

Foliocollection

10^e colloque professionnel Ipse



en partenariat avec



Barthélémy
Avocats

Désignation d'un opérateur unique
pour gérer les garanties collectives
dans une branche :
libre prestation de services
ou exigence de solidarité ?

Vendredi 9 novembre 2012

L'Ipse remercie
le groupe Malakoff Médéric pour son soutien actif apporté
à l'organisation de ce 10^e Colloque professionnel Ipse.

Lieu de la conférence:



groupe Malakoff Médéric
21 rue Laffitte , 75009 Paris

Sommaire

Allocutions de bienvenue et enjeux du colloque

Guillaume Sarkozy _____ 5
Délégué général du groupe Malakoff-Médéric

Jean-Marie Spaeth _____ 6
*Administrateur de l'Ipse, président de l'Agence pour le développement
et de la coordination des relations internationales (Adecri)*

Qu'est-ce qu'un appel d'offre et un marché public ?

David Soldini _____ 7
Maître de conférences en droit public à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne

Présentation de l'étude:

Régimes professionnels de prévoyance et exigences de libre prestation de services

Jacques Barthélémy _____ 13
Avocat, Barthélémy et Associés

Le point de vue des opérateurs

Jean Castagné _____ 21
Représentant du groupe Ag2r La Mondiale

Michel Saint-Jeannet _____ 23
Représentant de la SMI, Directeur du développement

Le point de vue des décideurs

Bernard Lemée _____ 27
Représentant du Medef, Président de l'association sommitale de Malakoff Médéric

Bernard Devy _____ 31
Représentant de FO, Président de l'association sommitale de Klesia

Stéphane Huillet _____ 31
Représentant de la CGPME

Conclusions

Jean-Marc Leverrier _____ 36
Actuaire, JML Conseil

Allocution de bienvenue et enjeux du colloque

Guillaume Sarkozy

Délégué général
du groupe Malakoff-Médéric



Monsieur le président de l'Ipse,
Mesdames et Messieurs,

Tout d'abord, je voudrais souhaiter à toutes et à tous la bienvenue au sein du groupe Malakoff-Médéric, aujourd'hui hôte de ce colloque professionnel.

Le paritarisme et le mutualisme, concurrents en apparence, se retrouvent rassemblés à ce colloque pour débattre de sujets de la première importance.

Cette Rencontre intervient peu après le congrès de la Mutualité française où le Président de la République a donné sa conception de la protection sociale. Il était donc naturel que ses acteurs trouvent l'occasion d'échanger entre eux, notamment sur la question du contrat collectif, actuellement remis en cause par les pouvoirs publics.

A cette occasion, je salue l'Ipse pour avoir choisi ce moment, alors que le discours présidentiel a suscité beaucoup d'émoi dans le monde de la protection sociale.

Sans entrer dans le détail de la question qui nous préoccupe ce matin,

j'aimerais vous inviter à considérer quatre évolutions majeures qui ont jalonné l'existence de nos institutions ces dernières années comme autant d'enjeux concernant leur avenir.

En premier lieu, la compétitivité des entreprises, alors que les cotisations à destination des contrats collectifs tendent à doubler tous les huit à dix ans. Ensuite, les évolutions concernant la santé, la médecine, avec la réduction programmée du temps de consultation chez un généraliste comme l'illustration de nouvelles méthodes de soin dans un avenir proche. Troisièmement, la question du collectif par rapport à l'individuel; question de société pas toujours abordée dans nos instances. Enfin, la concurrence au sein du secteur assurance. Les « banques-assurance » détiennent actuellement des parts de marché considérables. La santé et la prévoyance sont les seuls marchés de l'assurance en développement, ce qui n'est pas une mauvaise nouvelle en soi. Cette concurrence génère une forte pression des intermédiaires, à travers l'existence du courtage, phénomène sur lequel j'aimerais inviter intervenants et participants de ce colloque à réfléchir sereinement.

Le contrat collectif couvre 40% des salariés, soit 12 millions de personnes. En y ajoutant les ayants-droits, ce chiffre s'établit à 25 mil-

“ Le contrat collectif couvre 40% des salariés, soit 12 millions de personnes. En y ajoutant les ayants-droits, ce chiffre s'établit à 25 millions de personnes. ”

“ L’avantage fiscal dont nous bénéficions ne peut être le seul argument avancé pour défendre nos différentes activités. Il faudra également que les acteurs de la protection sociale donnent du sens au contrat collectif. ”

lions de personnes. A rebours des idées reçues, notons que sur ces 12 millions d’actifs, un quart d’entre eux sont couverts par des accords de branche, quelque soit leur statut dans l’entreprise. Le contrat collectif remplit un objectif de solidarité large, puisqu’il intervient également dans la couverture des chômeurs et dans le financement de la CMU-C.

Le Groupe Malakoff-Mederic entend s’investir pleinement dans la

réflexion autour du contrat collectif. L’avantage fiscal dont nous bénéficions ne peut être le seul argument avancé pour défendre nos différentes activités. Il faudra également que les acteurs de la protection sociale donnent du sens au contrat collectif.

En vous remerciant de votre attention, je souhaite à tous les participants de ce colloque, de bons et fructueux débats. ■

Jean-Marie Spaeth

Administrateur de l’Ipsse, président de l’Agence pour le développement et de la coordination des relations internationales (Adecri)



Il me revient d’animer cette demi-journée qui porte sur la clause de désignation d’un accord de prévoyance qui, de mon point de vue, va bien au-delà d’un simple argument technique ou juridique. Car derrière la question de l’appel d’offres se cachent

des questions bien plus importantes qui sont un des piliers de notre modèle social. En créant des régimes de prévoyance – et j’insiste sur le mot de « régimes » - les partenaires sociaux d’une branche

sont producteurs de droit. En produisant du droit, ils sont acteurs de l’intérêt général, et en désignant un gestionnaire, ils s’inscrivent dans le droit fondamental de négociations collectives.

Cette demi-journée a pour objectif de mettre ces questions sur la table et de trouver peut-être, au fil de la discussion, un fil conducteur, de manière à ce que tous les acteurs en matière de prévoyance collective aient tous les éléments, les éclairages pour débattre en leur sein, prendre des décisions ou ne pas en prendre. Parmi ces acteurs, je pense aux organisations syndicales, aux organisations patronales, aux différents employeurs, aux différents opérateurs, qu’ils relèvent du monde paritaire ou du monde mutualiste. ■

Qu'est-ce qu'un appel d'offre et un marché public ?

David Soldini

Maître de conférence en droit public à l'école de droit de la Sorbonne

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne



La notion de marché public et les clauses de désignation dans les accords collectifs

Introduction

Afin de définir une notion juridique, le juriste peut adopter deux attitudes ou postures différentes. Il peut en premier lieu choisir de restreindre son propos et se limiter à une présentation descriptive, la plus objective possible, des règles qui utilisent cette notion. Cette approche a plusieurs avantages : le technicien ou le praticien, peuvent espérer des réponses à certaines questions ou éventuellement des confirmations. Prudente, elle a aussi l'avantage indéniable d'être difficilement contestable, le juriste se plaçant dans une situation relativement confortable d'expert neutre¹.

La seconde approche vise en re-

vanche, sans évidemment totalement délaissier la présentation des règles de droit, à essayer d'esquisser les contours d'une notion en se référant à sa fonction, réelle ou supposée. Il convient alors de s'intéresser au rôle qu'elle occupe dans le système normatif et d'essayer de comprendre à quoi elle sert². Cette approche, facilement contestable, tend finalement à faire croire qu'une notion juridique pourrait se définir autrement qu'en se référant au seul droit positif, qu'elle aurait un sens juridique « en dehors » du droit. Toutefois, elle permet également une approche critique du droit en proposant des clés de lecture pour comprendre, interpréter et parfois se risquer à anticiper les évolutions du système juridique. Naturellement, cette seconde approche est moins confortable pour le juriste qui se trouve obligé à prendre quelques risques.

Malgré ces risques, c'est cette seconde approche qui sera ici privilégiée. En effet, grâce à l'analyse de la fonction de la notion de marché public, il est possible de définir des clés d'interprétation et espérer ainsi anticiper les évolutions juridiques, et en particulier les solutions dégagées par les juges. Pour y parvenir, nous proposons dans un premier temps de nous intéresser rapidement à l'histoire de la notion, puis de montrer qu'elle se distingue, du point de vue normatif et fonction-

nel, d'autres notions proches, telle la délégation de service public.

1. Quelques repères historiques : Instabilité des règles, pérennité de la fonction.

La première étape de l'approche fonctionnelle proposée consiste en un rapide rappel historique. Le marché public est en effet une institution ancienne et l'ancien régime connaissait déjà les marchés sur adjudication, repris après la Révolution. La loi du 31 janvier 1833 apparaît comme la première disposition à portée générale et demeurera le fondement du droit des marchés publics jusqu'au milieu du 20^{ème} siècle³.

Déjà la notion servait deux objectifs : moraliser l'achat public et rationaliser les dépenses. L'article 1^{er} de l'ordonnance du 14 novembre 1837 prévoyait ainsi que « tous les marchés au nom de l'Etat seront faits avec concurrence et publication ».

Avec les années 1960 et le développement considérable de l'interventionnisme étatique, vint le premier véritable code des marchés publics, adopté par décret le 17 juillet 1964. Révisé à de très nombreuses reprises, il a laissé la place au nouveau Code des marchés publics de 2001, lui-même profondément remanié en 2004 avant d'être remplacé en 2006. Depuis, le Code de 2006 a également fait l'objet de plusieurs réformes et il est probable qu'il sera encore prochainement modifié⁴.

A la lumière de cet itinéraire législatif, il est possible d'esquisser une première et évidente constatation :

l'instabilité du régime juridique coexiste avec une étonnante stabilité fonctionnelle. Depuis l'origine, les réglementations relatives aux marchés publics ont la même raison d'être, la même justification, elles poursuivent le même objectif. Les règles passent, changent, évoluent, la fonction demeure.

Pour bien comprendre cette affirmation il faut s'intéresser de plus près à cette double fonction, élégamment présentée par le député Aymé Dubois en 1832 : d'une part, « mettre fin à ces marchés que le public a flétris du nom de marchés passés sous le manteau de la cheminée, manteau qui n'a que trop souvent recouvert de honteuses friponneries » ; d'autre part, s'assurer que le travail « ne sera pas payé au dessus de sa vraie valeur »⁵.

Ces objectifs, évidemment louables, sont assignés à l'Etat, à la puissance publique, à l'ensemble des collectivités publiques. Ils supposent d'appliquer des règles spécifiques, liées à la qualité des acheteurs, afin de réaliser un acte qui n'a en revanche rien de spécifique, c'est-à-dire un simple achat.

C'est précisément cette double nature – l'application de règles dérogatoires pour la réalisation d'un acte parfaitement commun – qui caractérise le marché public.

2. L'objet du marché public : l'achat public

En premier lieu, il faut s'intéresser à l'acte commun, l'achat, l'objet d'un marché public. Grâce aux marchés publics l'administration peut réaliser trois opérations simples : se procurer des fournitures, se procurer des services ou faire réaliser des travaux moyennant un prix.

En droit public comme en droit privé, ces activités donnent lieu à la conclusion d'actes contractuels. Or, lorsque l'objet change, le régime juridique de l'acte contractuel peut s'en trouver également changé. C'est ainsi qu'il faut distinguer le contrat de marché public des autres contrats également publics, qui permettent aux collectivités de réaliser autre chose que simplement se procurer des biens et des services ou de réaliser des travaux.

Par exemple, la délégation de service public, ou la concession selon la terminologie européenne, doit être distinguée du marché public. Il s'agit d'une catégorie de contrats dont l'objet est de confier l'exécution d'un service public à un tiers, extérieure à l'administration. La jurisprudence disqualifie à ce titre un contrat de délégation dont l'objet serait trop restreint : la délégation de service public ne saurait donc se définir comme une simple modalité d'achat ⁶.

A contrario, le marché public, bien que l'institution soit actuellement

utilisée à des fins de plus en plus diverses, est avant tout une modalité d'achat et ne saurait être utilisé pour confier intégralement la réalisation d'un service public à un opérateur extérieur. Si la frontière entre l'achat de prestation de service et la délégation d'une activité de service public peut parfois paraître tenue et difficile à identifier concrètement, la distinction n'en demeure pas moins parfaitement compréhensible.

Il est également possible de distinguer le marché public des conventions de subventionnement : ces dernières ont pour objet une simple participation financière de la collectivité à une activité d'intérêt général, il ne s'agit pas de la contrepartie directe d'une prestation commandée par la puissance publique. Ainsi, dans le cadre d'un financement par voie de subvention, la collectivité participe à une activité initiée par un tiers et qu'elle souhaite soutenir car conforme à l'intérêt général.

Le marché public apparaît alors comme une sous catégorie d'un ensemble plus vaste, regroupant les contrats de la commande publique ou plus largement les contrats publics. Naturellement, les différentes typologies de contrats publics ont pour vocation de respecter les principes généraux de la commande publique, aujourd'hui constitutionnalisés ⁷ : la liberté d'accès, la transparence et l'égalité de traitement des prestataires potentiels.

L'appel d'offres dans le cadre d'un

“ le marché public, bien que l'institution soit actuellement utilisée à des fins de plus en plus diverses, est avant tout une modalité d'achat et ne saurait être utilisé pour confier intégralement la réalisation d'un service public à un opérateur extérieur. ”

“ les différentes typologies de contrats publics ont pour vocation de respecter les principes généraux de la commande publique, aujourd’hui constitutionnalisés : la liberté d’accès, la transparence et l’égalité de traitement des prestataires potentiels. ”

“ sous l’influence notamment du droit européen, le droit français a dû imposer à d’autres personnes, notamment privées, le respect de certaines conditions visant à respecter les trois principes fondamentaux du droit de la commande publique. ”

marché public n’est donc pas la seule procédure contractuelle susceptible de garantir le respect de ces principes mais bien la modalité normalement applicable au simple achat de biens et de services ou à la réalisation de travaux.

3. Des règles adaptées à la nature de l’acheteur

Intéressons nous à présent au caractère dérogatoire des règles. Il faut en premier lieu admettre que le terme « dérogatoire » est peut être mal choisi, à moins de considérer que l’ensemble du droit administratif est, en tant que tel, un droit dérogatoire. L’utilisation de ce terme impropre s’explique car il s’agit surtout d’insister sur le fait que les procédures prévues par le droit des marchés publics servent à réaliser une opération commune, qui généralement ne suppose pas le respect de ces procédures.

Ces règles sont dérogatoires non à cause de l’objet du contrat mais uniquement au regard de la nature particulière de l’une des parties au contrat. Ainsi, la définition légale du marché public fait la part belle au fameux critère organique : « Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l’article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoin en matière de travaux, de fournitures ou de services ». L’article 2, de rédaction simple, énumère les caté-

gories de personnes visées : « l’État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ; les collectivités territoriales et les établissements publics locaux. »

La raison en est évidente : les objectifs visés par ces procédures, lutter contre la corruption et diminuer le coût de l’action publique, concernent avant tout les personnes publiques, c’est-à-dire les pouvoirs qui décident de l’utilisation des fonds collectés par la collectivité publique.

Il n’aura évidemment pas échappé au juriste averti qu’en France comme ailleurs, les personnes publiques ne sont pas seules à manier les fonds publics et que l’énumération de l’article 2 n’englobe pas la totalité des personnes amenées à dépenser de l’argent collecté directement ou indirectement par la puissance publique. Dès lors, sous l’influence notamment du droit européen, le droit français a dû imposer à d’autres personnes, notamment privées, le respect de certaines conditions visant à respecter les trois principes fondamentaux du droit de la commande publique.

En effet, la nature des fonds s’est imposée, non comme une condition suffisante pour entraîner l’application des règles du code des marchés publics, mais bien comme une condition suffisante pour imposer aux organismes publics ou privés qui

« Il s'agit ainsi d'imposer à des organismes tels les associations ou entreprises transparentes, agissant pour l'Etat et parfois sous contrôle de l'Etat, les mêmes obligations imposées à l'Etat et à ses démembrements plus classiques. On assiste à une assimilation de certaines «personnes de droit privé» au sens du droit français à des «organismes publics» au sens du droit européen.»

« si le marché public et l'appel d'offres ne paraissent pas adaptés aux clauses de désignation, sans doute n'est-il pas inutile de souligner l'intérêt d'une étude sur l'application de ces principes dans le domaine de la négociation collective.»

les utilisent le respect des principes du droit public de la concurrence.

C'est ainsi qu'il faut présenter l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. Cette ordonnance précise les procédures que doivent respecter certaines personnes privées maniant des fonds d'origine publique. Suivant son article 2, les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance sont « les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial». Il faut en outre que leur activité soit financée majoritairement ou contrôlée ou dirigée par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance.

Il s'agit ainsi d'imposer à des organismes tels les associations ou entreprises transparentes, agissant pour l'Etat et parfois sous contrôle de l'Etat, les mêmes obligations imposées à l'Etat et à ses démembrements plus classiques. On assiste à une assimilation de certaines « personnes de droit privé » au sens du droit français à des « organismes publics » au sens du droit européen. Cette assimilation est néanmoins fortement conditionnée et ne concernent finalement qu'un nombre limité d'opérateurs, parmi

lesquels il apparaît hasardeux de vouloir ranger les partenaires sociaux⁸.

Conclusion : marché public et clauses de désignation

Avant de s'interroger sur le sens d'une possible application des procédures de marchés publics aux clauses de désignation des accords collectifs de branche, deux précisions méritent d'être apportées. D'une part, l'application des procédures du code des marchés publics ou de l'ordonnance de 2005 est conditionnée à l'existence d'une personnalité juridique de l'acheteur. C'est une remarque importante lorsque l'on s'interroge sur la question de l'applicabilité de ces procédures à des institutions de négociations collectives. D'autre part, comme nous avons tâché de le montrer rapidement, le fait de soumettre un acte d'achat à des procédures spécifiques afin de garantir une certaine transparence ne signifie pas nécessairement l'application du code des marchés publics : d'autres moyens existent qui permettent de s'assurer du respect des principes du droit public économique.

Comme soulignés précédemment, ces principes s'appliquent essentiellement aux personnes publiques, qu'ils soient acheteurs, délégataires ou simples financeurs, mais peuvent éventuellement concerner également des personnes privées, lorsque ces dernières sont dans

“ S’il est sans doute excessif et contre-productif de vouloir appliquer aux clauses de désignations les procédures du code des marchés publics, il serait également peu conseillé de ne pas s’interroger sérieusement sur le respect des principes de liberté d’accès, transparence et égalité de traitement des prestataires potentiels dans la désignation des opérateurs de prestations sociales.”

une situation comparable à celle des personnes publiques, du fait de l’origine des fonds qu’elles manient. Plus largement, ces principes apparaissent aujourd’hui comme des éléments structurants de notre système de régulation économique, ils font partie intégrante des caractéristiques propres au modèle de l’économie sociale de marché du continent européen.

Pour autant, malgré leur importance, ils ne sauraient être appliqués ou mis en oeuvre de manière indistincte, avec la même intensité, dans toutes les situations. Ces principes coexistent avec d’autres, en particulier la liberté d’entreprendre ou le droit de participation des travailleurs, tout aussi fondamentaux. Ainsi, au fur et à mesure que l’on s’éloigne du coeur de la sphère publique, définie au sens strict, ces principes doivent se concilier avec d’autres, perdre de leur intransigeance, de leur formalisme, s’adapter.

Ainsi, si le marché public et l’appel d’offres ne paraissent pas adaptés aux clauses de désignation, sans doute n’est-il pas inutile de souligner l’intérêt d’une étude sur l’application de ces principes dans le domaine de la négociation collective.

S’il est sans doute excessif et contre-productif de vouloir appliquer aux clauses de désignations les procédures du code des marchés publics, il serait également peu conseillé de ne pas s’interroger sérieusement

sur le respect des principes de liberté d’accès, transparence et égalité de traitement des prestataires potentiels dans la désignation des opérateurs de prestations sociales. Une piste de travail pourrait être de s’inspirer de la notion de « traçabilité » et d’imposer aux négociateurs l’obligation de justifier leur choix et de détailler la manière dont le prestataire a effectivement été choisi parmi d’autres. Sans imposer de procédures complexes et inutilement lourdes, une telle exigence pourrait sans doute suffire à corriger d’éventuels abus et ainsi répondre à certaines critiques excessives. ■

1 : Cette approche purement positiviste part du principe que les notions juridiques n’ont pas de sens en tant que telles. Les notions juridiques permettent d’énoncer les règles juridiques de manière concise et compréhensible mais elles ne pré-existent pas à leur utilisation dans la formulation des règles. Cf. Alf Ross, « Tû-Tû », Enquête, Les objets du droit, 1999, <http://enquete.revues.org/document1586.html> ; P. Brunet, « Alf Ross et la conception référentielle de la signification en droit », Droit et société, 50.2002, p. 19-28.

2 : A propos du débat théorique concernant la possibilité et l’intérêt d’une approche fonctionnaliste du droit, cf. N. Bobbio, De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit, trad. D. Soldini, Dalloz, 2012.

3 : L’article 12 de la loi du 31 janvier 1833 dispose : « une ordonnance royale réglera les formalités à suivre à l’avenir dans tous les marchés passés au nom du gouvernement ». Il faut cependant attendre l’ordonnance du 4 décembre 1836 pour que cette disposition soit mise en oeuvre.

4 : Pour une présentation exhaustive de l’évolution historique de la notion, voir notamment L. Richer, Droit des contrats administratifs, 7^{ème} édition, 2010, n° 683 et suiv.

5 : Cf. L. Richer, « Une tradition : le caractère réglementaire des marchés publics », Publications du cabinet Richer&Associés, <http://www.cabinet-richer.com/articles/tradition-caractere-reglementaire-marches-publics.htm>

6 : Bien que le caractère trop restreint de l’objet du contrat de délégation soit effectivement consi-

dérée comme une cause de requalification, il convient de noter que le critère dominant pour distinguer le marché public de la délégation de service public est l'existence d'un risque d'exploitation ou d'un risque économique. Ainsi, la délégation se distingue du marché public car elle suppose que le cocontractant supporte un risque lié à l'exploitation économique du service. Sur ces questions, cf. D. Soldini, « La délégation de service public, sa fonction, ses critères », RFDA, 6.2010, p. 1114 et suiv.

7 : Conseil constitutionnel, déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, JO du 3 juillet 2003, p. 11205

8 : Il convient néanmoins de remarquer que certains organismes paritaires, en particulier les organismes paritaires collecteurs agréés (OPCA), doivent respecter cette réglementation, du fait de l'origine publique des fonds maniés. Les OPCA sont en effet financés par l'impôt. Sur le sujet, cf. « Les OPCA prestataires de service et le droit de la concurrence », Droit Social, décembre 2008, p. 1217-1221

Présentation de l'étude « Régimes professionnels de prévoyance et exigences de libre prestation de services »

Jacques Barthélémy

Avocat conseil en droit social, Cabinet Jacques Barthélémy et Associés



Vous aurez compris l'intérêt qu'il y avait de faire avant ma propre prestation une intervention ex cathedra sur le problème des appels d'offre et de son application dans le secteur. Le moins que l'on puisse dire, c'est que l'on dit souvent

n'importe quoi sur le sujet. Pire, les partenaires sociaux entendent souvent faire un appel d'offres avant de s'être mis d'accord sur ce que l'on entend mettre en place : simple système de prévoyance, en définissant seulement la nature et le niveau des garanties, ou régime de protection sociale, ce qui implique un objectif de solidarité.

Je vais de ce fait mettre en évidence

deux grandes idées: le problème de la validité des clauses désignations au regard de la jurisprudence européenne, mais pas seulement, puis les conditions entourant le choix par les partenaires sociaux d'un organisme comme gestionnaire du risque.

En introduction, je voudrais faire deux remarques. Le passage de la conception institutionnelle du droit de la protection sociale complémentaire instauré par l'ordonnance de 1945 – le fameux L4 - à la conception assurantielle par la loi du 8 août 1994 s'est réalisé sous l'impérialisme du droit communautaire en matière de libre concurrence. L'objectif premier de la loi Evin était de transposer dans le droit interne les directives vie/non-vie relatives à la libre prestation de services en matière d'assurance. C'est d'abord pour cette raison qu'on a rendu obligatoire le provisionnement des engagements, car c'était le moyen de changer plus aisément d'assu-

“ les partenaires sociaux entendent souvent faire un appel d’offres avant de s’être mis d’accord sur ce que l’on entend mettre en place : simple système de prévoyance, en définissant seulement la nature et le niveau des garanties ou régime de protection sociale, ce qui implique un objectif de solidarité. ”

reur. Ceci ne veut pas dire pour autant que tous les problèmes sont de ce fait réglés ; nous l’avons récemment vu dans la loi de 2010 sur les retraites avec l’impact, sur les provisions à constituer en matière d’invalidité, du passage de 60 à 62 ans de l’âge de la retraite.

Le droit de la protection sociale complémentaire doit être éclairé par ailleurs par la mise en exergue de la distinction entre l’aspect « activité sociale » et l’aspect « élément du statut collectif ». C’est ici qu’intervient le rôle du contrat collectif ; c’est aussi là que se trouve la difficulté à concilier les positions de la Mutualité avec celles du monde du paritarisme.

Une autre remarque intéresse le débat sur la validité de la clause de désignation mais aussi sur la pertinence du choix de l’assureur. Elle est relative à la confrontation en la matière entre droit de négociation collective et principe de liberté économique.

Conditions de fond de validité de la clause de désignation et éventuellement de migration

Aujourd’hui, au vu de la jurisprudence abondante de la Cour de justice, les problèmes fondamentaux sont réglés en ce qui concerne la validité de la clause de désignation. Quelles étaient les questions à traiter ? D’une part, un accord collectif de garanties de prévoyance consti-

tue-t-il une entente prohibée au regard du droit de la concurrence ? D’autre part, la désignation par les partenaires sociaux de la branche d’un assureur unique crée-t-elle à son profit une position dominante ? Répondre à ces questions nécessite de faire appel au droit interne et au droit externe.

En droit interne, les choses sont relativement simples. Les articles 7, 8, 10 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la libre concurrence avaient déjà sorti les accords collectifs de son champ. En effet, l’article 10 (L.420-4 du Code de commerce) autorise à un texte spécial (c’est ce que fait l’article L.912-1 du Code de la sécurité sociale) de déroger à la prohibition des ententes (article 7 codifié en L.420-1) et aux positions dominantes (article 8, L.420-2). Nous sommes dans une législation définie comme dérogatoire, ce qui exige une interprétation stricte des textes.

La nature dérogatoire n’est pas toujours bien appréhendée par les partenaires sociaux. Ainsi, une clause aussi essentielle que celle du réexamen périodique des conditions de la mutualisation est souvent interprétée comme une clause de style. Elle exige pourtant une véritable procédure qui permette de donner du sens à ce que le législateur exige, à savoir la réunion périodique des partenaires sociaux pour déterminer dans quelles conditions la clause de désignation a fonctionné. De même manière, cela exige une

“ une clause aussi essentielle que celle du réexamen périodique des conditions de la mutualisation est souvent interprétée comme une clause de style. Elle exige pour tant une véritable procédure qui permette de donner du sens à ce que le législateur exige, à savoir la réunion périodique des partenaires sociaux pour déterminer dans quelles conditions la clause de désignation a fonctionné.”

grande rigueur dans la procédure entourant la clause de migration qui oblige une entreprise ayant mis en place des garanties de même nature avant la mise en œuvre de l'accord de branche à changer d'assureur pour aller vers celui désigné ; cela oblige l'entreprise à établir un accord d'adaptation. Pour la Cour de cassation (10 octobre 2007), la clause de migration prévue par les partenaires sociaux matérialise l'adaptation et par voie de conséquence elle est considérée comme licite - à condition de mettre en place une véritable procédure qui prenne en considération qu'on ne peut faire abstraction des engagements contractuels précédemment pris par l'entreprise. Les clauses relatives à la migration ne sont généralement pas assez structurées juridiquement.

Au sens du droit interne et de ce fait, la messe est donc dite ainsi que l'a récemment indiqué un arrêt de février 2012 de la Cour de cassation.

En droit communautaire, l'affaire est un peu plus compliquée. Ici, sur la question de la prohibition des ententes telle que définie par l'article 101 du traité de fonctionnement de l'Union européenne, un accord collectif de prévoyance ne peut pas, en raison de sa nature (d'accord entre partenaires sociaux) et de son objet (l'amélioration des conditions de travail) être considéré comme critiquable. D'abord, puisque le droit à la négociation collective est reconnu comme fondamental ; ensuite, en

conformité avec l'esprit des chartes sociales européennes, le contrat collectif est reconnu pour sa capacité à améliorer les conditions de travail.

La question s'avère plus délicate sous l'angle de la prohibition des positions dominantes. Plusieurs questions doivent être posées successivement. : la situation née d'un accord collectif dans une branche donnée matérialise-t-elle une entreprise au plan du droit européen ? L'activité de l'assureur pour la branche ne constitue pas une entreprise lorsque l'assureur opère uniquement en gestionnaire. S'il n'y a pas degré d'autonomie à son profit qui permet de dire qu'il y a entreprise, l'activité de l'assureur concrétise un organisme de sécurité sociale. C'est précisément ce qu'avait conclu la CJCE dans les arrêts Poucet et Pistre de 1993. Un contrat d'assurance maladie auprès d'une compagnie d'assurance pour gérer le régime général des non salariés n'entre pas dans le champ de la libre concurrence.

A cet égard, l'arrêt du 3 mars 2011 AG2R/Beaudout est intéressant. Il ne tranche pas la question de l'obligation ou pas de procéder à un appel d'offre ; la CJUE n'était de toute façon pas appelée à y répondre ; la question préjudicielle posée au juge européen portait exclusivement sur le fait de savoir si les circonstances de fait qui ont conduit à la signature de cet accord laissaient une marge d'autonomie à AG2R, auquel cas c'était une entreprise, ou si au

“ sur la question de la prohibition des ententes telle que définie par l'article 101 du traité de fonctionnement de l'Union européenne, un accord collectif de prévoyance ne peut pas, en raison de sa nature (d'accord entre partenaires sociaux) et de son objet (l'amélioration des conditions de travail) être considéré comme critiquable.”

“ C'est donc la poursuite par les partenaires sociaux d'un objectif de solidarité qui est déterminante s'agissant du caractère abusif ou non d'une éventuelle position dominante de l'assureur désigné.”

contraire elle n'en avait aucune, auquel cas son activité pour cette branche échappait à la qualification d'activité économique et au champ de la prohibition des positions dominantes.

S'il est répondu que c'est une entreprise se pose alors la question de savoir s'il y a position dominante au bénéfice de l'opérateur. Pour que cela soit le cas, il faut que ce marché-là perturbe l'ensemble du marché de l'assurance collective (des personnes), en Europe comme en France. Encore faut-il que la position dominante éventuelle soit abusive pour être contestée. La cour de justice affirme qu'un objectif de solidarité écarte toute position abusive (arrêts Albany et autres du 21 septembre 1999 et De Woude du 21 septembre 2000, ce dernier concernant un accord relatif aux remboursements des frais de santé). C'est donc la poursuite par les partenaires sociaux d'un objectif de solidarité qui est déterminante s'agissant du caractère abusif ou non d'une éventuelle position dominante de l'assureur désigné.

Ce qui précède conduit à faire une distinction entre système et régime, d'autant que cette distinction est parfois ignorée des partenaires sociaux. Lorsque ceux-ci se contentent de fixer la nature et le niveau des garanties, l'avantage matérialise une rémunération différée aisément individualisable grâce au provisionnement des engagements. Un accord d'entreprise peut dans ce cas déro-

ger à l'accord de branche sauf si celui-ci l'interdit (L.2253-2 du Code du travail) et la clause de désignation est par définition illicite. Cela est un système de garanties collectives de prévoyance. L'idée de régime induit celle de pot commun sur lequel les salariés ont un «droit de tirage» - selon les termes employés le premier par Jean-Jacques Dupeyroux, le second par Alain Supiot. Ce n'est que dans ce cas que la clause de désignation est licite. L'article 912-1 du code de la sécurité sociale autorise la mutualisation au sein d'un organisme du fait de la création d'un pot commun sur lequel on va tirer des droits qui ne sont pas simplement un avantage contractualisé en relation avec une cotisation individualisée.

La mutualisation permet d'alimenter des droits non-contributifs et une politique de prévention, tout ceci contribuant à décliner un objectif de solidarité.

La sécurité sociale est consanguine de la solidarité. A ce titre, la prévention y joue un rôle fondamental. Outre la mise en place de procédures de prévention des risques spécifiques à une activité donnée, elle favorise la réduction des taux de fréquence et de gravité des risques, donc la diminution des coûts. La politique de prévention est inhérente à la solidarité et elle seule justifie la validité des clauses de désignation. Dans ces conditions, les régimes ainsi conçus doivent prendre en compte les exigences, nées de la loi de 2005,

“ L'idée de régime induit celle de pot commun sur lequel les salariés ont un « droit de tirage » - selon les termes employés le premier par Jean-Jacques Dupeyroux, le second par Alain Supiot. Ce n'est que dans ce cas que la clause de désignation est licite. ”

sur les contrats responsables.

L'action sociale joue également un rôle en matière de solidarité et de ce fait en faveur de la validité des clauses de désignation.

Exigence de transparence dans le choix de l'opérateur

L'appel d'offres est exclusivement destiné à identifier le moins-disant, avec de forts risques de ce fait de rendre impossible toute mutualisation.

Sous cet angle, on peut soutenir que l'appel d'offres prive d'effet la validité de la clause de désignation car elle interdit concrètement la mise en œuvre de la solidarité. N'en déplaise à ceux qui soutiennent que la validité de la clause est due à l'exigence d'un appel d'offres !

Deux arrêts sont parfois invoqués pour justifier le caractère impératif de l'appel d'offres et aucun d'eux ne peut être utile à cette démonstration.

D'abord, celui du 3 mars 2011 de la Cour de justice dans l'affaire AG2R. Le juge était invité à se pencher sur la validité des clauses de migration. La Cour de Justice relevait, dans ce cas précis, que la clause de migration s'imposait au vu du fort degré de solidarité mis en place par l'accord collectif. A défaut, l'assureur ne pouvait pas assurer la mission d'intérêt général économique qui lui a été confiée par les partenaires sociaux. Il est d'autant moins pos-

sible de tirer de cet arrêt une quelconque exigence d'appel d'offres que la question préjudicielle posée par le juge du fond au juge communautaire ne portait pas sur ce problème ; la CJCE n'avait donc pas à y répondre, ce que l'avocat général a du reste souligné dans ses conclusions. Je peux en parler sagement puisqu'ayant plaidé cette affaire !

L'arrêt du 15 juillet 2010 relatif au régime santé des communes allemandes est plus intéressant à cet égard. La Cour de justice conclut que l'absence d'appel d'offres rend la clause de désignation illicite. Mais cette position s'explique parce que l'on se trouvait, dans ce cas précis, dans le cadre d'un marché public du fait de la nature des entreprises concernées. Par contre, la Cour de justice en profite pour affirmer que le droit de négociation collective n'est pas souverain ; pas plus que le principe de liberté économique faut-il ajouter, donc qu'il faut concilier les deux.

Les spécialistes du droit de la concurrence affirment la supériorité de ce droit. Au vu du contenu des chartes sociales de l'Union européenne, on peut soutenir le contraire, à savoir que droit de négociation collective et liberté économique sont de valeurs équivalentes. Il s'agit d'abord de la charte sociale européenne de 1961 revisitée en 1995, qui couvre un champ plus vaste que l'Union ; ensuite, la déclaration des droits fondamentaux et des libertés fondamentales, présentée par la Commis-

“ La mutualisation permet d'alimenter des droits non-contributifs et une politique de prévention, tout ceci contribuant à décliner un objectif de solidarité. ”

“L’action sociale joue également un rôle en matière de solidarité et de ce fait en faveur de la validité des clauses de désignation.”

sion Delors en 1989 ; enfin, la charte des droits fondamentaux adoptée en 2000 au sommet de Nice, où est notamment affirmé avec force le caractère fondamental du droit de négociation collective. Puisque celui-ci et le principe de liberté économique sont de même niveau, c’est par respect du principe de proportionnalité qu’ils doivent se concilier.

C’est dans la déclinaison de ce principe de proportionnalité que doit se construire l’ingénierie juridique nécessaire pour bâtir des accords fondés sur la solidarité et qui exigent une clause de désignation (pas seulement qui le rendent possible). Deux problèmes différents se posent dès lors :

- D’abord ceux liés aux rapports entre négociateurs. La signature d’un accord entre partenaires sociaux au niveau d’une branche implique que ceux-ci négocient en toute connaissance de cause. Avant d’aborder des questions de fond, un accord de méthode doit être recherché par les parties. Il faut notamment corriger toute situation de déséquilibre entre les négociateurs, notamment en termes d’informations, pour favoriser un consentement éclairé des parties. La loyauté est une question fondamentale, tant dans la négociation que dans le suivi de l’accord. L’accord de méthode est relatif aux règles de conduite de la négociation qui facilitent la conclusion d’un accord et permettent à celui-ci de faire (seul) la loi des parties au sens de l’article 1134 du Code civil. Les ac-

cords de méthode tendent à entrer dans les mœurs après avoir été longtemps rejetés par les partenaires sociaux comme empêchant le jeu normal de la négociation alors que c’est l’inverse. Leur utilité est importante également parce qu’ils réduisent les risques de contentieux.

- Ensuite, des règles de transparence doivent être observées. Les informations et autres moyens permettant d’éclairer sur le choix de l’opérateur contribuent à un déploiement harmonieux de la technique contractuelle. Les raisons du choix de l’assureur doivent être expliquées. Il résulte des arrêts Viking et Laval de la CJCE que malgré l’indépendance des syndicats et le caractère fondamental du droit de négociation, les exigences de libre concurrence doivent être respectées. En particulier ne doit pas être perturbée la prohibition des discriminations en termes de libre prestation de services. Cela exige que les raisons du choix soient objectives. Elles peuvent venir de situations de fait. Ainsi, l’existence de sommiales. Plus fondamentalement, on ne doit pas perdre de vue que l’institution nait d’un double paritarisme, de conception et de gestion. Les employeurs en sont adhérents et les salariés participants ; ils élisent leur conseil d’administration qui détient seul le pouvoir. On se trouve alors dans le domaine de l’autogestion paritaire et l’appel au marché n’y a pas sa place. On ne peut donc pas limiter l’intervention des partenaires

“L’appel d’offres est exclusivement destiné à identifier le moins-disant, avec de forts risques de ce fait de rendre impossible toute mutualisation. Sous cet angle, on peut soutenir que l’appel d’offres prive d’effet la validité de la clause de désignation car elle interdit concrètement la mise en œuvre de

“ Les spécialistes du droit de la concurrence affirment la supériorité de ce droit. Au vu du contenu des chartes sociales de l’Union européenne, on peut soutenir le contraire, à savoir que droit de négociation collective et liberté économique sont de valeurs équivalentes. ”

sociaux à fixer seulement le niveau et la nature des garanties bien sûr si on poursuit un objectif de solidarité qui rend nécessaire la création d’un fonds de mutualisation, donc la désignation d’un opérateur dont doivent relever toutes les entreprises.

Il y a donc nécessité de favoriser la transparence dans le choix. Pour autant, l’appel d’offres n’est en rien une obligation. Si les partenaires sociaux veulent organiser une consultation du marché, ils doivent veiller à le bâtir sur des bases solides, en évitant notamment de s’inspirer du code des marchés publics, qui leur mettrait des boulets au pied inutiles. Quels seront les effets de « la mise en concurrence formalisée d’assureurs » qu’ils auront décidée, notamment pour faciliter un consentement éclairé des parties ?

Les partenaires sociaux ne sont pas tenus par les résultats du travail d’un actuaire, d’autant que celui-ci ne peut être un acteur de l’accord. Les partenaires sociaux doivent pouvoir en toute connaissance de cause décider seuls pour ne pas que soit remis en question leur indépendance. De ce fait, le classement des opérateurs par l’actuaire ne s’impose pas à eux. Cf. à ce sujet la décision du Tribunal de Grande Instance de Paris du 31 juillet 2012 (Pharmacie d’officine/Mornay).

La remise en cause de l’accord majoritaire des syndicats au nom de l’ordre de classement aurait signifié que l’on bafoue le droit d’ordre

public au demeurant né de la loi du 20 août 2008, faisant que les syndicats majoritaires dans l’entreprise peuvent valablement conclure. On ne peut, à cet égard, avancer l’argument selon lequel, dans l’acte favorisant le travail d’analyse de l’actuaire, les syndicats se sont engagés de fait à retenir l’assureur le mieux placé. On ne peut en effet s’engager pour le future ; il s’agit là d’un principe fort au plan juridique. Bref, il ne faut pas pervertir les règles de libre concurrence mais bâtir quelque chose de souple pour respecter l’exigence de transparence sans pour autant aller dans le cadre d’un appel d’offres.

En conclusion, il est primordial de bien distinguer (ceci s’adressant aux partenaires sociaux ouvrant des négociations sur la prévoyance) système de garanties collectives et régime de protection sociale car leurs contenus diffèrent sensiblement. Une plus grande rigueur dans la confection des actes conventionnels s’impose. Le droit doit être considéré comme un matériau parmi d’autres pour la réalisation de ces objectifs. Les juristes doivent être présents dans les négociations pour fiabiliser les constructions, à condition d’y développer une approche organisationnelle du droit. Il ne peut pas y avoir de construction efficace sans ingénierie juridique solide. Enfin, il faut considérer que le droit social (qui est composé des droits du travail et de la protection sociale) doit contribuer à l’optimisation de l’organisation de l’entreprise. ■

“ Il y a donc nécessité de favoriser la transparence dans le choix. Pour autant, l’appel d’offres n’est en rien une obligation. ”

Débats avec les participants

Laurence Lautrette,
Cabinet Barthélémy

1. question à David Soldini

On a bien compris que le code des marchés publics ne s'applique pas à la clause de désignation ou à la clause de migration et que l'ordonnance de 2005 ne s'applique pas non plus, car elle vise les organismes qui sont soumis directement ou indirectement à un contrôle ou à un financement de l'Etat, ce qui n'est pas le cas des syndicats. En serait-il de même si une loi déterminait un mode de financement public des syndicats ?

2. question à Jacques Barthélémy :

Dans l'Arrêt de la boulangerie, la CJUE a effleuré la question de l'autonomie de l'organisme par rapport à la branche pour se demander si, finalement, l'AGRR constitue même une entreprise compte tenu du niveau d'autonomie limité dont elle dispose dans son activité de mise en œuvre du régime. Faudrait-il sérieusement examiner cette piste pour les IP professionnelles dédiées dites «de branche» qui sont administrées par une commission paritaire ?

David Soldini

Concernant les financements, la question de l'origine des fonds est

essentielle. A cet effet, le domaine de la formation professionnelle nous offre un parfait contre-exemple puisqu'elle est financée à compter d'une contribution financière gérée ensuite par les OPCA, ce qui les fait tomber ipso facto sous le coup de l'ordonnance de 2005.

Dans le domaine qui nous préoccupe, l'origine des fonds perçus par les syndicats ne pose pas de problèmes. Le régime qu'ils vont financer implique des fonds dont l'origine a été décidée de façon conventionnelle. La loi désigne encore aujourd'hui la qualification de ces fonds comme d'ordre privé.

Jacques Barthélémy

Il existe des différences de nature qui sont la conséquence du champ professionnel. Il ne faut donc pas aboutir à un raisonnement manichéen. A cet effet, il faut prendre pour exemple l'impact des associations sommitales, organisations découlant d'un accord interprofessionnel, sur la constitution de groupes. Les partenaires sociaux d'une même branche ont tout intérêt que le régime de prévoyance soit géré par la même enceinte que l'institution qui gère la caisse ARRCO.

Il n'y a pas deux blocs qui s'opposent, mais plutôt des entités qui répondent aux besoins précis établis par la constitution d'un accord.

Paul Cadot

Apicil Prévoyance

Concernant les appels d'offres, ne faudrait-il pas séparer le régime – néfaste en termes de droit - de sa gestion ? L'AG2R, quand elle gère le régime, n'est pas une entreprise au niveau de ce régime mais une entreprise au niveau de sa gestion. Si, dans nos appels d'offres, on établissait clairement la distinction entre le coût du régime et le coût de sa gestion, cela éviterait certainement des manœuvres de dumping.

Jacques Barthélémy

Le terme « appel d'offres » n'est pas approprié. Il faut plutôt parler d'un système de concurrence que l'on organise. Si l'on isole la gestion, la clause de désignation est illicite dans une branche donnée. Ce qui organise la solidarité, c'est la conception du régime et non sa gestion. Le rôle de l'assureur est donc capital pour fabriquer la mutualisation.

Une autre possibilité tendant à rendre illicite une clause de désignation pour un gestionnaire ou intermédiaire est définie par le code de la sécurité sociale. L'article 912-1 parle de la mutualisation auprès des trois opérateurs reconnus du marché, excluant de ce fait les intermédiaires.

Si vous comparez l'article 912-1 sur la désignation d'un opérateur d'une branche à l'article 912-2 sur la désignation d'un opérateur dans une entreprise, les intermédiaires sont

visés sur sa responsabilité. Le réexamen périodique doit également être observé par l'intermédiaire comme par les opérateurs.

Au nom de la libre-concurrence, les tenants de la critique de la validité de la clause de désignation ne se rendent pas compte qu'ils attaquent non seulement la désignation d'un assureur unique pour l'ensemble des entreprises d'une branche mais aussi l'accord d'entreprise alors qu'il est opposable à tous les salariés.

Il y a une affaire pendante à ce sujet au sein de la Banque Populaire. Un accord a été signé par tous les partenaires sociaux pour les remboursements de frais. Un délégué syndical CFTC a contesté à titre personnel l'obligation de s'assurer en invoquant la convention européenne des droits de l'homme et le principe de liberté d'association. Pour avoir plaidé l'affaire, je peux avancer du caractère infructueux de cette démarche. Un salarié n'est pas adhérent à une mutuelle mais bien un participant.

Jean-Marie Spaeth

Récemment, un accord collectif dans une entreprise gérée par une institution de prévoyance proposait à chaque salarié des solutions à la carte. Est-ce que sur ce point on ne constate pas une forme de défiance ?

Jacques Barthélémy

Le ministère de la sécurité sociale, à travers la COMAREP, prend très pré-

cisément comme position que l'existence d'un régime de base pour tout salarié rend la clause de désignation licite. La clause ne peut pas prospérer avec l'existence de régimes facultatifs.

Bernard Lemée

Vous semblerait-il raisonnable que dans le cadre d'une mise en concurrence, les partenaires sociaux intègrent des questions de gouvernance du régime qu'ils souhaitent mettre en place, le tout sans biaiser la concurrence ?

Sur les clauses de migration, quelle nuance existe-t-il encore un accord et une procédure pour que celle-ci soit effective ?

Jacques Barthélémy

La procédure doit être intégrée dans l'accord. Dès l'instant où est mis en place un fort degré de solidarité – compétence exclusive des partenaires sociaux. Cela implique quasi naturellement que l'on s'interroge sur le sort des entreprises qui avaient déjà mis en place des garanties similaires afin de ne pas nuire à la mission d'intérêt générale économique. Dans la construction de l'accord, l'arsenal procédural s'occupe de cette question. Tout dépend de ce que l'on met dans le « package » solidarité. Un certain nombre d'arguments qualificatifs peuvent figurer dans un accord sans toutefois réserver sa gestion à une institution. Dans l'affaire AG2R, la Cour de jus-

tice s'est interrogé sur la possibilité pour l'assureur de dénoncer l'accord ou de refuser certains termes du contrat d'une entreprise ne pouvant se soustraire à un accord désigné. En termes de droit communautaire, la réponse est non. Le code de la sécurité sociale interdit pourtant la suspension d'un accord au cas où l'entreprise ne paierait pas ses cotisations. Il n'existe aucun équivalent dans le code des assurances, ni même dans diverses décisions de justice donnant dans ce cas précis raison aux assurances.

Il ne faut pas procéder par catalogue, un accord doit nécessairement se plier à des objectifs généraux sur le long terme. En matière de remboursement de santé, ce n'est pas un hasard si une loi de 2005 a introduit une obligation de contrat responsable. La mise en place d'une politique de prévention a été introduite par ce texte. L'entreprise qui ne s'inscrit pas dans ce champ ne bénéficiera pas des avantages mis en place par les partenaires sociaux sur le fond collectif. La responsabilité pénale et civile de l'employeur est alors engagée au titre de l'obligation de résultats de santé. Le droit de la santé est fondamental et souvent bafoué à ce sujet. La question du coût des prestations doit s'effacer devant l'objectif de solidarité.

David Soldini

Le marché public est une technique du moins-disant selon le lieu commun. Les directions juridiques

peinent souvent à manier le code des marchés publics, cela a donc donné l'idée que les mises en concurrence dans le cadre des marchés publics vont forcément vers le moins-di-

sant. Idée à relativiser car la mise en concurrence permet la traçabilité du choix. Tous les acteurs concernés peuvent ainsi savoir pourquoi tel opérateur a été choisi.

Le point de vue des opérateurs

Michel Saint-Jeannet
Représentant de la SMI,
Directeur du développement



La SMI a une particularité notable en tant que mutuelle de santé puisqu'elle est spécialisée depuis sa création dans la gestion des accords collectifs au niveau d'une branche professionnelle.

1. Le positionnement mutualiste

La Mutualité française a assoupli sa position sur les accords collectifs, autrefois suspectés de dérives et d'insuffisances en termes d'accès équitable aux soins. Les contrats collectifs sont désormais soutenus par la Mutualité en raison de leur capacité à étendre les couverture-santé pour les salariés. La récente intervention du Président de la République au congrès de la FNMF a démontré un certain décalage dans la perception de la réalité des

accords collectifs ou des accords de branche. La Mutualité Française soumet toutefois l'idée que de tels contrats ne doivent en rien se substituer à la primauté des régimes de base. Dans le secteur mutualiste, cette prise de position fait l'objet d'un large consensus, en ce sens qu'elle sait également reconnaître le caractère singulier et bénéfique des accords collectifs.

2. L'opérateur mutualiste face aux clauses de désignation

Les institutions de Prévoyance dominant largement le marché dans la gestion des accords collectifs, à hauteur de 90% du marché. Les mutualistes arrivent second sur ce type de contrats. Encadrant une équipe commerciale sur les contrats collectifs, nous mesurons que les désignations animent le marché, pas toujours à bon escient. Les acteurs mutualistes s'adaptent aux exigences de ce marché. Nous devons toutefois faire face au caractère parfois déloyal de certains acteurs du marché, lesquels ne prennent pas toujours en compte

“ Les contrats collectifs sont désormais soutenus par la Mutualité en raison de leur capacité à étendre les couverture-santé pour les salariés. ”

“certains acteurs du marché, lesquels ne prennent pas toujours en compte les décisions prises par les partenaires sociaux à l'échelle d'une branche ou d'une entreprise.”

les décisions prises par les partenaires sociaux à l'échelle d'une branche ou d'une entreprise. Le fait qu'un opérateur soit désigné suite à une décision collective ne dissuade pas ses concurrents de proposer d'autres offres pour la gestion du régime complémentaire. Au-delà de l'aspect fortement concurrentiel, les acteurs mutualistes s'engagent également sur le marché, et ce en dépit de la forte présence des institutions de prévoyance.

3. La vie de ces accords et leur pérennisation

Les clauses de migrations «dures» sont encore rares. La souplesse s'observe à l'occasion du renouvellement d'un accord. Dans un large ensemble, les entreprises demeurent libres de choisir leurs opérateurs. Dans la branche des HCR (hôtels, cafés, restaurants), la pression des courtiers en assurance fait que la liberté de choisir une assurance complémentaire demeure entière en dépit des accords collectifs préexistants. Une grande souplesse donc, qui invite les opé-

rateurs à considérer avec sérénité la législation en vigueur avec leurs pratiques.

Certaines règles doivent toutefois être méticuleusement observées pour que le système actuel ne soit pas attaqué sur sa légitimité. Il faut notamment soutenir le principe de réexamen des désignations sous peine de voir nos activités contestées. Les méthodes « marketing » adoptées par certains des acteurs du marchés sont également à reconsidérer. Soumettre à des entreprises des offres de gestion des accords collectifs sans se soucier des régimes préexistants constitue une pratique condamnable. Une certaine course à l'échalote existe dans la pratique des prix d'un régime complémentaire. Garantir un système de solidarité n'exige pas forcément un « moins-disant » dans l'établissement des prix ainsi que dans la garantie des conventions. Des précautions sont donc à prendre pour éviter que le système se délégitime. Les acteurs du marché doivent maintenir entre eux une concurrence loyale. ■

“Des précautions sont donc à prendre pour éviter que le système se délégitime. Les acteurs du marché doivent maintenir entre eux une concurrence loyale.”

Jean Castagné

Représentant du groupe Ag2r
La Mondiale



AG2R-La Mondiale gère 62 accords de branche – l'essentiel en prévoyance. L'AG2R, régime ARRCO, s'est principalement tournée à destination des salariés non-cadres.

Le problème des clauses de désignation est né suite aux accords de branche sur la santé. Depuis 1989 et la promulgation de la loi Evin sur la retraite complémentaire, le paysage a profondément changé pour ce qui est de la gestion des accords collectifs en termes de prévoyance. Avant l'adoption de cette loi, la prévoyance collective était principalement gérée dans les comptes des institutions de retraite complémentaire.

L'institution de prévoyance paritaire évolue en gérant d'une part des contrats d'assurance pour des entreprises et d'autre part des régimes de prévoyance de branche. Les acteurs de la prévoyance se doivent de maintenir cette distinction.

A titre d'exemple, j'aimerais vous citer la réalité des accords collectifs négociés à l'échelle de deux professions artisanales :

“ L'institution de prévoyance paritaire évolue en gérant d'une part des contrats d'assurance pour des entreprises et d'autre part des régimes de prévoyance de branche. Les acteurs de la prévoyance se doivent de maintenir cette distinction.

1. Les partenaires sociaux de la coiffure ont récemment négocié un accord de prévoyance pour les salariés du secteur. L'accord a ensuite débouché sur la création d'un régime de prévoyance. Dans cet esprit, l'issue d'une négociation paritaire devrait donc confier aux partenaires sociaux la possibilité de créer et de gérer eux-mêmes une institution de prévoyance.
2. Concernant la branche de la boulangerie, l'amélioration du système de protection sociale était au cœur des négociations entre partenaires sociaux. Une couverture universelle pour les salariés y compris les apprentis avait ainsi été adoptée à l'issue de ces discussions. Tel fut le sens originel de cette concertation. Le devoir de l'opérateur était de se battre pour indiquer que cette négociation s'était déroulée sur un terrain équitable.

S'il existe une différence entre ces deux cas de figure, tous deux doivent pourtant se soumettre aux impératifs législatifs, notamment en termes de solvabilité. La création d'une institution de prévoyance induit notamment de l'entretenir avec des fonds propres pour garantir sa solvabilité. Pour l'opérateur sollicité, il faut également solliciter des fonds propres dans le même objectif afin de ne pas pénaliser la branche pour laquelle un régime complémentaire a été mis en place.

On ne peut donc pas banaliser le choix de l'opérateur dans un accord de branche, surtout lorsque ceux-ci

contiennent dans leurs méthodes l'objectif d'une protection sociale solidaire. ■

Débats avec les participants

Dominique Boucher,

Délégué Général de l'Ipse

L'absence d'intervenants issus de l'un des trois opérateurs reconnus de la protection sociale - les assurances privées à travers des acteurs comme les courtiers - n'est pas du fait de l'Ipse. Nos sollicitations courtoises à leur endroit n'ont trouvé aucune réponse. Leur présence à ce colloque nous aurait certainement éclairés sur leur perception les problèmes qui nous occupent aujourd'hui. Le problème du courtage pose plusieurs questions. Quelle est la véritable nature du lien entre les opérateurs et le courtage ? Comment lorsque ceux-ci sont parties prenantes de la gestion d'un accord s'astreignent-ils à garantir l'objet coercitif (d'après la loi) de solidarité ?

Jean Castagné

Le rôle du courtier est important, c'est surtout un intermédiaire. Le courtier est mandataire, donc son rôle diffère sensiblement de la responsabilité engagée par une mutuelle ou une IP dans un accord de branche, y compris lorsque l'entreprise n'est pas en mesure de verser

des cotisations ainsi que le prévoit le code de la sécurité sociale. L'opérateur a obligation de prospecter toutes les entreprises reliées à un accord de branche. Son rôle est donc plus contraignant.

L'intermédiation, la simple gestion ou « sous-traitance », pose problème puisque la responsabilité n'est pas engagée à un degré d'accompagnement aussi contraignant.

Michel Saint-Jeannet

Les négociations de branches ont évolué. Les courtiers se positionnent comme professionnels du conseil. Il faut aller contre l'idée reçue que l'exercice de leur profession ne se fait qu'en fonction d'intérêts particuliers, avec notamment le système de rétribution par commissions dans le cas où ceux-ci opèrent pour le compte d'un assureur. La gestion d'un régime complémentaire pose des problèmes de nature juridique ou technique que les courtiers sont de nature à juguler. La délégation de gestion à un courtier-gestionnaire n'est pourtant pas dans l'air du temps.

Jean Castagné

Le rôle du courtier est important, c'est surtout un intermédiaire. Le courtier est mandataire, donc son rôle diffère sensiblement de la responsabilité engagée par une mutuelle ou une IP dans un accord de branche, y compris lorsque l'entreprise n'est pas en mesure de verser des cotisations ainsi que le prévoit le code de la sécurité sociale. L'opérateur a obligation de prospecter toutes les entreprises reliées à un accord de branche. Son rôle est plus donc plus contraignant.

L'intermédiation, la simple gestion ou « sous-traitance » pose problème puisque la responsabilité n'est pas engagée à un degré d'accompagnement aussi contraignant.

Jacques Barthélémy

Le rôle intermédiaire des courtiers est important. Trois axes définissent leur profession : vente, conseil, gestion.

Le Parlement européen vient de prendre une décision importante dans le cadre de la gestion de patrimoine. La mesure différencie le mode de rétribution des courtiers selon qu'ils exercent leur profession de façon libérale ou pour le compte d'une entreprise. Aux premiers doivent être versés des honoraires et aux seconds des commissions. Voilà un des principaux problèmes de fond soulevés par la question du courtage. Cette récente décision du Parlement devrait davantage inspirer les acteurs de ce marché.



Le point de vue des décideurs

Bernard Lemée

Représentant du Medef, Président de l'association sommitale de Malakoff Médéric



La question des clauses de désignation ne se pose pas seule. Il y a une tendance à la banalisation des activités des institutions de prévoyance. Ce phénomène s'observe notamment dans le domaine de la fiscalité.

Les institutions de prévoyance sont en effet soumises à une régulation comparable à celles en vigueur dans le secteur bancaire et financier suite aux lois françaises sur ce sujet (adoptées en 2008 et 2010) et enfin dans la prochaine transposition dans le droit français de la directive Solvabilité II traitant de la gouvernance des organismes.

Dans les travaux préalables à la transposition de Solvabilité II dans le droit français, l'autorité de contrôle prudentiel planchait pour que les conseils d'administration de nos institutions aient la primauté sur les directions générales. Cette part belle laissée aux partenaires sociaux a été abandonnée notamment devant la mobilisation du CTIP.

Le dernier avatar de la banalisation

de nos activités se mesure dans les attaques récurrentes et infondées dont les contrats collectifs font l'objet de la part des pouvoirs publics. Il est notamment faux d'affirmer que les contrats collectifs ne favorisent que les salariés les plus avantagés dans les grandes entreprises. 12 millions de salariés sont en effet concernés par les contrats collectifs, et 2 millions d'employeurs – souvent privés – font appel aux services des institutions de prévoyances. 55% du marché des contrats collectifs revient aux institutions de prévoyance en France, ce qui peut être en mesure d'agacer les structures concurrentes sur le marché. Il n'est donc pas juste de prétendre que seule une minorité de salariés bénéficieraient des garanties contenues dans les contrats collectifs.

Les attaques dont nous faisons l'objet prennent appui sur de récents rapports établis par la Cour des comptes de niches fiscales et sociales sur les contrats collectifs. La Cour évaluait à 4 milliards d'euros leur montant en 2011. Les employeurs ont un régime de contribution sociale qui leur est favorable mais revenir sur ces dispositifs favorables au niveau des régimes sociaux ferait peser des risques sur les entreprises. Elles pourraient renoncer à souscrire des contrats collectifs pour des questions de

“ La question des clauses de désignation ne se pose pas seule. Il y a une tendance à la banalisation des activités des institutions de prévoyance.”

trésorerie. Le risque est donc grand que les entreprises se dégagent de la complémentaire santé.

Les clauses de désignation

Acteurs de la prévoyance, nos activités ont d'abord été établies par les ordonnances de 1945. En dépit de l'ouverture à la concurrence entrée en vigueur en 1984, les institutions de prévoyance ne sont pas habilitées à gérer des contrats individuels, excepté lors des sorties de groupe. Les groupes de protection sociale tentés par de telles initiatives doivent passer par des canaux autres que paritaires, notamment par les mutuelles internes, ce qui n'est pas sans poser certains problèmes en termes de gouvernance. La situation apparaît donc fortement contradictoire puisque les institutions de prévoyance sont pourtant insérées dans un marché fortement concurrentiel.

La capacité des partenaires sociaux à gérer ces systèmes en toute au-

tonomie doit actuellement être défendue. Le droit français va dans ce sens. Il faut en même temps rechercher les meilleures garanties possibles pour les salariés et les entreprises qui nous confient leur contrat. A cet effet, trois éléments me paraissent importants :

1. La question du prix, qui ne doit pas forcément être le plus bas.
2. La sécurité. On ne confie pas un contrat collectif à n'importe quel acteur. La protection efficace de l'acteur désigné est tributaire de sa capacité à gérer les risques.
3. La pérennité et la solidarité de l'acteur à qui le mandat est confié. La directive Solvabilité II réduit les marges des acteurs des différentes familles de la protection sociale. L'appel d'offres n'est pas une mesure appropriée. Une « mise en concurrence » serait plus adaptée, notamment sur les questions de traçabilité. ■

“ La capacité des partenaires sociaux à gérer ces systèmes en toute autonomie doit actuellement être défendue. ”

Bernard Devy

Représentant de FO, Président de l'association sommitale de Klesia



Le désengagement de la sécurité sociale explique le développement de la protection sociale collective. A ce titre, la protection sociale prend un tournant beaucoup plus important dans ce pays, notamment dans le domaine de la négociation collective.

“ Les institutions de prévoyance sont un outil à disposition des partenaires sociaux. Leur mise en place, leur consolidation et leur développement correspondent à un choix de société. ”

“ Sans opposer les contrats collectifs aux contrats individuels, il demeure possible de faire cohabiter les mutuelles avec les groupes paritaires ”

Les institutions de prévoyance sont un outil à disposition des partenaires sociaux. Leur mise en place, leur consolidation et leur développement correspondent à un choix de société. Ces structures impliquent en effet que la protection sociale ne soit pas uniquement l'affaire du marché ou de l'Etat. Depuis sa mise en place par l'ordonnance de 1945 et ses amendements ultérieurs, un tel système a observé des conséquences bénéfiques sur le droit du travail. A son commencement, la prévoyance sociale pouvait en effet garantir des minimums décents aux travailleurs lorsqu'un certain patronat s'obstinait malgré une conjoncture favorable à refuser des augmentations salariales.

Pour ces raisons, nous sommes tous attachés au système de protection sociale collective. Comme Bernard Lemée, je sens le danger

que cet édifice ne s'effondre si les avantages fiscaux dont il bénéficie soient remis en question par les pouvoirs publics.

Sans opposer les contrats collectifs aux contrats individuels, il demeure possible de faire cohabiter les mutuelles avec les groupes paritaires. La question de la gouvernance ne doit pas obnubiler les débats. La coexistence des institutions de prévoyance et des mutuelles dans les groupes de protection sociale est possible. A terme, remettre en cause ces pratiques conduirait à rendre chacun des acteurs en présence perdants.

Les clauses de désignation

La gestion des contrats collectifs est de la responsabilité des partenaires sociaux.

Le courtage commence à apparaître dans les branches professionnelles jusqu'ici dépourvues de tout système de prévoyance. Cette réalité pose problème, en ce sens que les courtiers dépêchés par de grandes structures ne servent que d'intermédiaire entre les partenaires sociaux et un assureur. Phénomène marginal, des courtiers ont pu être désignés comme gestionnaires à travers la délégation de gestion dans le cadre de certaines conventions collectives. Si l'assureur n'a plus la capacité à choisir son propre gestionnaire, une dérive se fait jour. Un tel cas de figure va à l'encontre des intérêts des branches professionnelles puisqu'il remet en cause

les clauses de désignation et les clauses migratoires.

Les partenaires sociaux doivent être extrêmement prudents pour ce qui est de la rédaction puis de la gestion des accords. Un certain laxisme demeure en la matière. L'erreur pour eux consiste à confondre accords collectifs et accords d'assurance. Lors des négociations entre partenaires sociaux, les concessions sont inéluctables mais négligent parfois les subtilités du droit. En 2009, les accords dits de « portabilité » ont ainsi pu démontrer leurs limites lorsqu'une méconnaissance regrettable du droit faussait le contenu d'une concertation. Par ailleurs,

dans une situation de blocage, des positions fermées peuvent nuire à l'instauration et à la pérennité des contrats collectifs. Dans un tel cas, il n'est pas inutile de faire appel à des conseils extérieurs pour déboucher sur un accord qui satisfasse les parties en présence. Toutefois, il faut que les partenaires sociaux s'assurent dans ce contexte que le recours au conseil corresponde à une prestation et non à une rente de situation.

Des règles nouvelles doivent être ainsi mises en place pour parer aux critiques et aux attaques dont font l'objet le paritarisme dans la gestion des accords collectifs. ■

Stéphane Huillet

Représentant de la CGPME



La protection sociale occupe une place importante dans la vie des petites et moyennes entreprises. La CGPME demeure attachée au paritarisme et à la pratique du dialogue social notamment dans le cadre des accords de branche.

Les acteurs de la protection sociale doivent bannir le terme « d'appel d'offres » et plutôt lui préférer la notion d'appel coor-

donné à la concurrence. La question de prix, telle que l'a soulevée Bernard Lemée, est du premier intérêt, en ce sens que les entreprises ne doivent pas s'orienter vers le « moins-disant » au risque de souscrire des contrats sans garanties dans la durée. J'abonde également dans son sens sur les problèmes et les réponses que doivent observer les acteurs du marché avec la prochaine entrée en vigueur de la directive Solvabilité II.

La législation sur les accords de branche doit être défendue. La remise en cause brutale des niches fiscales dont bénéficient les entreprises pourrait avoir des effets indésirables et mettre en danger la pérennité de nos activités.

Débats avec les participants

Jacques Barthélémy,

Concernant les niches fiscales, le principe de neutralité fiscale sous plafond qui existe dans notre droit positif résulte d'un principe né dans la constitution d'égalité devant les charges publiques. A l'origine, la règle mythique des 19% est née de la mise en évidence du disponible dans le secteur privé pour arriver à la retraite des fonctionnaires. Le code des contributions directes de 1963 stipulait que tant que le montant total des retraites ne dépasse pas ce à quoi le fonctionnaire a droit, toutes les cotisations fiscales seront considérées par l'administration comme neutres, en application du principe de neutralité sous plafond. Cette règle a perdu de sa signification dans le temps au vu de la hausse des prélèvements obligatoires sur les entreprises.

Il apparaît donc inopportun de qualifier de « niche fiscale » le rabais dont bénéficie les institutions de prévoyance puisqu'il s'inspire davantage d'un principe d'égalité tel que régi dans la constitution d'égalité devant les charges publiques.

Bernard Daeschler

Malakoff Médéric, CGT

Nul doute que les acteurs de la prévoyance, dans le sens des interventions de MM. Barthélémy et Soldini,

doivent se ressaisir ou à défaut re-définir le sens de leurs missions. La forte participation à cette rencontre augure des suites favorables. Pour avoir contribué à l'organisation d'un débat fructueux sur la question des clauses de désignation, ajoutons que le « Pifomètre » de l'Ipsse s'est avéré particulièrement fin.

Le postulat de la CGT est que la protection sociale solidaire est une conception à défendre par temps de crise durable. A ce titre, la centrale réaffirme que la Sécurité sociale doit rester le pilier de ce système et non un plancher. Seul le régime de base permet l'accès à des soins de qualité pour tous. Les complémentaires ne peuvent pas se positionner de la sorte et intervenir à égalité. Comment réformer le régime général pour répondre aux besoins de santé aujourd'hui et comment préciser les moyens et le périmètre d'intervention du régime de base et des complémentaires ? Le poids, le rôle et les missions des complémentaires sont considérables dans la protection sociale. La CGT affirme clairement son choix pour les organismes à but-non lucratif.

Quelques chiffres certifiés AGIRC-ARRCO : la protection sociale complémentaire représente 57,1 milliards de cotisations en 2011 dont 20.8 milliards au titre des accords de

branche. Les IP représentent 45% de ce total et près de 60% en incluant leur pôle combinés. Les assureurs, représentent eux 40% en santé individuelle. En Europe, santé et prévoyance constituent le deuxième marché, 150 milliards d'euros. Santé et prévoyance représentent donc un marché juteux et déclenchent de tous bords, en France et en Europe, toute une série d'attaques.

Pour n'en citer qu'une : l'APAC (Association pour l'Assurance collective). L'APAC a publié en août dernier un rapport dans lequel elle affirme que 13 millions de salariés sont détenus en otage dans au moins deux millions d'entreprises. Les institutions de prévoyance y sont décrites comme étant en abus de position dominante sur le marché. Ce rapport contient également de graves accusations diffamatoires sur les partenaires sociaux amenés à négocier des contrats collectifs (pots de vin, pression sur les syndicalistes etc.). Cette association (qui regroupe 500 assureurs, mutuelles et courtiers) a comme objectif d'introduire de « la libre concurrence » dans le secteur des assurances - je vous laisse le soin de traduire.

Les chiffres du CTIP sur la réalité des contrats collectifs sont effectivement en mesure de contrarier les assurances à but lucratif. Le centre indique que les IP occupent 90% des désignations dans les 224 accords de branche existants avec 367 désignations accordées sur les 377 ayant

eu lieu en 2012. Alors, pour quelles raisons treize millions de salariés choisiraient-ils eux-mêmes de se retenir en otage avec l'accord de leurs syndicats ? Nous voilà au cœur des clauses de désignation qui relèvent de la responsabilité des partenaires sociaux. Les appels d'offres en prévoyance font partie de la négociation. Les contractants doivent se battre pour faire reculer toute ingérence. Si leur choix est de ne faire intervenir qu'un seul assureur, banco !

Les employeurs imposent parfois leur propre assureur, par referendum, négociations, ou décision unilatérale. Les partenaires sociaux doivent défendre la mutualisation et les syndicats conserver leur place. La CGT est favorable à une organisation de la concurrence comme à la gestion paritaire. Retenir 5 ou 6 assureurs nous apparaît comme étant le maximum, après le sérieux manque.

La COMAREP exclut la référence à un courtier ou société de gestion. Le code de la sécurité sociale prévoit lui le recours à l'intermédiation dans les accords d'entreprise. La CGT n'est pas contre le principe des complémentaires mais lutte contre tous transferts du régime de base vers les complémentaires. L'Etat français a la maîtrise de tout régime de base et complémentaire. Nous en appelons aujourd'hui à une grande négociation pour redéfinir le contrat social et les périmètres d'interventions des uns et des autres.

En conclusion, pouvons-nous dire que tout va bien dans le monde de la protection sociale complémentaire, paritaire et à but non-lucratif ? Non, car la valorisation des IP quant à leur potentiel et leurs spécificités laisse parfois à désirer. D'autre part, nous devons veiller à une plus juste répartition du dividende sociale à destination de nos adhérents, retraités et salariés. Notre seul objectif en ce moment doit être la maîtrise des cotisations pour la meilleure prestation. Comment sommes-nous perçus par les salariés ? Cette question fera peut-être l'objet d'une prochaine rencontre car nous devons nous interroger sur les conditions concrètes de notre exemplarité.

David Giovannuzzi,

Directeur des accords collectifs, AG2R

Il y a un lien entre le prix et le type de contrat négocié par les partenaires sociaux.

Trois types d'accord existent. Le premier contient la clause de désignation et la clause de migration. Le plus répandu contient la seule clause de désignation. Puis existe également le cas des entreprises qui fixent un certain cahier des charges sans attente clairement affirmée en termes de prix ni désignation d'une institution particulière. En fonction de ces trois cadres juridiques, le prix ne sera pas le même. La vision d'un accord de branche n'est pas une vision à court terme. La problé-

matique du prix, quand l'accord est signé par les partenaires sociaux, et qu'il n'y a pas de clause de migration se pose. Comment publier officiellement l'accord entre les partenaires sociaux désignant un organisme, définissant un prix, et un cahier des charges alors qu'il ne s'impose pas aux entreprises dès lors que cet accord n'est pas encore étendu ? N'importe quel assureur est capable de prendre les cahiers des charges, de proposer un prix plus bas tout en offrant des garanties.

Est-ce que cette réalité ne vient pas nuire à la politique des partenaires sociaux d'organiser une mutualisation ? Dans le cadre de la Boulangerie, les partenaires sociaux voulaient se garder de toute dérive sur le prix, forts d'une vision à long terme pour rendre effective la mutualisation. La clause de migration est alors venue pour permettre la solidarité.

Bernard Devy

Tout dépend de la branche professionnelle dans laquelle l'opérateur intervient. Dans une branche avec de nombreuses entreprises à dimension internationale, la clause de migration fait courir un risque de contentieux, les grosses structures disposant de services juridiques capables de remettre en cause un accord nouvellement signé et conserver le leur. Dans une petite branche, la mutualisation s'impose plus facilement. La rédaction du cahier des charges dépend ici des partenaires

sociaux. Ces accords collectifs ne peuvent cependant vivre que par le fait d'une plus large mutualisation. Toutefois, la co-désignation, qui fait intervenir à l'échelle d'une branche les trois opérateurs reconnus, n'est pas une solution désirable.

Bernard Lemée

Le traitement des désignations doit être effectué à la lumière de trois critères essentiels. D'abord concernant la méthode, un strict respect du principe de proportionnalité. Puis, le principe de transparence, avec la faculté pour les partenaires ayant négocié l'accord d'expliquer leur choix. Vient enfin s'ajouter le critère de traçabilité, concernant la mise à jour du mode opératoire de la procédure ayant débouché sur l'accord.

Le critère du prix évolue selon le niveau de solidarité recherché par les partenaires sollicitant un opérateur pour la gestion d'un accord. S'il doit être optimal, cela ne signifie pas pour autant qu'il doit être le plus bas. Tout accord collectif porte génétiquement en lui un impératif de solidarité quelque soit son coût.

Le principe de sécurité pose la question de la gouvernance. Le critère de pérennité doit également être observé sur la question du prix, afin de ne pas flouer les contractants sur sa possible évolution dans le temps.

Stéphane Huillet

Le pragmatisme doit guider toute conclusion d'un accord collectif car les moyens ne sont pas les mêmes selon les branches. Autre impératif : les partenaires sociaux doivent être outillés juridiquement pour assurer la pérennité des accords.

Jacques Barthélémy

Sous l'empire des textes nés de l'ordonnance de 1945, il n'y avait qu'un seul acte de reconnu, celui passé entre les partenaires sociaux. Une des conséquences de la loi Evin, principalement dictée par l'impérialisme du droit à la concurrence, fut que l'institution de prévoyance a perdu de son identité initiale, devenant un simple opérateur du marché certes soumis à des règles spécifiques. Dès lors, on peut affirmer que deux actes coexistent aujourd'hui. D'abord, l'acte passé entre syndicats d'employeurs et de salariés, puis l'acte qui régit les rapports entre cette communauté avec l'assureur. Le contrat d'assurance a une vie propre, n'étant pas forcément en harmonie avec le tissu conventionnel qu'il est chargé d'appliquer, ce qui n'est pas sans poser quelques problèmes en termes de gouvernance. Le droit interne ne donne aucune existence juridique à la branche professionnelle, aux conventions collectives ou encore aux commissions paritaires. La pratique habituelle qui consiste à faire signer un accord par tous les acteurs n'est pas la bonne solution pour une

raison très simple : le principe de parallélisme des formes fait que la modification de cet accord devra mobiliser tous les acteurs. Avec les nouveaux accords sur la représentativité intervenus en 2008, le

problème prend ainsi une nouvelle dimension. Il faut ainsi créer une commission paritaire prenant les décisions à la majorité, tels qu'existant déjà pour la gestion de l'AGIRC et de l'ARRCO. ■

Conclusions

Jean-Marc Leverrier

Actuaire, JML Conseil



Dans les premières interventions plus juridiques de ce Colloque, il est marquant de voir qu'il y a trois principes cités que personne ne conteste : la transparence, la publicité et l'égalité de traitement.

Si l'on va jusqu'au bout de l'application de ces principes, il y a beaucoup de choses à faire.

Le deuxième point souligné lors de ce Colloque est que ce n'est pas parce qu'il faut le respect de ces principes que cela induit nécessairement une mise en concurrence. Nous l'avons bien vu dans les débats qui ont suivi, lorsque l'on a affaire à une institution dédiée à la branche, il est évident que nous ne sommes pas dans la même situation que lorsqu'on a affaire à deux institutions interprofessionnelles qui se battent entre elles.

“ Il faudra bien réfléchir sur les conditions dans lesquelles il est possible d'arriver à la traçabilité de cette procédure qui aboutit à ce que ce ne soit pas le moins disant qui soit forcément choisi. ”

Ces trois principes induisent nécessairement une explication des choix. Peut-être ne doit-on pas appeler cela un « appel d'offre » à cause de sa définition, mais il faudra toutefois justifier le choix d'une façon ou d'une autre, comme l'a rappelé très justement Bernard Lemée.

Cette mise en concurrence aura lieu de toute manière, mais il a été souligné qu'elle n'implique pas de prendre systématiquement le moins disant. Dans les faits toutefois – qui sont assez différents de la théorie – il est extrêmement difficile de ne pas prendre le moins disant. Il faudra donc bien réfléchir sur les conditions dans lesquelles il est possible d'arriver à la traçabilité de cette procédure qui aboutit à ce que ce ne soit pas le moins disant qui soit forcément choisi.

Cette question du prix est d'autant moins importante que le package de solidarité est d'autant plus important, cela est une évidence.

“ On peut même se demander si un accord avec une clause de désignation et une clause de migration justifiée par ce package de solidarité, n'est pas d'une certaine façon le « nec plus ultra » d'un accord devenu alors difficilement attaquant. ”

Mais là aussi, dans les faits, cela ne se vérifie que rarement dans les discussions des commissions paritaires. Pourtant, l'importance de ce package de solidarité va consolider cette clause de désignation, et plus ce package sera important, plus on pourra aboutir à une clause de migration. On peut même se demander si un accord avec une clause de désignation et une clause de migration justifiée par ce package de solidarité, n'est pas d'une certaine façon le « nec plus ultra » d'un accord devenu alors difficilement attaquant.

Malheureusement, entre la réalité et ce que l'on voudrait, il y a encore un écart. Aujourd'hui, beaucoup de branches sont encore en simples recommandations, nous ne sommes donc pas partout à la clause de désignation. Et même quand il y a des clauses de désignation, il y a souvent des imperfections. Parmi d'autres recommandations, j'insisterais sur le fait qu'une grande attention doit être portée sur la méthode, comme l'a justement répété Maître Barthélémy. Les trois points qui ont été avancés sont les suivants :

- L'équilibre entre les parties, la transparence : il faut le même niveau d'information pour tout le monde.
- Un consentement favorisé : il faut un consentement aussi général que possible et non un accord a minima.

- La question du suivi : très importante car indépendamment de la clause de revoyure, il y a un problème de suivi.

Le conseil intervient sur toute cette procédure. Et il ne faut pas, d'après moi, séparer le conseil actuariel du conseil juridique. Ce sont deux métiers complémentaires et indispensables, et cela de plus en plus.

Une dernière recommandation sur la question de la préservation d'identité : au niveau des partenaires sociaux des branches, poser la question de la pérennisation du système, c'est poser la question du maintien de l'identité ; or, à terme, il ne perdure que des organismes à identité forte. Aujourd'hui, il y a des attaques, le champ de la concurrence est considéré comme ce qu'il ya de mieux pour obtenir le meilleur rapport qualité-prix –et l'Europe nous y invite fortement. Mais tout ne peut se réduire à cela ; et je citerais pour finir Monsieur le Délégué général de Malakoff Médéric dans son discours d'ouverture : « il ne faut pas savoir défendre des acquis, il faut savoir donner ou redonner du sens ». ■

“ Le conseil intervient sur toute cette procédure. Et il ne faut pas, d'après moi, séparer le conseil actuariel du conseil juridique. Ce sont deux métiers complémentaires et indispensables, et cela de plus en plus. ”

Liste des Participants et Intervenants

ACAR Jean-Rémy; FEPEM	DELAGRANGE Michèle; SMI
AIT SAMADI Nabila; Malakoff Médéric	DELANAUD Isabelle ; Malakoff Médéric
AMISSE Emilie; Etudiante	DESCHAMPS Fabrice; Chorum
APPERT Emilie; AG2R La Mondiale	DESORMIERE Nicolas; Malakoff Médéric
ARASSUS-TEXIER Marine; AG2R La Mondiale	DESORMIERE Nicolas ; Malakoff Médéric
BARTHELEMY Jacques ; Barthélémy et Associés	DEVILLECHABROLLE Valérie; PSI
BARTHEN Sylvie; AG2R La Mondiale	DEVY Bernard; Klesia
BENISTI Elise ; Avocate	DIEU Michel; ADEIS
BICHON Rémy; PRO BTP	DUCRE Marie-Line; Agrume
BLANCHOT Gilles; AG2R La Mondiale	DUMERVAL Gilles; AG2R La Mondiale
BOBICHON Jean-Pierre; Ipse	DUPONT Daniel; PRO BTP
BOCOGNANO Agnès; FNMF	FANEY Grégoire; AEF
BOUCHER Dominique; Ipse	FASSINOTTI Pascale; FNMF
BOULBES Claude ; Klésia	FERRANDIS Jean-Philippe; Verspieren
CABON Anne; Klésia	FERRERE Olivier; Pierre Vincesini SARL
CADOT Paul; GNP	FLEURENT Maryline ; Malakoff Médéric
CAMARD Lilianne; Ipse	FLEURY Marie-José ; Europe à la Une
CANDE Christophe; Mutieg	FLUHR Jean-Claude; AG2R Prévoyance
CANTOIS Patrick; Chorum	GARDE Jean-Luc; Malakoff Médéric
CARIOU Alain; AG2R La Mondiale	GELIN Alain ; Malakoff Médéric
CASTAGNE Jean; AG2R La Mondiale	GIOVANNUZI David; AG2R La Mondiale
CHARPENTIER François; Journaliste	GIRARD-BACH Anne-Charlotte ; Malakoff Médéric
CHENOT Alain; Ipse	GOSSELIN Hélène; Europe et Société
COLLIGNON Véronique; OCIRP	GRANDJEAN Laurence; AG2R Prévoyance
COURTOIS Emmanuel; Expert	HUILLET Stéphane ; CGPME
COUSINEAU Mathieu; FNMF	HUTIN Cécile ; Klésia
DAESCHLER Bernard; Malakoff Médéric	IMBERT Pierre-Christian; Malakoff Médéric
DE DANNE Anne; Malakoff Médéric	JUDEL Valérie; HCR Santé
DE GORIAINOFF Jehan; B2V	LAUTRETTE Laurence; Barthélémy Avocats
DE LA PORTE Bruno; ADICEO	LE COR Emmanuelle; Klésia
DE VALLOIS Alexandrine ; Malakoff Médéric	LEBOSSEY Anne; Malakoff Médéric
DEL SOL Marion; Université de Brest	LEIGNEL Fabien; AG2R La Mondiale

LELIEVRE Sophie ; Malakoff Médéric

LEMEE Bernard; Malakoff Médéric

LESOT Brigitte; Chorum

LEVERRIER Jean-Marc; JML Conseil

LOREAL Simon; Ipse

MARREL Eric ; Malakoff Médéric

MARTINEZ Henri; ADEIS

MASSOT Frédéric; MACIF

MICOR Thierry; Fédération Française du Bâtiment

MINOT François ; IPSEC

MORIN-LEFEVRE; B2V

NICOLET Sylvie; Cahiers du DRH.

NIQUE Olivier; PRO BTP

PEQUIGNOT Maëliiss; ADICEO

PLAUTE Caroline; FNMF

PLUMION Dominique; Malakoff Médéric

PROUTEAU Jean-Marie; Chorum

PROVENZI Lucien; AG2R Prévoyance

REUGE Stephane; PRO BTP

ROBIGO Sandrine ; Malakoff Médéric

ROGER Chantal; Malakoff Médéric

RONZON Pascal; ADEIS

RUIZ Sophie; Ipse

SAINT-JEANNET, Michel; SMI

SARKADI Nicolas; Mutuelle Interiale

SARKOZY Guillaume; Malakoff Médéric

SAUTY Gérard; CFTC

SCHAEPELYNCK Patrick; Ipse

SCHAFFNER Patrick ; INPR

SIEGEL Jean-Paul; Avocats BOUKRIS

SOLDINI David; Université de paris I Panthéon-Sorbonne

SPAETH Jean-Marie; Adecri

TRUPIN Yves; ACTENSE

URBANIAK Franck; OCIRP

VAITER Nathalie ; Université Paris 1

VARDA Stéphane; Mutuelle Mieux Etre

VERET-DAME Nathalie ; Klésia

VIDET Martial ; Malakoff Médéric

Les partenaires sociaux doivent faire preuve de transparence et de méthode pour les accords de branche

La question de la légitimité des clauses de désignation a été abordée lors du 10^e Colloque professionnel Ipse, organisée le vendredi 9 novembre 2012, dans les locaux du groupe Malakoff Médéric, à Paris sur le thème « Désignation d'un opérateur unique pour gérer les garanties collectives dans une branche : libre prestation de services ou exigence de solidarité ? ».

Selon Maître Jacques Barthélémy, avocat en droit social, la jurisprudence bien établie en matière de contrats de garanties collectives de prévoyance entre une branche professionnelle et un organisme assureur désigné montre qu'il ne s'agit pas d'une entente illicite entre entreprises, le droit de la concurrence ne remettant pas en cause le droit fondamental de négociation collective. Cela doit toutefois nécessairement inviter à la mise en place de règles de transparence et à la plus grande rigueur de la part des partenaires sociaux lors de la conclusion de ces accords, la notion de régime, soit l'obligation l'assimilant à la sécurité sociale, étant ici fondamental.

« La validité d'une clause de désignation est conditionnée, pour ce qui concerne la prohibition des positions dominantes, par la poursuite d'un objectif de solidarité qui se traduit par des droits non contributifs et une politique de prévention qui ne peuvent être alimentés que si est construit « un pot commun », lequel n'est possible que par la mutualisation auprès d'un opérateur unique » souligne Maître Barthélémy.

Il n'est donc pas nécessaire d'appliquer un appel d'offre pour les marchés publics dans le domaine des clauses de désignation, cela irait même à l'encontre du choix du critère de solidarité au profit du meilleur prix, selon Jacques Barthélémy. « Il reste nécessaire d'appliquer les principes de transparence, la publicité et l'égalité de traitement pour choisir le meilleur gestionnaire du contrat collectif », a toutefois souligné David Soldini, Maître de conférence en droit public à l'Université Paris I.

Les conditions dans lesquelles il est possible d'arriver à une traçabilité de la procédure qui aboutit à ce qu'on ne choisisse pas le « moins disant » au détriment de la qualité des garanties fournies demandent donc d'être clairement définies. Plus le « package de solidarité » sera important, plus il va consolider la clause de désignation voire légitimer une clause de migration, comme l'a résumé Jean-Marc Leverrier, actuaire Conseil, lors des conclusions.

Si les partenaires sociaux « doivent faire leur choix librement », selon Bernard Devy, représentant de FO et Président de l'association sommitale de Klésia, « ils doivent être extrêmement prudents lors de la rédaction des accords » a souligné Bernard Lemée, représentant du Medef et président de Malakoff Médéric, soucieux que ces accords ne puissent être remis en cause. Un consentement favorisé, aussi général que possible entre les partenaires sociaux, doit en outre être trouvé pour éviter un accord a minima qui serait attaquant.

Lors de cette matinée, les intervenants ont également rappelé que le paritarisme est un « outil mis à disposition des partenaires sociaux », « nécessaire et indispensable » dans les accords de branche. Bien que les mutuelles ne soient pas aussi bien représentées dans les accords collectifs que les institutions de prévoyance, Michel Saint-Jeannet, représentant la SMI, a souligné pour sa part qu'il « est difficile d'être contre les accords de branche » lorsque l'on défend une couverture santé pour tous.