



**AVIS DE Mme LAULOM,
AVOCATE GÉNÉRALE**

Arrêt n° 394 du 9 avril 2025 (FS-B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 24-11.036

Décision attaquée : Conseil de prud'hommes de Schiltigheim du 23 novembre 2023

la société Solutia Strasbourg

C/

Mme [M] [O]

Avis au pourvoi n° J2216449 et commun aux pourvois connexes n° S2411036 et T2411037

Cet avis complémentaire complète et se substitue au premier avis rendu.

La Direction générale du travail a été consultée par le parquet général sur l'application de la convention collective nationale des entreprises de services à la personne du 20 septembre 2012 (IDCC3127) et, plus particulièrement de son avenant n° 1 du 25 avril 2013. La réponse de la DGT est jointe à la procédure et les éléments de cette consultation sont intégrés à l'avis.

1. La situation de la prévoyance dans le secteur du service à la personne

Les trois pourvois concernent l'application de la convention collective nationale des entreprises de services à la personne, signée le 26 septembre 2012 et de son avenant relatif à la protection sociale, signé le 25 avril 2013.

Consultée, la DGT décrit ainsi cette situation: *“La convention collective nationale des entreprises de services à la personne a été signée le 26 septembre 2012. Elle a été déposée à la DGT le 6 octobre et a fait l'objet d'une demande d'extension à la même date. L'article 1.2 du chapitre IV prévoit qu'“elle entrera en vigueur le 1^{er} jour du 7^{ème} mois de celui qui suit l'adoption de l'arrêté d'extension”. Elle a été étendue par arrêté du 3 avril 2014 (NOR: ETST1408167A) avec exclusion de la partie VI relative à la protection sociale, en tant qu'elle prévoit un régime conventionnel de prévoyance fondé sur une clause de désignation d'organismes assureurs et une clause de migration, pris en application de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, déclaré contraire à la Constitution par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2013-671 DC du 13 juin 2013. Cette convention est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2014.*

L'avenant relatif à la protection sociale a été signé le 25 avril 2013. Il a été déposé à la DGT le 24 mai 2013 et a fait l'objet d'une demande d'extension à la même date. Aucune de ses stipulations ne régit son entrée en vigueur. Pour la DGT, conformément à l'article L. 2261-1 du code du travail, l'avenant était donc, en l'absence de stipulations contraires, applicable à partir du jour qui suit son dépôt auprès du service compétent. Il a fait l'objet d'un refus d'extension par décision du 21 août 2015 au motif que depuis la décision du Conseil constitutionnel précitée, il n'était plus possible pour les signataires d'un accord de prévoyance de désigner un assureur unique auquel les entreprises et les salariés seraient tenus d'adhérer, ni pour l'autorité administrative d'étendre un tel accord, fût-il conclu antérieurement à la décision du Conseil constitutionnel.

L'entrée en vigueur de l'avenant n'étant pas conditionnée à son extension, il est applicable aux entreprises adhérentes aux organisations d'employeurs l'ayant signé.

Ainsi, il n'existe pas de régime de prévoyance étendu pour la branche des services à la personne¹.

S'agissant des entreprises non adhérentes aux organisations d'employeurs ayant signé l'avenant, les salariés peuvent tout de même être couverts :

- L'ANI de 2017 relatif à la prévoyance des cadres prévoit une couverture complémentaire prévoyance obligatoire pour les cadres avec une cotisation d'a

¹ Toujours selon la DGT, il existe des régimes conventionnels de prévoyance non étendus dans d'autres branches professionnelles: établissements et services pour personnes inadaptées et handicapées, centres de lutte contre le cancer, régies de quartier, associations familiales rurales, établissements privés d'hospitalisation, de soins, de cure et de garde à but non lucratif. Aucune de ces conventions n'a fait l'objet d'un arrêté d'extension, car leurs champs d'application recoupent les champs d'autres conventions.

minima 1,50% de la tranche de rémunération inférieure au plafond fixé pour les cotisations de sécurité sociale à la charge de l'employeur et prioritairement affectée au risque décès.

- Même sans obligation conventionnelle de couverture des non-cadres au niveau national et au niveau de la branche, les salariés peuvent être couverts par un accord conclu au niveau de l'entreprise.

Le portrait statistique 2022 de la branche, réalisé par la DARES, montre que la branche est très largement constituée de non-cadres, puisque les cadres représentent seulement 2,8% des 208 900 salariés de la branche. La plupart des salariés ne sont donc pas couverts par l'ANI de 2017 relatif à la prévoyance des cadres. Par ailleurs, les entreprises de la branche sont relativement petites, puisque les 208 900 salariés sont répartis dans 7 520 entreprises. Or, l'enquête PSCE de l'Irdes de 2017 montre qu'en moyenne, les salariés des plus petites entreprises sont moins souvent couverts en prévoyance que ceux des plus grandes. Il est donc probable qu'un grand nombre de salariés de la branche des entreprises de services à la personne ne soient pas couverts par un accord ou un dispositif de prévoyance.

La branche est en cours de négociation d'un accord de prévoyance, qui pourrait être prochainement signé. En effet, la négociation relative à la mise en place d'un régime de prévoyance au sein de la branche avait été rouverte avant 2020 mais a été mise à l'arrêt du fait du Covid. Les partenaires sociaux de la branche ont décidé d'inscrire de nouveau à l'agenda social dès 2023 l'ouverture d'une négociation relative à la création d'un régime conventionnel de prévoyance au profit de l'ensemble des entreprises du secteur. A l'heure actuelle, l'accord de mise en place du régime fait encore l'objet de négociations entre les partenaires sociaux. Celui-ci devrait être conclu au premier trimestre 2025. La branche est en cours de sélection d'un organisme assureur dans le cadre de la recommandation".

Les entreprises concernées par l'application de l'avenant

Concernant la CCN et l'avenant n° 1 du 25 avril 2013, les organisations d'employeurs signataires sont la FESP et la FEDESAP.

Dans les candidatures pour la mesure de la représentativité 2021, ces organisations d'employeurs représentent près de 4000 entreprises sur les 7500 que compte la branche, pour plus de 200 000 salariés (sur près de 250 000 salariés déclarés, selon les données issues des dossiers de candidature et validés par les commissaires aux comptes). La DGT ne dispose en revanche pas des données pour l'ensemble des entreprises de la branche. Par ailleurs, les chiffres, issus des dossiers de candidature des organisations professionnelles d'employeurs sont fondés sur les contrats en cours de l'année N-2, donc l'année 2020. Tous les contrats, quel que soit le volume horaire, sont concernés, à la différence des données de la DARES qui font l'objet d'un retraitement statistique, avec exclusion d'un certain nombre de contrats en raison de la faible quotité de travail au sein de la branche. Cette différence de méthode peut expliquer les différences entre les données issues de la DARES et celles issues des dossiers de candidature, car ce ne sont pas les mêmes informations qui sont recherchées et retranscrites".

2. Clauses de désignation

Pendant longtemps, les conventions collectives ont pu prévoir des clauses de désignation et de migration autorisées par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale. Ces clauses permettaient que toutes les entreprises d'une même branche soient liées avec un même cocontractant, organisme de prévoyance, déjà désigné par le contrat négocié au niveau de la branche. La Cour de Justice avait admis la licéité de ces clauses au regard du droit de la concurrence².

Le Conseil constitutionnel a sonné le glas de ces clauses dans sa décision du 13 juin 2013³, rendue à l'occasion de l'adoption de la loi n°2013-504 du 14 juin 2013, qui généralise la couverture complémentaire collective santé pour l'ensemble des salariés. Si le Conseil constitutionnel a admis que le législateur avait poursuivi un objectif d'intérêt général en *“renvoyant aux accords professionnels et interprofessionnels le soin d'organiser la couverture de ces risques auprès d'un ou plusieurs organismes de prévoyance”*, il a considéré qu'il ne pouvait porter une atteinte telle à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprise *“que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini”*.

Au regard des conséquences possibles de sa décision sur les régimes de prévoyance dans les entreprises et afin d'éviter un bouleversement immédiat du système de protection complémentaire des salariés, il a assorti sa décision d'une disposition transitoire: *“la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du code de sécurité sociale prend effet à compter de la publication de la décision”*; *“elle n'est toutefois pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication”*⁴, *et liant les entreprises à celles qui sont régies par le code des assurances, aux institutions relevant du titre III du code de la sécurité sociale et aux mutuelles relevant du code de la mutualité* (§ 14). Selon le commentaire de la décision du Conseil constitutionnel publié aux Cahiers, *“la censure de l'article L. 912-1 du code de sécurité sociale doit conduire à ce qu'aucune nouvelle convention ne soit passée sur le fondement de ces dispositions. Les conventions déjà conclues continueront de produire leurs effets jusqu'à leur terme normal”*.

La décision du Conseil constitutionnel a suscité de nombreux commentaires contrastés⁵ et a soulevé deux questions, dont la réponse conditionnait la durée de la période de sanctuarisation des clauses de désignation :

² CJUE, 3 mars 2011, AG2R prévoyance, C-437/09.

³ [Décision n°2013-672 DC du 13 juin 2013, Loi relative à la sécurisation de l'emploi.](#)

⁴ La publication de la décision du Conseil constitutionnel est intervenue le 16 juin 2013, JO n° 0138 du 16/06/2013.

⁵ Voir notamment : F. Kessler, “La notion de “contrat en cours” en droit de la prévoyance: le chaos jurisprudentiel”, *RDSS* 2014, p. 962. J. Barthélémy, “Protection sociale complémentaire. La survie des clauses de désignation”, *Droit social*, décembre 2014, n° 12, p. 1057-1063.

- par contrat en cours, le Conseil constitutionnel entendait-il le contrat d'assurance ou l'accord collectif fondateur du régime? En d'autres termes faut-il prendre en compte les seuls actes contractuels en cours qui lieraient directement les entreprises aux organismes assureurs désignés par des accords collectifs (première interprétation) ou les actes ayant le caractère de conventions ou d'accords collectifs ayant procédé à la désignation d'organismes assureurs pour les besoins du fonctionnement des dispositifs de mutualisation que les partenaires sociaux ont entendu mettre en place (deuxième interprétation) ?

- quelle est la durée de survie de clauses de désignation qui ont été conclues avant la publication de la décision du Conseil constitutionnel ? En effet, si habituellement le Conseil constitutionnel définit une date de fin de la survie d'une disposition qu'il a reconnue comme étant inconstitutionnelle, ce n'est pas le cas dans la décision du 13 juin 2013. Seul le commentaire précise que *“les conventions déjà conclues continueront de produire leurs effets jusqu'à leur terme normal”*.

3. La notion de contrat en cours

Concernant la notion de “contrat en cours”, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont retenu la seconde interprétation.

Au vu des conséquences de la décision du Conseil constitutionnel, le gouvernement a très vite saisi le Conseil d'Etat afin d'être éclairé sur la portée des dispositions relatives à l'application dans le temps de la décision du Conseil constitutionnel. Dans son avis⁶, le Conseil d'Etat se prononce en faveur de la deuxième interprétation, en se fondant notamment sur le commentaire aux Cahiers.

C'est cette même interprétation de contrat en cours que le Conseil d'Etat retient, lorsqu'il s'est prononcé sur la question de la validité d'arrêtés d'extension pris après la décision du Conseil constitutionnel. Le Conseil d'Etat a considéré que sa décision faisait obstacle à ce que l'autorité ministérielle puisse légalement, après la date à laquelle sa déclaration d'inconstitutionnalité a pris effet, étendre les stipulations d'un accord prévoyant une telle obligation d'adhésion et ainsi l'imposer à des entreprises qui, n'étant pas adhérentes à l'une des organisations d'employeurs signataires de l'accord, n'étaient pas liées par celui-ci⁷. Au regard des conséquences de l'annulation rétroactive de l'arrêté d'extension, qui *“serait à l'origine de graves inconvénients quant aux droits, en matière de protection complémentaire, des salariés exerçant leur activité dans la branche”*, le Conseil d'Etat a également limité les effets de l'annulation de l'arrêté dans le temps : *“eu égard aux effets de l'annulation, et afin de permettre aux partenaires sociaux de conclure un nouvel accord et au ministre chargé de l'agriculture de l'étendre, il y a lieu, d'une part, compte tenu du motif de cette annulation, de la différer jusqu'au 1er mai 2016 ; qu'il*

⁶ [Assemblée Générale \(section sociale\) Avis n°387895 - 26 septembre 2013](#). Voir le commentaire de J. Barthélémy, “Protection sociale complémentaire. La survie des clauses de désignation”, *DS* 2014, p. 1057.

⁷ CE, 15 décembre 2015, n° 372880.

y a lieu, d'autre part, de prévoir que, sous réserve des actions contentieuses engagées avant le 30 novembre 2015 contre les actes pris sur son fondement, les effets de l'arrêté attaqué antérieurement à son annulation doivent être regardés comme définitifs".

C'est une même notion de "contrat en cours" qui a été retenue par la Cour de cassation⁸. Pour la Cour, il résulte de la décision du Conseil constitutionnel, "*que les contrats en cours sont les actes ayant le caractère de conventions ou d'accords collectifs ayant procédé à la désignation d'organismes assureurs pour les besoins du fonctionnement des dispositifs de mutualisation que les partenaires sociaux ont entendu mettre en place, voire les actes contractuels signés par eux avec les organismes assureurs en vue de lier ces derniers et de préciser les stipulations du texte conventionnel de branche et ses modalités de mise en oeuvre effective*".

C'est une question inédite que soulève le pourvoi J2216449 : suffit-il que le contrat ait été conclu avant la décision du Conseil constitutionnel, doit-on prendre en compte le moment où il est applicable ou doit-on tenir compte de son entrée en vigueur ?

4. Pourvoi J 2216449

Mon avis portera sur les deux premières branches du premier moyen car je rejoins les propositions de rejet non spécialement motivé du second moyen et des 3^{ème} à 6^{ème} branches du premier moyen des deux rapports.

Pour condamner l'employeur au paiement de dommages et intérêts pour non respect de son obligation d'adhérer au régime de prévoyance obligatoire, la cour d'appel de Nîmes a admis l'application de la convention collective nationale des entreprises de services à la personne du 20 septembre 2012 et plus précisément de son avenant n°1 du 25 avril 2013 qui organise la protection sociale.

Selon le pourvoi, les dispositions de la convention collective relatives à la prévoyance de la partie VI de la convention collective, intégrées par l'avenant du 25 avril 2013, ne sont jamais entrées en vigueur, y compris pour les entreprises adhérentes des organisations signataires, faute d'avoir été étendues.

Il faut signaler que plusieurs cours d'appel ont été saisies de cette même question et ont adopté des positions parfois différentes de celle de Nîmes.

Certaines décisions ont considéré que l'avenant n'étant pas entré en vigueur, l'accord n'était pas en cours le 16 juin 2013, date de la publication de la décision du

⁸ Soc., 11 février 2015, pourvoi n° 14-11.409, Bull. 2015, V, n° 27; Soc., 11 février 2015, pourvoi n° 14-13.538, Bull. 2015, V, n° 28. Voir également, Soc., 1 juin 2016, pourvoi n° 15-12.276, 15-12.796, Bull. 2016, V, n° 126.

Conseil constitutionnel⁹. Les employeurs n'étaient donc pas tenus d'adhérer au régime de prévoyance conventionnellement prévu.

D'autres décisions n'appliquent pas l'avenant, soit que l'employeur n'était pas membre de l'organisation signataire, soit que cette question n'apparaisse pas dans le débat¹⁰.

La cour d'appel de Bourges, par six arrêts, a considéré *“qu'il ne peut être pertinemment discuté que l'article 2 de l'avenant n°1 du 25 avril 2013 relatif à la protection sociale prévoit la mise en place d'un régime de prévoyance obligatoire pour tous les salariés des entreprises”* relevant du champ de la CCN et ayant une ancienneté de six mois dans ladite branche, de sorte que ce texte s'applique bien à l'appelante, quand bien même il n'a pas été étendu, puisque cette dernière reconnaît adhérer à la FEDESAP, organisation patronale signataire”. Pour la CA de Bourges, la décision du Conseil constitutionnel, affecte les clauses de désignation, déclarées inconstitutionnelles, *“sans remettre en cause le principe même de l'obligation pour l'employeur de faire bénéficier ses salariés d'une prévoyance”*. La société ne peut donc invoquer un tel motif pour justifier la non affiliation avérée de tous ses salariés¹¹.

La question soulevée par le pourvoi est inédite: au regard de la décision du Conseil constitutionnel et des dispositions particulières d'entrée en vigueur de la convention collective nationale des entreprises de services à la personne et de celles de l'avenant n°1 conclu le 25 avril 2013, peut-on considérer que celui-ci était en cours à la date de la décision du Conseil constitutionnel ?

Plusieurs interprétations sont possibles.

4.1. Les clauses non étendues par un arrêté d'extension s'appliquent aux entreprises membres des organisations signataire

Dans mon premier avis, j'ai considéré que cette question conduisait à s'interroger sur les conséquences d'un arrêté d'extension partiel sur les clauses non étendues à l'égard des entreprises membres de l'organisation signataire.

Aux termes de l'article L. 2261-1 du code du travail, *“les conventions et accords sont applicables, sauf stipulations contraires, à partir du jour qui suit leur dépôt auprès du service compétent, dans des conditions déterminées par voie réglementaire”*.

⁹ Cour d'appel de Caen, 5 juillet 2022, n°RG 22/00026 (ordonnance de référé); 17 novembre 2022, n° RG 21/01573; 16 mars 2023, n° RG 21/03427; 29 février 2024 n° RG, 22/01910; Cour d'appel de Montpellier, 15 février 2024, n° RG 23/03718; 7 juin 2023, n° RG19/07652; Cour d'appel de Nîmes, 31/01/2023, n° RG 19/00046.

¹⁰ Cour d'appel de Montpellier, 18 septembre 2024, n° RG 22/02391; Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 20 janvier 2023, n° RG 18/13584.

¹¹ CA de Bourges, 10 mai 2019, RG n°17/00193, 17/00194, 17/00196, 17/00197, 17/00198 et 17/00199.

Il est admis que les parties peuvent déroger à cette règle. Elles peuvent, à certaines conditions, prévoir une application rétroactive de l'accord conclu. Elles peuvent également retarder son application, en subordonnant l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord, par exemple à la publication de l'arrêté d'extension ou à l'extension de l'accord pris de façon indivisible¹². C'est le cas ici, l'article 1.2 du chapitre IV de la convention collective prévoit qu'*"elle entrera en vigueur le 1^{er} jour du 7^{ème} mois de celui qui suit l'adoption de l'arrêté d'extension"*.

La chambre sociale juge qu'un accord, dont l'entrée en vigueur est subordonnée à la seule parution de son arrêté d'extension, sans distinction entre les dispositions étendues et celles éventuellement exclues de l'extension, est applicable dans son intégralité, à compter de la survenance de cet événement, aux signataires ou membres de groupements signataires, peu important que l'extension soit totale ou partielle¹³.

Cette solution découle du droit des conventions collectives et du droit des contrats. L'effet de l'arrêté d'extension est uniquement d'étendre le champ d'application de la convention collective au-delà de ses seuls signataires employeurs en laissant intact le champ professionnel et géographique de la convention collective. L'arrêté d'extension ne modifie pas la nature de la convention ou de l'accord collectif qui conserve sa nature contractuelle et il n'a pas d'effet sur le caractère obligatoire de la convention pour ses parties signataires. La référence dans la convention collective à l'arrêté d'extension pour déterminer l'entrée en vigueur de la conférence permet ainsi l'identification d'une date qui va marquer l'entrée en vigueur de la convention ou le point de départ d'un délai pour définir cette date, soit ici, selon l'article 1.2. du chapitre IV de la convention des entreprises de services à la personne, le 1^{er} jour du 7^{ème} mois de celui qui suit l'adoption de l'arrêté d'extension.

En l'espèce, la clause de la convention de 2012 n'opérait aucune distinction entre les dispositions étendues et celles éventuellement exclues de l'extension et l'avenant ne comportait pas de clause spécifique. Il n'y avait donc pas lieu à distinguer là où la convention ne distinguait pas. **La signature de la convention, comme de l'avenant, interviennent avant la décision du Conseil constitutionnel. Comme l'exige le Conseil constitutionnel, les conventions sont en cours au moment où la décision du Conseil constitutionnel intervient, quand bien même les parties ont décidé de différer leur application.**

Si l'on devait admettre que les entreprises qui sont adhérentes aux organisations signataires d'un accord ne sont pas soumises aux stipulations exclues de l'extension, dans l'hypothèse où les signataires de cet accord ont conditionné son entrée en vigueur à la seule parution de son arrêté d'extension, sans distinction entre les stipulations étendues et celles éventuellement non étendues, il conviendrait de revenir sur le principe posé par l'arrêt du 31 octobre 2006.

¹² Soc., 17 septembre 2003, pourvoi n° 01-10.706, Bulletin civil 2003, V, n° 240.

¹³ Soc., 31 octobre 2006, pourvoi n° 05-10.051, Bull. 2006, V, n° 322.

Consultée sur l'opportunité que la Cour de cassation adopte une solution différente de celle de l'arrêt de 2006, la DGT développe plusieurs arguments convaincants en faveur d'une telle évolution¹⁴. Je n'analyserai néanmoins pas davantage cette alternative car si la chambre l'envisageait il conviendrait que la formation plénière de la chambre soit saisie.

Surtout, on peut se demander si la question tranchée par l'arrêt du 31 octobre 2006 se pose. Pour la DGT, tel n'est pas le cas.

4.2. L'avenant n°1 du 25 avril 2013 doit être examiné indépendamment

L'avenant relatif à la protection sociale du 25 avril 2013 ne contient aucune disposition particulière relative à son entrée en vigueur. Pour la DGT, "conformément à l'article L. 2261-1 du code du travail, l'avenant était donc, en l'absence de stipulations contraires, applicable à partir du jour qui suit son dépôt auprès du service compétent".

L'extension de l'avenant est d'ailleurs demandée dès le 21 mai 2013 et a fait l'objet d'un refus d'extension par décision du 21 août 2015 au motif que, depuis la décision du Conseil constitutionnel, il n'était plus possible pour les signataires d'un accord de prévoyance de désigner un assureur unique auquel les entreprises et les salariés seraient tenus d'adhérer, ni pour l'autorité administrative d'étendre un tel accord, fût-il conclu antérieurement à la décision du Conseil constitutionnel. En l'absence d'extension, il reste donc obligatoire pour les entreprises membres des organisations signataires.

L'avenant doit donc être considéré comme en vigueur, non étendu et c'est ainsi qu'il apparaît sur légifrance¹⁵ et sur l'exemplaire de la convention collective nationale des entreprises de services à la personne produit par la défense (Production MD n°02).

Comme le mentionne la rapporteure (pourvois n°S2411036 et T2411037), selon l'article 8.2 de l'avenant, *"les entreprises entrant dans le champ d'application de la présente partie à la convention collective ont l'obligation d'adhérer au régime de prévoyance conventionnel à la date d'entrée en vigueur de la convention collective, auprès d'un des deux organismes assureurs co-désignés"*.

L'avenant ne renvoie-t-il pas ainsi à la date d'entrée en vigueur de la convention collective et celle-ci n'étant entrée en vigueur que le 1^{er} décembre 2014, ne pourrait-on pas considérer que l'avenant n'était pas en cours au moment où le Conseil constitutionnel rend sa décision?

Je pense qu'une telle interprétation ne devrait pas être retenue. D'une part, elle constitue une entorse au principe posé à l'article L. 2261-1 du code du travail. Par

¹⁴ Voir en annexe, la position de la DGT sur ce point.

¹⁵ [Avenant n° 1 du 25 avril 2013.](#)

ailleurs, elle conduit à priver de tout mécanisme de prévoyance des salariés d'une branche qui, comme l'indique le préambule de l'avenant n° 1 du 25 avril 2013, sont dans une proportion importante des salariés à temps partiel, très majoritairement féminine et qui de ce fait ne disposent pas d'une couverture suffisante contre des risques importants¹⁶.

L'avenant a bien été conclu avant la décision du Conseil constitutionnel et, en l'absence de toute clause spécifique retardant son application, il était applicable à partir du jour qui suit son dépôt auprès du service compétent. Il est donc bien en cours à ce moment.

Je conclus donc au rejet du pourvoi J22-16.449

Avis de rejet

5. Pourvois S2411036 et T2411037

Si la chambre considérait que l'avenant n° 1 du 25 avril 2013 relatif à la protection sociale n'était pas en cours au moment où le Conseil constitutionnel a rendu sa décision, vous devriez alors casser les deux décisions du conseil de prud'hommes de Schiltigheim du 23 novembre 2023 par ce motif de pur droit relevé d'office.

Si en revanche, la chambre considérait qu'il était bien en cours, il convient de répondre à une deuxième question : l'avenant n° 1 du 25 avril 2013 peut-il continuer à produire ses effets au-delà de 5 années après sa signature ou à compter du dernier réexamen par les partenaires sociaux des modalités d'organisation de la mutualisation du risque ?

La survie des clauses de désignation admise par le Conseil constitutionnel visait à éviter un bouleversement immédiat de l'économie des textes conventionnels concernés et à ne pas priver subitement de protection complémentaire les salariés concernés.

¹⁶ Extraits du préambule: "Le secteur des services à la personne est marqué par une proportion importante de salariés à temps partiel, très majoritairement féminine.

Or, les prestations versées par la sécurité sociale et les organismes complémentaires n'assurent pas une couverture suffisante contre des risques importants (incapacité, invalidité, perte totale et irréversible d'autonomie et décès) puisque la nature et le montant des prestations restent liés au montant des cotisations et à la durée d'affiliation.

Partant de ce constat, les parties à la présente convention collective décident de mettre en place au profit des salariés des garanties renforcées contre les risques "lourds", sous forme de garanties collectives de prévoyance et d'instituer une assurance de la mensualisation de la loi du 19 janvier 1978 améliorée afin d'en faciliter la gestion par les entreprises.

Dans ce cadre, les parties reconnaissent qu'il est nécessaire de tenir compte de la situation objective des salariés à temps partiel et de la nécessité de compenser les effets d'une certaine précarité qui en découle. A cet effet doit être instauré un dispositif de protection sociale permettant d'optimiser les prestations malgré la modicité des revenus et des capacités contributives du temps partiel. Une mutualisation des risques est donc nécessaire".

Le rapport Libault, publié en 2015, recensait, en effet, 250 branches ayant mis en place une clause de désignation sur le risque prévoyance, couvrant plus de 10 millions de salariés et 60 branches ayant mis en place une clause de désignation pour la complémentaire santé, couvrant près de 4 millions de salariés¹⁷.

Cette survie des clauses de désignation devait être provisoire. Néanmoins, le Conseil constitutionnel n'a assorti la modulation dans le temps de la portée de sa décision d'aucun délai.

La durée de survie de la clause de désignation devrait être celle de l'accord collectif dans lequel elle est insérée, sachant que ces règles sont celles applicables au moment où l'accord ou la convention ont été conclues (sous réserve de dispositions spécifiques). Si l'accord ou la convention collective est à durée déterminée, la période de survie s'arrête à son terme. Si en revanche, l'accord est à durée indéterminée, ce qui était le cas de la majeure partie des conventions et accords collectifs concernés, la clause ou la convention ou l'accord devrait pouvoir survivre tant qu'elle n'est pas révisée ou dénoncée.

L'article L 912-1 du code de sécurité sociale, dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 décembre 2013, applicable à ces clauses de révision énonce que *"Lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1er de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques ou d'une ou plusieurs institutions mentionnées à l'article L. 370-1 du code des assurances, auxquels adhèrent alors obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de ces accords, ceux-ci comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation des risques peuvent être réexaminées. La périodicité du réexamen ne peut excéder cinq ans"*.

En principe, le réexamen de ces clauses devait donc intervenir dans ce délai de cinq ans et la prise en compte de la décision du Conseil constitutionnel devait conduire à leur disparition "naturelle" et progressive au plus tard en 2018.

Néanmoins, et les pourvois l'illustrent, des clauses de désignation ont subsisté. Dans un article publié en 2023, analysant dix champs comprenant des conventions collectives couvrant le plus grand nombre de salariés (7 millions de salariés et 40 % des salariés du privé), il était constaté qu'il existe encore une clause de désignation dans un texte conventionnel en vigueur en matière de prévoyance et/ou de frais de santé dans trois branches couvrant plus de 14 % des salariés¹⁸.

Dans son avis du 26 septembre 2013, le Conseil d'Etat s'est prononcé également sur la durée de la période pendant laquelle les clauses de désignation des

¹⁷ [Rapport sur la solidarité et la protection sociale complémentaire collective, établi par D. Libault, sept. 2015.](#)

¹⁸ X. Colonna et F. Morel, Navis Social, Tribune, Actualité, 13 juin 2023.

conventions collectives, conclues avant la décision du Conseil constitutionnel, devraient continuer à produire leurs effets¹⁹. Selon le Conseil d'Etat, *“la nature même de la censure prononcée par le Conseil constitutionnel du chef de l'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qu'il a caractérisée dans ses motifs - considérant 13 - et la référence au « terme normal » des conventions figurant dans le dernier alinéa du commentaire aux Cahiers relatif au considérant 14, excluent l'hypothèse d'une poursuite de l'application de ces textes pendant une durée indéfinie”*. Après avoir fait le constat que la plupart des textes conventionnels concernés sont à durée indéterminée et prenant appui sur l'article L. 912-1 du code du travail, le Conseil d'Etat indique *“qu'en l'absence de terme proprement dit, une notion d'échéance doit être recherchée, pour préciser les effets dans le temps de la décision du Conseil constitutionnel, dans les stipulations des conventions ou accords de couverture complémentaire prévoyant, conformément aux exigences de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, un réexamen par les partenaires sociaux des modalités d'organisation de la mutualisation des risques, selon une périodicité ne pouvant excéder cinq ans”*.

25. Alors même que les dispositions de l'article L. 912-1 prévoyant la périodicité maximale de ce réexamen n'imposaient pas aux partenaires sociaux de modifier les modalités d'organisation de la mutualisation, et notamment de changer d'organisme assureur, à l'issue de ce réexamen, cette échéance désigne, dans le contexte de la censure des clauses de désignation et de migration prononcée par le Conseil constitutionnel, un « terme normal » procédant d'un choix des partenaires sociaux, pour borner la période de survie temporaire de leurs conventions et accords antérieurs. Dans le silence des textes conventionnels sur ce point, il semble approprié de retenir à titre subsidiaire la périodicité maximale de cinq ans qu'avait fixée le législateur. Cette durée doit être calculée, selon le cas, soit à compter de la date de signature de l'accord collectif, soit à compter de la date de la dernière échéance de réexamen des modalités d'organisation de la mutualisation du risque”.

C'est également cette interprétation qui a été retenue par la DGT. Consultée sur cette question, celle-ci indique : *“Certaines branches professionnelles n'ont jamais révisé les clauses figurant dans leurs accords collectifs, actant la désignation d'un organisme complémentaire. Il est, par conséquent, toujours fait référence à des assureurs désignés dans des accords “en vigueur étendus” sur les pages Légifrance des secteurs concernés*.

Cependant, même si la décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 du Conseil constitutionnel ne s'appliquait pas aux contrats en cours, la durée de ceux-ci ne pouvait pas excéder cinq ans. Les mentions d'organismes complémentaires désignés ont donc cessé de produire leurs effets au plus tard le 14 juin 2018. Depuis cette date, les entreprises de branches concernées sont donc libres de recourir à l'organisme complémentaire de leur choix. La persistance de ces clauses entretenait un flou quant à la possibilité de recourir à une telle forme de mutualisation et pouvait conduire certaines entreprises à les appliquer malgré la décision rendue par le Conseil constitutionnel en 2013. La DSS a donc procédé à un travail d'identification

¹⁹ §§ 21 et suivants de l'avis.

des branches professionnelles pour lesquelles ces clauses étaient toujours mentionnées sur Légifrance. Pour 13 branches, la CCN présentée faisait encore mention d'une clause de désignation en vigueur. Un nota est désormais apposé à la suite de chaque stipulation de ce type, pour rappeler qu'elles ne peuvent plus s'appliquer".

Enfin, la DGT précise que *"la branche des entreprises de services à la personne n'est pas concernée par ce nota, car la partie de la CCN concernée a été exclue de l'extension et l'avenant n'a pas été étendu".*

Cette interprétation a le mérite de ne pas permettre une survie indéterminée de clauses de désignation, pourtant déclarées inconstitutionnelles.

Elle fait néanmoins produire à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale un effet qui n'est en principe pas le sien. Elle assimile l'échéance du terme de l'obligation de réexaminer le choix de l'organisme assureur, prévue par l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale, à l'échéance d'un accord ou d'un contrat à durée déterminée²⁰. Pour J. Barthélémy, en se référant à la période de réexamen, l'avis du Conseil d'Etat n'emporte pas la conviction, notamment parce que cette obligation de réexamen n'a pas pour objet de procéder à une désignation ou à un renouvellement la désignation. Selon lui, la décision du Conseil constitutionnel laisserait subsister les clauses de désignation, jusqu'au terme de l'accord collectif. On peut néanmoins douter que telle était l'intention du Conseil.

Si l'on admet un délai de survie maximum de cinq ans, une dernière question se pose: est-ce l'accord dans son entier qui cesse d'être en vigueur ou simplement la clause de désignation ? La clause de désignation peut participer de l'économie générale de l'accord mais la disparition de l'accord, sans que s'appliquent les mécanismes en principe prévus pour assurer une transition, peut alors laisser les salariés sans mécanisme de prévoyance. Seule la clause de désignation devrait ainsi ne plus pouvoir produire d'effet sans que le principe même de l'obligation pesant sur les entreprises d'assurer un mécanisme de prévoyance pour les salariés puisse être remis en cause.

Si l'on retient cette analyse, les employeurs étaient bien tenus de s'affilier à un régime de prévoyance et pouvaient être condamnés au paiement de dommages et intérêts en exécution de cette obligation.

Je conclus donc au rejet des pourvois S 2411036 et T2411036

AVIS DE REJET

²⁰ G. Briens, "Clause de désignation - Réflexions autour des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 11 février 2015", SSL, 23 mars 2015, n° 1669. J. Barthélémy, op.cit. Voir également G. Briens, "Les nouvelles désorientations de la négociation de la protection sociale complémentaire", RDSS, 2014, p. 610.

Annexe - Extraits de l'avis de la DGT relatif à l'application de la convention collective nationale des entreprises de services à la personne du 20 septembre 2012.

“Dans les principes, la DGT n'est pas opposée à ce que les entreprises qui sont adhérentes aux organisations signataires d'un accord ne soient pas soumises aux stipulations exclues de l'extension dans l'hypothèse où les signataires de cet accord ont conditionné son entrée en vigueur à la seule parution de son arrêté d'extension, sans distinction entre les stipulations étendues et celles éventuellement non étendues. En l'absence de précision ou de volonté contraire exprimée par les signataires, la clause conditionnant l'entrée en vigueur d'un accord à son extension peut en effet être interprétée comme impliquant que les signataires ont entendu conditionner l'entrée en vigueur de chacune des stipulations de l'accord à son extension. Dès lors qu'une stipulation est exclue de l'extension, elle ne peut ainsi entrer en vigueur.

Cette interprétation serait conforme aux objectifs assignés à l'extension. En effet, l'extension d'une convention ou d'un accord a pour effet de rendre obligatoires ses stipulations pour tous les salariés et employeurs compris dans son champ d'application (article L. 2261-15 du code du travail). Elle permet donc d'avoir les mêmes stipulations applicables à toutes les entreprises sur un champ d'application donné. Elle autorise ainsi l'organisation et la réglementation d'un secteur d'activité par les organisations qui en sont représentatives, tout en faisant bénéficier tous les salariés des avantages négociés et en assurant l'égalisation de la concurrence entre entreprises poursuivant les mêmes activités économiques. En unifiant les contraintes auxquelles les entreprises sont soumises en termes de conditions de travail, l'extension limite le dumping social entre entreprises d'une même branche et joue un rôle de régulation de la concurrence.

On observe que lorsqu'ils conditionnent l'entrée en vigueur d'un accord à son extension, les partenaires sociaux signataires cherchent la synchronicité des obligations pour les entreprises afin d'éviter toute distorsion de concurrence. Entre la signature d'une convention ou d'un accord et son extension, il peut en effet se passer plusieurs mois, voire plus d'une année quand il s'agit d'une convention collective dont le contrôle de légalité demande un long temps d'expertise.

Dès lors, l'obligation pour les signataires ou membres de groupement signataires d'appliquer l'intégralité d'un accord, dont l'entrée en vigueur est subordonnée à la seule parution de son arrêté d'extension, sans distinction entre les stipulations étendues et celles éventuellement exclues de l'extension, peut selon la portée de ces stipulations créer les distorsions de concurrence que cette condition avait vocation à prévenir. Cette distorsion peut s'avérer particulièrement préjudiciable quand il s'agit de matières telles que les salaires, les primes, la prévoyance,

l'organisation du temps de travail et la rémunération des heures complémentaires, le temps partiel. Elle peut s'avérer d'autant plus dommageable qu'elle s'inscrit dans une des matières mentionnées à l'article L. 2253-1 du code du travail, soit notamment les salaires minima hiérarchiques, la mutualisation des fonds de financement du paritarisme, la mutualisation des fonds de la formation professionnelle, l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, les garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale. Dans ces matières que la branche a vocation à réguler, les stipulations de la convention de branche prévalent sur la convention d'entreprise conclue antérieurement ou postérieurement, sauf si cette convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes.

Par ailleurs, une interprétation revenant sur la solution élaborée par l'arrêt du 31 octobre 2006 permettrait de limiter l'insécurité juridique des entreprises adhérentes aux organisations signataires de l'accord. En effet, les clauses qui sont exclues de l'extension le sont très souvent en raison de leur illégalité. En application de la jurisprudence du 31 octobre 2006, les entreprises adhérentes sont ainsi exposées à un double risque contentieux: soit elles appliquent les dispositions illégales et cette application peut être contestée devant le juge judiciaire, soit elles ne font pas application des dispositions en cause et c'est la non-exécution de l'accord qui peut alors être contestée devant ce dernier. Dans ces cas d'ailleurs, en pratique, les partenaires sociaux mettent très souvent à jour les stipulations conventionnelles illégales pour se mettre en conformité et supprimer l'illégalité. Ainsi, quand ils conditionnent l'entrée en vigueur d'un accord à son extension, il est probable que les partenaires sociaux entendent ne pas faire survivre les clauses illégales et exposer les entreprises à ce double risque.

Enfin, les adhésions des employeurs à une organisation patronale ne sont pas rendues publiques. Les salariés et les organisations syndicales d'une entreprise n'ont donc pas toujours connaissance de la qualité d'adhérent de leur entreprise à une organisation patronale et par conséquent de l'applicabilité de leur entreprise d'une stipulation, exclue à l'extension. En outre, il n'est pas certain que les organisations d'employeurs et les entreprises adhérant à ces organisations aient connaissance de la portée de l'arrêt du 31 octobre 2006. Cette situation est également source d'insécurité juridique.