

Séance COMAREP du 4 avril 2012

**Observations sur l'avenant n° 1 à l'accord du 27 janvier 2011
convention collective nationale des fleuristes, de la vente
et des services des animaux familiers, conclu le 10 novembre 2011**

(page 127 du recueil)

- **Article 1 révisé – Objet de l'accord**
- **Article 5 révisé – Financement du régime frais de santé**

Cet avenant vise à répondre aux observations formulées par la COMAREP le 13 septembre 2011, au sujet de l'accord du 27 janvier 2011, qui a instauré le régime frais de santé de la branche.

Pour mémoire, cet accord comporte une clause de désignation mais selon une construction inédite puisque le régime à caractère obligatoire mis en place comporte deux options : une formule « de base » et une formule « améliorée », au libre choix de l'employeur. L'entrée en vigueur du dispositif est conditionnée à son extension par voie d'arrêté.

Le présent avenant modifie les articles 1^{er} et 5 afin de préciser les conditions dans lesquelles s'appliquent les formules « de base » et « améliorée » du régime frais de santé :

1°) l'article 1^{er} révisé indique que l'accord collectif met en place auprès de l'organisme désigné « *une garantie frais de santé obligatoire composée de deux formules, Base et Améliorée, [...] une mutualisation des deux formules* », et que « *cette mutualisation sera organisée dans les comptes présentés au titre des deux régimes pris ensemble* » ;

2°) l'article 5 révisé rappelle que « *les taux de cotisation varient en fonction de la formule du régime frais de santé obligatoire retenue par l'entreprise : régime frais de santé de base, ou régime frais de santé amélioré* ».

Le fonds unique géré par l'organisme assureur désigné est ainsi alimenté par deux niveaux de cotisations, et permet de financer deux niveaux de prestations. La « mutualisation » telle qu'envisagée¹ par les partenaires sociaux s'effectue ainsi dans le cadre de deux régimes distincts, correspondant à des entreprises et des salariés différents, avant que les comptes de résultats des deux régimes ne soient consolidés.

Une telle clause de désignation n'est pas légale.

En effet, la régularité de la clause de désignation est subordonnée, en application de l'article L. 912-1, à l'existence d'une mutualisation des risques

¹ Le préambule de l'accord du 27 janvier 2011 révèle que c'est bien la volonté des partenaires sociaux, puisqu'il dispose que cet accord « *favorise l'accès des salariés à des dispositifs de santé sans considération d'âge ni d'état de santé et à des tarifs avantageux. Pour ce faire, les partenaires sociaux ont estimé nécessaire d'organiser la mutualisation du risque « frais de santé » auprès d'un organisme d'assurance désigné* ».

En effet, l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale dispose que « *lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes [assureurs], auxquels adhèrent alors obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de ces accords, ceux-ci comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation des risques peuvent être réexaminées* ».

Des accords mettant en place deux régimes alternatifs distincts pour les salariés entrant dans son champ d'application ne peuvent être regardés comme organisant une mutualisation des risques au sens et pour l'application de l'article L. 912-1 précité.

La mutualisation implique l'existence d'un seul et unique régime, c'est-à-dire imposant à l'ensemble des entreprises concernées des cotisations identiques et des prestations identiques.

En effet, en tant qu'elles s'inscrivent, en application de l'article L. 420-4 du code de commerce, comme une dérogation aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du même code (qui prohibent les ententes et abus de position dominantes), les dispositions de l'article L. 912-1 CSS doivent être interprétées strictement.

En outre, une clause de désignation instituée dans le cadre d'un régime à option facultative ne pourrait plus être justifiée au regard du droit communautaire. En effet, pour admettre la compatibilité au Traité des clauses de désignation prévues à l'article L. 912-1 CSS, la Cour de justice de l'Union européenne avait relevé la finalité de ce dispositif en termes de solidarité, en soulignant qu'en l'absence d'une telle clause, « *les entreprises employant un personnel jeune et en bonne santé exerçant des activités qui ne sont pas dangereuses rechercheraient des conditions d'assurance plus avantageuses* » auprès d'autres assureurs. « *Le départ progressif des « bons » risques laisserait à l'assureur désigné la gestion d'une part croissante de « mauvais » risques, provoquant ainsi une hausse du coût des [garanties] des travailleurs, et notamment de ceux des petites et moyennes entreprises disposant d'un personnel âgé exerçant des activités dangereuses* » (CJUE 21 septembre 1999, affaire C-67-96, Albany).

Si les entreprises demeurent libres de créer des prestations supérieures, par rapport au socle de base constitué par la branche dans le cadre de la clause de désignation, elles ne peuvent le faire que par voie d'accords d'entreprise, distincts du régime de branche, dans les conditions prévues à l'article L. 911-1 du CSS : les garanties additionnelles correspondantes seront alors extérieures au champ de la mutualisation.

Il résulte de ce qui précède que la clause de désignation prévue par le présent avenant est irrégulière.

En tout état de cause, le régime instauré soulèverait d'importantes difficultés, qui illustrent les conséquences de l'absence de mutualisation au sens de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale :

1°) aucune règle ne garantit que l'un des deux régimes ne viendra pas compenser les déficits de l'autre. La tarification ne peut être définie *ex ante* de façon à garantir un ratio sinistres à primes identique pour chacun des régimes.

2°) la différenciation des garanties n'assure pas leur amélioration « en moyenne ». En effet, dès lors qu'il revient aux entreprises d'opter pour le régime de base ou le régime amélioré, il

est probable que celles qui ont les salariés les plus jeunes et en meilleure santé choisiront le régime amélioré, tandis que les autres opteront plutôt pour le régime de base.

3°) les dispositions des articles L. 912-1 du code de la sécurité sociale et L. 2253-2 du code du travail ne sont pas applicables, s'agissant des entreprises qui disposaient déjà d'un régime avant l'entrée en vigueur du régime de branche, puisque l'accord du 27 janvier 2011 prévoit qu'elles peuvent demeurer affiliées auprès de l'organisme assureur de leur choix, si elles proposent des garanties strictement supérieures, risque par risque « à celles visées à l'article 6 de l'accord ». Or, l'article 6 détermine aussi bien les garanties des régimes de base que celles du régime amélioré. Cela pourrait signifier que des entreprises proposant des garanties supérieures, risque par risque, à celles du régime de base mais inférieures ou équivalentes à celles du régime amélioré seraient en droit de ne pas rejoindre l'organisme assureur désigné par l'accord de branche.

Enfin et à titre subsidiaire, il sera observé que le texte de l'accord ne comportait pas de clauses relatives au réexamen périodique des conditions de mise en œuvre de la mutualisation concrétisé par une procédure adaptée et une durée, d'au maximum 5 ans, pour le réexamen. Or cette clause aurait été obligatoire en application de l'article L. 912-1 (étant toutefois rappelé, pour les raisons exposées ci-dessous, que la clause de désignation instituée par cet accord n'est en tout état de cause pas conforme à cet article).

Par conséquent, l'extension de l'accord du 27 janvier 2011 et celle de son avenant n° 1 conclu le 10 novembre 2011 devraient être refusées.