création de la Sécurité sociale en 1945, (art. 18 de l'ordonnance du 4 octobre 1945, JORF du 6 octobre 1945).

d'organismes interviennent de manière inégale sur le marché des complémentaires santé. Aux mutuelles et aux institutions de prévoyance, il faut ajouter les sociétés d'assurance. Les mutuelles, qui ont connu, il y a peu, un fort mouvement de concentration (24), assument la gestion de 55% des cotisations (16,4 milliards d'euros), alors que les sociétés d'assurance (environ une centaine) gèrent 26% des cotisations. Enfin, les institutions de prévoyance (au nombre de 36) gèrent le reliquat, soit 18% du marché. Depuis le milieu des années 2000, leur place n'a cessé de se renforcer (25). De manière plus précise, l'assurance individuelle, qui est fortement concurrentielle (recherche des meilleures prestations au moindre coût), échappe largement aux institutions de prévoyance (26), alors que celles-ci ont en charge 41% des complémentaires collectives (27). La raison est qu'elles bénéficient des clauses de désignation figurant dans les accords professionnels ou interprofessionnels, puisque, sur 51 branches ayant eu recours au procédé de la désignation, 43 se sont adressées à une institution de prévoyance.

En organisant la mise en œuvre progressive de la généralisation de la couverture « remboursement de frais de santé », les signataires de l'ANI avaient arrêté le principe de libre choix de l'organisme assureur, tout en admettant le recours possible à une clause de recommandation, dépourvue de force contraignante (28). Mais alors que les pouvoirs publics avaient fait part de leur intention de transposer mot à mot l'accord ainsi conclu, la référence au libre choix ne figurait plus dans le projet de loi voté en première lecture à l'Assemblée nationale. Au contraire, il était mentionné que la négociation de branche devait porter sur « *les modalités de choix de l'organisme assureur* ». La lettre du projet de loi s'opposait à la

lettre de l'accord. En dépit de la résistance du Sénat, les deux assemblées avaient finalement validé le texte gouvernemental.

Jusqu'à la loi du 14 juin 2013, la loi française admettait, depuis 1994, la légalité des clauses de désignation (29), instaurées par voie d'accords ou de conventions collectives (30), en cas de mutualisation des risques garantis par l'un des trois types d'assureurs habilités par le législateur. En outre, l'article L. 912-1 CSS imposait une clause de réexamen de cette mutualisation, dont la périodicité ne pouvait excéder 5 ans (al. 1^{er}) et envisageait la situation d'une entreprise disposant déjà d'une couverture auprès d'un organisme distinct de l'organisme désigné par la branche ou l'interprofession (al. 2) (31). Le projet de loi souhaitait compléter ces dispositions en instaurant une procédure d'appel d'offres par mise en concurrence préalable des trois organismes assureurs (ajout d'un troisième alinéa). Pour sa part, la CJUE a réitéré sa prise de position à l'encontre des clauses de désignation : elle a jugé conforme au droit communautaire la clause de désignation, assortie d'une clause de migration obligatoire, contenue dans la convention nationale de la branche des entreprises artisanales de la boulangerie-pâtisserie, l'existence de cette clause de migration ne remettant pas en cause l'exclusion de l'accord collectif du champ de l'article 101 TFUE (entente prohibée) et 102 TFUE (abus de position dominante) (32).

Confrontés au risque d'une perte importante de marché, organismes assureurs et intermédiaires d'assurances (courtiers, agents d'assurances) ont alors saisi (33) l'Autorité de la concurrence pendant la discussion législative. Dans une réponse fortement motivée, celle-ci estima que les clauses de désignation, à plus forte raison quand elles s'accompagnent de

(24) Leur nombre est passé de 1270 (2005) à 874 (2009) sous l'influence du droit communautaire.

(25) D. Tabuteau, « La métamorphose silencieuse des assurances maladie », *Dr.soc.* 2010, 85.

(26) 70% des garanties individuelles sont souscrites auprès des mutuelles et 26% auprès des assureurs commerciaux.

(27) 38% aux mutuelles et 20% aux assureurs.

(28) Selon l'ANI, l'accord signé en cas de succès des négociations pourra recommander aux entreprises de la branche de s'adresser à un ou plusieurs organismes assureurs, après mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence par voie de groupe paritaire.

(29) La *clause de désignation*, ancienne et née de la pratique conventionnelle, oblige les entreprises comprises dans le champ de la convention de branche qui en est la source à s'adresser à l'organisme (ou aux organismes) désigné(s) par les signataires afin d'assurer leurs salariés. La raison en est que les interlocuteurs en présence, qui souhaitent réaliser une mutualisation du risque la plus complète possible au sein de la branche, négocient une définition précise des prestations, ainsi que du montant des cotisations, le plus

souvent partagées quant il s'agit de garanties collectives de prévoyance. Outre qu'il existe des possibilités de dispense pour les entreprises déjà assurées, la clause de désignation s'accompagne parfois d'une *clause de migration* contraignant l'ensemble des entreprises de la branche sans possibilité de dispense.

(30) Article L. 912-1, CSS (accords professionnels ou interprofessionnels) et L. 912-2 (accords d'entreprise).

(31) Identité de risques, couverture de niveau équivalent.

(32) CJUE 3 mars 2011, aff. C-437/09, *AG2R prévoyance*, qui reprend les motifs de l'arrêt *Albany International* du 21 septembre 1999 (CJCE, aff. C-67/96), rendue à propos d'un fonds de pension ; v. aussi CJUE 21 septembre 2000, aff. 222/98, *Van der Woude*, à propos d'une complémentaire santé. La jurisprudence de la Cour de cassation française est également en ce sens : Cass. Soc. 21 novembre 2012, n° 10-21.254 à 10-21.257 ; 27 novembre 2012, n° 11-19.781 ; 27 novembre 2012, n° 11.556 à 11-18.560 ; 5 décembre 2012, n° 11-18.716.

(33) A l'exemple de l'Association pour la promotion de l'assurance collective (APAC).

clauses de migration, sont à même de restreindre fortement le libre jeu de la concurrence (34).

C'est ainsi que l'article 1^{er} du projet de loi (le 3^{ème} alinéa) (35), auquel le juge constitutionnel ajouta l'article L. 912-1, CSS dans ses deux alinéas, a été censuré par décision du 13 juin 2013. Le Conseil constitutionnel releva que la pratique des désignations constituait une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, que l'objectif de mutualisation des risques ne pouvait suffire à légitimer (36).

Ainsi, alors que la CJUE, souvent critiquée, parfois de façon excessive, en raison du libéralisme de sa jurisprudence qui fait prévaloir dans certaines situations les libertés économiques sur les droits sociaux collectifs, a accepté les clauses de désignation et de migration qui, pourtant, instaurent un monopole au profit des institutions désignées, dont la Cour admet toutefois qu'il cède lorsque la couverture complémentaire répond à un « *haut degré de solidarité* », le Conseil constitutionnel français censure le projet de consécration législative des clauses de désignation au nom de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle de l'employeur (37), elles-mêmes nées de la « liberté chérie » des révolutionnaires de 1789 (38). Aujourd'hui, c'est le droit commercial, modernisé en droit des affaires, qui prend le pas sur le droit social !

Or, la raison d'être de la légalisation passée des

clauses de désignation était de reposer sur un objectif de solidarité. En effet, dans l'arrêt AG2R du 3 mars 2011 (38 bis), la CJUE écarte le grief d'entente prohibée et d'abus de position dominante formulé à l'encontre de l'accord du secteur de la boulangerie. Celui-ci mettait en place des garanties de prévoyance contribuant à l'amélioration des conditions de travail, tout en garantissant les moyens nécessaires pour faire face aux frais de santé et en réduisant des dépenses qui, sans accord collectif, auraient été supportés par les salariés. Surtout, il n'y a pas abus de position dominante, car les garanties dont AG2R avait la gestion ont une finalité sociale devant être complétée par la mise en œuvre d'une solidarité et un contrôle de l'État. Cet objectif de solidarité (39), qui fondait la licéité des clauses de désignation jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013, ne se confond pas avec la mutualisation des risques. Elle va plus loin.

Quand il s'agit de Sécurité sociale, la solidarité est comprise comme une obligation et non comme une faculté. Seule la Sécurité sociale en droit interne (assurance maladie obligatoire) en fait une obligation, mais aussi l'un de ses fondements, la protection de la santé étant, en l'occurrence, un objectif constitutionnel dont on ne soulignera jamais assez qu'il est aussi un « *principe particulièrement nécessaire à notre temps* » (40). En droit communautaire, elle est seulement une justification à la licéité des clauses de désignation et à la mise à l'écart des reproches d'abus

(34) Avis n° 13-A-11 du 29 mars 2013. Vingt années plus tôt, Le Conseil de la concurrence (autrement composé ?), dans un avis du 21 janvier 1992 (n° 92-A-01, Dr. soc. 1992, 407, obs. J.-J. Dupeyroux), reconnaissait que « la désignation d'un organisme de prévoyance qui est l'expression d'un choix exercée par les partenaires sociaux n'est pas en tant que telle (souligné par nous) contraire au droit de la concurrence (...) ; l'extension des clauses de désignation est un élément d'égalisation des conditions d'exploitation des entreprises se trouvant dans le champ d'application de la convention, en même temps qu'elle est un facteur de progrès économique et social ». La Cour de cassation et le Conseil d'État penchaient également en faveur de la légalité des clauses de désignation et de leur extension (Cass. Soc. 10 mars 1994, n° 91-11.516 ; CE 7 juillet 2000, FFSA, n°198564).

(35) Qui renvoie implicitement, mais nécessairement, à l'al. 11 du Préambule (Protection de la santé, principe de valeur constitutionnelle depuis 1975).

(36) « 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 chargée d'assurer cette protection ». Le législateur ne saurait porter aux libertés contractuelle et d'entreprendre « 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 » (cons. 11). En revanche, si la désignation entraîne, sans guère de doute, une limitation de concurrence entre organismes de protection

complémentaires, la libre concurrence n'a jamais été reconnue comme ayant une valeur constitutionnelle. Il n'y avait donc pas de base pour une critique constitutionnelle.

(37) Selon B. Spitz, Président de la Fédération française des sociétés d'assurance, « la décision du Conseil constitutionnel fera date [...]. Économiquement, parce qu'elle garantit la liberté des entreprises de choisir leur complémentaire » (Les Échos, 17 juin 2013).

(38) Art. 4 Déclaration de 1789 (« ...pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »). Ce qui conduit, tout naturellement, certains commentateurs à en appeler désormais au droit de propriété afin de vérifier la régularité des dispositifs fiscaux et sociaux qui touchent aux financements des garanties et aux prestations de prévoyance (B. Sérizay, « La protection sociale complémentaire après la décision du Conseil constitutionnel », Sem. Soc. Lamy, 2013, 1592 ; dans la même filiation d'idées, Ph. Coursier, « Quelle généralisation pour quelle complémentaire santé » ?, JCP S 2013, 1268).

(38 bis) prec. note 32.

(39) En l'espèce, la Cour relève que les garanties sont financées par des cotisations forfaitaires (indépendantes du risque réellement couru), quelles ne prennent pas en considération des critères propres à la personne du salarié (âge, état de santé, etc.), que la nature et le service des prestations ainsi que l'étendue de la couverture sont détachées du montant des cotisations et de leur versement. Elles présentent, en conséquence, un « degré élevé de solidarité ».

(40) V. l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946.

de position dominante. À tout le moins, elle explique que les moins vulnérables paient pour les plus vulnérables ou, selon la formule aujourd'hui classique, que les bien portants contribuent à la protection des malades. Aussi la solidarité est-elle consubstantielle à la notion de régime de Sécurité sociale (41) et prend alors la forme d'une « solidarité horizontale » entre assurés (42). Elle doit être distinguée de la « solidarité verticale » entre assurés qui disposent de revenus élevés et assurés disposant de revenus faibles (43).

En matière de prévoyance, d'un point de vue conceptuel, la mutualisation concerne d'abord le risque lui-même, c'est-à-dire son coût, dont les négociateurs souhaitent répartir la charge sur le plus grand nombre d'assujettis possible (44). La mutualisation peut être organisée de différentes manières : tantôt en opérant une répartition des risques entre assureurs, ce qui implique de distinguer par risque les taux de cotisations ; tantôt, en cas d'intervention conjointe de plusieurs assureurs sur un ou plusieurs risques, en organisant une compensation financière pour opérer la mutualisation et en précisant le rôle de chacun, notamment en matière de collecte de cotisations, de versement des prestations et d'établissements des comptes consolidés du régime (45). D'où l'adhésion des entreprises et l'affiliation des salariés rendues obligatoires par l'accord collectif ; d'où le recours à la procédure d'extension, lorsqu'elle s'avère possible, et aux clauses de désignation.

Néanmoins, en matière de prévoyance sociale, une forme de solidarité, certes réduite, peut se manifester sous forme d'actions de prévention et d'action sociale (46), ainsi que droits non contributifs (versements des prestations, alors même que

l'entreprise n'est pas à jour dans le versement de ses cotisations (47)). D'un point de vue pratique, elle est organisée (plutôt rarement) par les partenaires sociaux eux-mêmes (48) et ses enjeux varient selon le type de prévoyance négocié (49). En outre, elle peut être partielle, et alors souvent liée à une clause de recommandation. Elle peut aussi être totale, et liée à une clause de désignation, parfois accompagnée d'une clause de migration (50).

Quoi qu'il en soit, il faut bien comprendre que seuls les interlocuteurs sociaux ont le choix libre, mais entier, de retenir (ou non) un objectif de solidarité. Car en prévoyance, elle est d'abord une faculté et peut devenir une obligation selon les choix retenus par les négociateurs eux-mêmes. Ceux-ci ont ainsi toute liberté pour imposer (ou non) une clause de désignation, pour organiser (ou non) des dispenses d'affiliation au profit de certaines entreprises de la branche dont la situation économique le justifierait, de contraindre (ou non) les entreprises déjà assurées de façon identique ou similaire à s'affilier à l'opérateur désigné. Telle est la conséquence de la faveur faite à la liberté contractuelle dans le domaine de la prévoyance sociale : toutes les entreprises comprises dans le champ des négociations de branche sont concernées, mais peu apparaissent susceptibles d'être engagées (51).

B. La décision du Conseil constitutionnel : sa portée

Ainsi, la prévoyance peut être envisagée en tant qu'activité économique, à partir du droit du marché. Elle est alors un produit ou un service (52), mis à la disposition d'utilisateurs par des opérateurs intervenant

(41) V. la démonstration apportée en son temps par J.-J. Dupeyrou, « Les exigences de la solidarité, observations sur la désignation... » Dr. soc. 1990, 741.

(42) Prestations en nature, universelles quant aux personnes, calculées en fonction des frais entraînés par la maladie et indépendantes du revenu de la personne malade. Elles peuvent s'accompagner d'un reste à charge (RAC) et ne sont pas donc pas « gratuites ».

(43) HCAAM, « Note sur les principes de solidarité de l'assurance maladie », 24 janvier 2013 ; Drees, Études et résultats, « La redistribution verticale opérée par l'assurance maladie », n° 815, octobre 2012.

(44) Pour un développement argumenté, v. l'avis de n° 13-A-11 du 29 mars 2013 de l'Autorité de la concurrence, préc.

(45) Comarep, La négociation collective en 2011, p. 486 et rapport 2012 p. 469.

(46) Seules les mutuelles et les institutions de prévoyance peuvent faire bénéficier leurs membres d'une action sociale s'incarnant dans des structures *ad hoc*. Dans le cadre d'un contrat collectif de prévoyance, une action sociale en faveur des salariés et anciens salariés de l'entreprise souscrivant un tel contrat est également possible.

(47) Selon le HCAAM, l'assurance maladie complémentaire assure une mutualisation partielle du risque en ce que, si les personnes en bonne santé paient pour les personnes malades, « ce mécanisme ne s'exerce qu'au sein d'une même classe de risque. Le système mutualise l'aléa dans la survenance de la maladie, mais n'assure pas de solidarité face à l'inégalité devant le risque de maladie » (préc. p. 8 et le développement).

(48) Dans l'ANI du 11 janvier 2013, elle est un objectif facultatif, non une obligation (« les accords de branche pourront définir [...] les contributions dédiées au financement de l'objectif de solidarité », art. 1^{er}, 1^o).

(49) Prévoyance lourde : invalidité, décès ou simplement frais de santé (Liaisons sociales mensuel, juin 2013, 67). « Prévoyance santé : La clause qui fait du bruit ».

(50) Sur tous ces aspects, v. l'avis précité n° 13-A-11 du 29 mars 2013 de l'Autorité de la concurrence.

(51) V. les chiffres cités in LSM, juin 2013, préc.

(52) En ce sens, Conseil de la concurrence, décision n° 91-D-04 du 29 janvier 1991.

sur un marché au sein duquel les institutions de prévoyance, les mutuelles et les sociétés d'assurances (les offreurs) proposent à leur clientèle, les entreprises et leur personnel (les demandeurs), des contrats d'assurance de groupe (53). Ce marché, bien que réglementé (54), est nourri par la libre concurrence et surplombé par la liberté des contrats civils. Néanmoins, on peut y déceler des traces de solidarité (55), côtoyant les principes de la mutualisation des risques. En accusant le caractère assurantiel de la prévoyance d'entreprise et de branche, la décision du Conseil constitutionnel met en avant l'obligation d'assurance et le provisionnement des engagements souscrits par l'entreprise. Il en résulte que le changement d'assureur est facilité et la libre prestation de services favorisée. L'influence du droit du marché est également à rechercher du côté du droit de l'Union européenne, précisément à travers la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Ainsi, l'essor inéluctable de la prévoyance justifie qu'une réflexion théorique soit conduite sur le droit qui est censé en ordonner la mise en œuvre.

Pendant longtemps, en effet, le droit de la prévoyance n'a pas eu la consistance des branches du droit français, c'est-à-dire d'un corps de règles de toute nature à l'intérieur duquel s'appliquent des principes généraux et des règles d'interprétation propres. La prévoyance elle-même n'a pas fourni la matière des conventions internationales et n'entraîne pas, jusqu'alors, dans le champ des principes constitutionnels. Situé aux confins du droit du travail (l'avantage de prévoyance naît par le truchement du contrat de travail), du droit de la Sécurité sociale (par le jeu du « précompte » salarial, mais aussi du « régime » auquel se sont substituées, en 1989, les garanties collectives), du droit des assurances (le « risque », accompagné du versement préalable de cotisations, l'assurance de groupe), ainsi que du droit du marché, le droit de la prévoyance a longtemps vécu d'emprunts (concepts et techniques juridiques, mécanismes économiques) (56). Il a fallu la loi du

31 décembre 1989, puis celle du 8 août 1994, pour jeter les bases d'un droit de la prévoyance, mais d'un droit non unifié, qui laisse le droit de la Sécurité sociale et le droit du travail, le droit des assurances et des mutuelles, sans omettre le droit du marché, jouer chacun leur partition. Le droit des obligations civiles a lui aussi été mis à contribution (57).

Il n'en est plus de même avec la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013, lequel s'est délibérément placé sur le terrain des obligations civiles et commerciales (58). La liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle viennent donner une armature à l'assurance collective. La première, qui n'a pas valeur constitutionnelle (59), permet aux organismes assureurs, dans l'exercice de leur activité, de fixer librement leurs tarifs. Quant à la liberté contractuelle, elle leur permet également de ne pas contracter si les conditions offertes par une entreprise ne la satisfont pas. Cette même liberté contractuelle permet également aux employeurs, aujourd'hui tenus d'ouvrir annuellement des négociations en matière de prévoyance d'entreprise (60), de ne pas être engagés si les négociations n'aboutissent pas, dans la branche comme dans l'entreprise. L'issue réside alors dans le panier de soins garantis, dont la mise en place repose sur la seule volonté unilatérale de l'employeur. Il n'est pas jusqu'à la notion même de prévoyance, comprise ici comme mode de protection, qui demeure encore confuse, bien qu'elle ait une histoire, car elle a précédé la Sécurité sociale.

Son vocabulaire est indéfini. S'il est aisé de distinguer prévoyance individuelle et collective, prévoyance obligatoire et prévoyance facultative, il n'en est pas de même avec la prévoyance sociale et la prévoyance commerciale, voire la prévoyance civile (individuelle), qui vont vraisemblablement s'entremêler.

Comme concept, il y a de l'épargne dans la prévoyance, comme il y a de l'épargne dans la retraite. Le droit fiscal (exonérations de charges) devrait pouvoir, ici aussi, permettre de mieux les distinguer à terme.

(53) L'assurance de groupe inclut, en général, les accidents corporels et les dépenses de la maladie. Elle n'est donc qu'une variété d'assurance de personnes, mais peut s'accompagner de divers éléments propres à l'assurance de dommage (remboursements de frais médicaux et pharmaceutiques).

(54) Depuis les lois n° 89-1014 et 89-1009 du 31 décembre 1989 et n° 94-678 du 8 août 1994.

(55) Ainsi des principes d'ordre public de la loi *Évin*, tels la prise en charge des risques déjà nés ou l'exclusion interdite d'une pathologie ou d'une affection prises en charge par le régime légal de Sécurité sociale, ou encore le maintien pour l'avenir des droits nés avant la résiliation du contrat d'assurance.

(56) G. Lyon-Caen, *La prévoyance*, Dalloz Connaissance du droit, 1994.

(57) La cotisation de prévoyance apparaît comme une dette civile ou commerciale par accessoire.

(58) Considérant n° 5. Le communiqué de presse accompagnant la décision du Conseil constitutionnel est encore plus explicite. Il y est dit que celui-ci « a relevé que l'encadrement législatif des complémentaires santé ne relève pas de la Sécurité sociale, mais des principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales » (p. 1).

(59) Le Medef revendique toutefois sa constitutionnalisation.

(60) Art. 2242-1, C. trav. (Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 relative à la CMU).

En revanche, le risque vieillesse est exclu par la loi elle-même du champ de la prévoyance. Si la solution s'explique en droit positif en ce qui concerne la retraite complémentaire obligatoire, elle peine à trouver sa justification quand il s'agit de retraite supplémentaire qui, à plus d'un égard, devrait figurer dans le champ de la prévoyance. La raison en est que, prise dans son sens commun, la prévoyance vise les assurances de personnes destinées à prémunir l'assuré (et sa famille) contre les risques de l'existence (61). Elle a pour objet de combler les carences de la Sécurité sociale (dépendance des personnes âgées) ou d'en améliorer les insuffisances. *La pratique* distingue alors les garanties « frais de santé » (62), fondées sur l'observation d'un risque fréquent, mais dont le coût est faible en valeur relative, de la « prévoyance lourde », qui englobe les garanties décès et invalidité, risques dont la fréquence est moins élevée, mais dont le coût unitaire est important et dont l'indemnisation au profit des ayants droit s'étale dans le temps. La prévoyance, concept équivoque dans sa dimension juridique, est à creuser. Elle offre ainsi aux chercheurs juristes l'occasion d'investir un champ de réflexion qui, aujourd'hui, est le seul apanage (sauf quelques rares exceptions) des praticiens du droit que sont les avocats (63).

Il peut paraître surprenant que, dès son premier article, une loi portant sur le marché du travail et la sécurisation de l'emploi, consécutive à un accord interprofessionnel du même nom, adopte, tout comme cet accord, les mesures nécessaires en faveur d'une généralisation de l'assurance complémentaire santé au bénéfice des salariés non encore couverts du secteur privé. Le besoin de protection de la santé est, certes, une impérieuse nécessité, à défaut d'être un

impératif national. La généralisation de la couverture santé, en outre, était, sans doute, une question propre à favoriser les premiers engagements dans des négociations au cours desquelles les organisations syndicales signataires ont obtenu la création de quelques droits nouveaux pour les salariés, en échange de concessions faites aux employeurs à propos du droit du travail (64).

Il n'en reste pas moins qu'insensiblement, l'on est passé, sinon d'une situation de monopole au profit des seules institutions paritaires et des mutuelles (1945), du moins d'un constat du fort recul d'influence des sociétés d'assurance dans le secteur de la prévoyance, à la disparition de ce monopole (1989) (65) pour en arriver à l'avènement du marché libre, bien que régulé, de la prévoyance (2013). L'assurance à but lucratif, mise à la porte par la Sécurité sociale en 1945, rentre par la fenêtre près de soixante-dix ans plus tard. Singulière évolution. Aujourd'hui plus encore qu'hier, c'est bien la fin d'une grande ambition (66).

Jean-Pierre Chauchard

(61) V. l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989 (« loi Évin » n° 89-1009), qui énumère les opérations et les risques visés par les garanties de prévoyance. Les « risques de l'existence » vont au-delà des « risques sociaux », même si ces deux qualificatifs ne figurent dans aucun texte.

(62) Accès aux soins médicaux en cas de maladie, de maternité et d'accident. On peut y ajouter le maintien d'un salaire aussi élevé que possible en cas d'arrêt de travail ou d'invalidité, d'aménager un complément financier en cas de dépendance, de garantir un capital (et des rentes) à la famille de l'assuré en cas de décès.

(63) V. toutefois les travaux précurseurs d'Yves Saint-Jours.

(64) P. Lokiec, « Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 : les excès du droit négocié », D. 2013, 579. En parallèle, il est aussi regretté la mise à l'écart dans les négociations de la Mutualité française, l'assurance maladie complémentaire ne se réduisant pas aux seuls intérêts des salariés et des interlocuteurs sociaux (v. B. Petit, « Généralisation des complémentaires-santé : une approche davantage « sociale » que « sociétale » ?, JCP 2013 S, 1309).

(65) Pendant la décennie 1980, les assureurs privés ont occupé une place croissante sur le marché de la prévoyance (assurances de groupe directement négociées dans les entreprises, institutions de prévoyance ramenées au rang d'intermédiaires entre entreprises et sociétés d'assurances).

(66) Intitulé d'un article de J.-J. Dupeyrou paru dans le Monde du 16 février 1990 (« Le nouveau régime de la prévoyance complémentaire : la fin d'une grande ambition »), à propos de l'entrée en vigueur de la loi Évin du 31 décembre 1989, dans lequel il déplore la disparition de la « démocratie sociale » (abandon de la « gestion par les intéressés eux-mêmes », introduction du procédé de la décision unilatérale de l'employeur, immixtion des assureurs commerciaux).