



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MEMOIRES

Master Droit et Pratique des Relations de Travail
Dirigé par le Professeur Bernard Teyssié
2015

***Droit du travail et généralisation de la
complémentaire santé***

Mélody Pellissier

Sous la direction de Emeric Jeansen

**Droit du travail et généralisation de la
complémentaire santé**

Par Mélody Pellissier

Mémoire effectué en vue de l'obtention du Master Droit et Pratique des Relations de Travail

Promotion UIMM

Année universitaire 2014-2015

LISTE DES ABREVIATIONS

Aff.	Affaire
AGIRC	Association générale des institutions de retraite des cadres
Al.	Alinéa
ANI	Accord National Interprofessionnel
Arr.	Arrêté
ARRCO	Association pour le régime de retraite complémentaire des salariés
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
AT/MP	Accidents du travail et maladies professionnelles
Bull. civ.	Bulletin des arrêts civils de la Cour de cassation
C. ass.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CCN	Convention collective nationale
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Circ.	Circulaire
Civ. 1 ^{er} , 2 ^e , 3 ^e	Chambre civile, 1 ^{er} , 2 ^e , 3 ^e de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Comm.	Communiqué
CPH	Conseil de Prud'hommes
CPAM	Caisse primaire d'assurance maladie
CSS	Code de la sécurité sociale
Dr. ouvrier	Droit ouvrier
Dr.	Droit social
JCP S	JurisClasseur Périodique Social (semaine juridique)
JO	Journal officiel

JSL	Jurisprudence sociale Lamy
L.	Loi
L. fin. séc. soc.	Loi de financement de la sécurité sociale
Liaisons sociales	Liaisons sociales
Loc.	Locution
préc.	Précédemment cité
Rapp.	Rapport
RDT	Revue de droit du travail
Rép.	Réponse ministérielle
Resp. civ. et ass.	Responsabilité civile et assurance
RJS	Revue de jurisprudence sociale
SSL	Semaine sociale Lamy
TA	Tribunal administratif
TGI	Tribunal de grande instance
TPS	Travail et protection sociale
URSSAF	Union pour le recouvrement des cotisations sociales de sécurité sociale et d'allocations familiales

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier le Monsieur le Professeur Emeric JEANSEN pour son accompagnement et son enseignement au cours de l'année universitaire, ainsi que le Professeur TEYSSIE pour m'avoir accueillie au sein du Master 2 DPRT.

Je remercie également l'ensemble des membres de l'équipe pédagogique du Laboratoire de droit social et particulièrement Madame Catherine LEBRET et Mademoiselle Lydie DAUXERRE.

Je souhaite exprimer ma reconnaissance à toute l'équipe de la direction des Ressources Humaines de Vinci Construction France pour leur accueil, et plus particulièrement Monsieur Dominique MIALON et Monsieur Thomas PASSERONE pour leurs conseils et leur écoute.

Je remercie l'ensemble de la promotion UIMM pour sa joie et sa bonne humeur tout au long de l'année 2014/2015.

Enfin, je tiens à remercier mes parents pour leur soutien et leur gentillesse.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
TITRE 1 - LA COMPLEMENTAIRE SANTE ET LE STATUT COLLECTIF.....	13
CHAPITRE 1 LA PRIORITE : LA NORME NEGOCIEE.....	14
CHAPITRE 2 - L'ALTERNATIVE : LA NORME UNILATÉRALE.....	45
TITRE 2 - LA COMPLEMENTAIRE SANTÉ ET LE CONTRAT DE TRAVAIL.....	55
CHAPITRE 1 - LA COMPLEMENTAIRE SANTÉ AU COURS DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	55
CHAPITRE 2 LA COMPLEMENTAIRE SANTE LORS DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	96
CONCLUSION.....	114
BIBLIOGRAPHIE	116
INDEX ALPHABETIQUE.....	120
TABLE DES MATIÈRES.....	122

INTRODUCTION

« Aussitôt qu'on nous montre quelque chose d'ancien
dans une innovation, nous sommes apaisés. »

Friedrich Nietzsche

1 - Politique sociale de l'entreprise. Il peut être soutenu que « *le thème de la protection sociale complémentaire a progressivement intégré le droit du travail* »¹. La généralisation de la complémentaire santé en est une illustration. Concrétisée par un acte de droit du travail, elle constitue un avantage social pour le salarié. De nature à fidéliser les collaborateurs et à améliorer les droits des travailleurs à un moindre coût pour l'entreprise, la mise en place de ce dispositif a d'abord été incitée, via des mécanismes d'exonération fiscale et sociale, puis imposée par les pouvoirs publics. Conçue comme un « *élément de sécurisation des parcours professionnels* »², la protection sociale complémentaire fait désormais partie de la négociation professionnelle et interprofessionnelle. En contrepartie à l'aménagement des acquis sociaux résultant du droit du travail, l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, repris par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, impose, dans son article 1^{er}, aux entreprises qui en seraient dépourvues de mettre en place un régime collectif obligatoire en matière de frais de santé au plus tard au 1^{er} janvier 2016³. Le bénéfice « *d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident* » sera garanti à tous les salariés relevant du secteur privé.

¹ B. Serizay, *Droit du travail et protection sociale complémentaire*, Dr. soc. 1998, p. 1023.

² Travaux préparatoires de la loi du 14 juin 2013.

³ « I. -A.- Avant le 1er juin 2013, les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels engagent une négociation, afin de permettre aux salariés qui ne bénéficient pas d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident dont chacune des catégories de garanties et la part de financement assurée par l'employeur sont au moins aussi favorables que pour la couverture minimale mentionnée au II de l'article L. 911-7 du code de la sécurité sociale, au niveau de leur branche ou de leur entreprise, d'accéder à une telle couverture avant le 1er janvier 2016. (...)

B.-A compter du 1er juillet 2014 et jusqu'au 1er janvier 2016, dans les entreprises où a été désigné un délégué syndical et qui ne sont pas couvertes selon l'une des modalités mentionnées à l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale par une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident dont chacune des catégories de garanties et la part de financement assurée par l'employeur sont au moins aussi favorables que pour la couverture minimale mentionnée au II de l'article L. 911-7 du même code et applicable au plus tard le 1er janvier 2016, l'employeur engage une négociation sur ce thème » (Loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, art. 1^{er}).

2 - Une analyse de la notion de complémentaire santé (I) s'impose avant d'aborder les étapes de sa généralisation (II) et l'incidence de celle-ci sur le droit du travail (III).

I. La notion de complémentaire santé

3 - **Les frais de santé.** Principe fondamental à valeur constitutionnelle, le droit à la santé est garanti par les alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946. Ces articles consacrent un droit de créance de l'individu contre la collectivité : la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* »⁴. Au niveau législatif, le droit à une assurance maladie est protégé par l'article L. 111-2-1 du Code de la sécurité sociale⁵. Sous forme de remboursement, prestations en nature, ou de compensation de perte, prestations en espèces, l'assurance maladie vise à la prise en charge des dépenses occasionnées par l'état de santé de l'assuré social. « *La couverture des frais de santé relève, au sein du régime de base, des prestations en nature de l'assurance maladie. Elle consiste en la fourniture aux assurés sociaux des soins rendus nécessaires par leur état de santé ou en la prise en charge des frais engagés par les assurés à l'occasion de ces soins* »⁶.

4 - **La complémentarité de la couverture.** Le droit de la protection sociale *lato sensu* renvoie d'une part, au droit de la sécurité sociale, et d'autre part, à celui de la protection sociale complémentaire. Construit sur le modèle d'une pyramide, le système de protection sociale français comporte plusieurs niveaux. Le régime général, aussi appelé régime légal, géré par les caisses de sécurité sociale, constitue la première strate. L'ensemble des règles gouvernant leur organisation et leur fonctionnement forme le droit de la sécurité sociale. Assurer une protection minimale et universelle contre la réalisation du risque maladie et la dégradation de l'état de santé de l'assuré, telle est sa finalité. Les régimes supplémentaires prévoyant des « *garanties collectives* » mentionnées à l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale forment la deuxième strate. Cette dernière est composée « *notamment* » de la « *couverture décès, des risques portant atteinte à l'intégrité de la personne ou liés à la maternité, des risques physiques liés à la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, des risques d'inaptitude et du risque chômage, ainsi*

⁴ Constitution de 1946 préambule, art. 11.

⁵ « *La Nation affirme son attachement au caractère universel, obligatoire et solidaire de l'assurance maladie* » (CSS, art. L. 111-2-1).

⁶ V. Roulet, *L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés*, Ed. Panthéon Assas. p. 53.

que la constitution d'avantages sous forme de pensions de retraite, d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière »⁷, « les risques physiques liés à la personne » renvoyant à la couverture frais de santé. L'objectif de ces régimes est d'améliorer la protection sociale des assurés en prenant en charge les prestations laissées, partiellement ou en totalité, à leur charge après indemnisation par le régime d'assurance maladie légal. Cette protection supplémentaire s'ajoute à la protection légale. Son importance est aujourd'hui considérable. Selon la Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques (DREES), en 2012, 25, 2 milliards d'euros sur les 183, 6 milliards d'euros de dépenses de soins étaient pris en charge par les complémentaires dont 13, 6 milliards par les mutuelles⁸.

5 - Complémentaire santé et prévoyance. La confusion naît souvent de l'imprécision du vocabulaire employé. Le premier exemple concerne la distinction entre les frais de santé et la prévoyance. Selon que la prévoyance est entendue *latu sensu* ou *stricto sensu*, son champ d'application est plus large ou différent de celui des frais de santé. Entendue de manière large la prévoyance renvoie à la couverture des risques supplémentaires à l'exclusion du risque de retraite. Cette couverture se divise alors en deux branches distinctes celle des frais de santé, ou risques courts, et celle de la prévoyance, c'est à dire des risques incapacité, invalidité et décès, ou risques lourds dont l'indemnisation est plus coûteuse car prenant la forme de rentes ou de capitaux⁹. De cette distinction dépend le régime applicable aux garanties collectives mises en place au sein de l'entreprise.

6 - Complémentaire santé et « mutuelle ». Dans le langage courant, la complémentaire santé est souvent remplacée par la « mutuelle ». Cet abus de langage doit impérativement être évité, les deux notions ne doivent pas être confondues. Alors que la complémentaire santé renvoie à la couverture du risque maladie les « mutuelles » désignent l'un des organismes habilités par la loi à couvrir ce risque. Titulaires d'un monopole, ces organismes assureurs relèvent de trois catégories juridiques distinctes : 1) les entreprises d'assurance ; 2) les institutions de prévoyance ; 3) les mutuelles. Alors que les entreprises d'assurance sont des sociétés de droit commun, les institutions de prévoyance et les mutuelles sont organisées selon des modalités spécifiques. Les premières sont administrées de façon paritaire par des représentants des employeurs et des représentants de salariés dans une volonté de mutualisation des risques. Les secondes, s'organisent autour du principe de démocratie et se

⁷ CSS, art. L. 911-1.

⁸ E. Caniard, *Les limites de la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé*, RDSS 2014, p. 616.

⁹ P. Morvan, *Droit de la protection sociale* : Lexis Nexis 6^e éd.

réclament de valeurs éthiques et solidaires¹⁰. Le souscripteur du contrat d'assurance dispose d'une option entre ces trois types d'organismes afin de se garantir, ou de garantir des tiers, contre le risque frais de santé.

II. Les étapes de la généralisation

7 - Repères historiques. La généralisation est une étape de la construction du système actuel de protection sociale français dont l'historique mérite d'être rappelé. Relevant de la sphère privée, plus précisément de la sphère religieuse, et de l'idée de charité, les initiatives en matière de garantie contre les risques sociaux ont toujours existé. Mais l'aide ainsi dispensée est marquée par une efficacité très inégale et une forte dimension confessionnelle. Les philosophes des Lumières apportent un renouveau des conceptions liées à l'assistance, soutenant qu'il revient en priorité à l'Etat d'assumer cette charge. Ces idées seront mises en application à partir de la Révolution française¹¹. La Déclaration du 24 juin 1793 proclame un droit à l'assistance au profit des plus nécessiteux et une créance de ces derniers à l'égard de la société. « *Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d'exister à ceux qui sont hors d'état de travailler* »¹². Proclamés au plus haut de la hiérarchie des normes, ces principes ne seront pas mis en application avant la fin du XIXe siècle sous l'influence de la révolution industrielle et du mouvement socialiste et syndicaliste. Le mécanisme d'assurance du risque santé est historiquement le fait des partenaires sociaux et non celui du législateur. Face aux répercussions de la révolution industrielle sur la santé des travailleurs les entreprises créent des sociétés de secours mutuelles. Dans un premier temps ces sociétés sont confrontées à la défiance des pouvoirs publics qui les encadrent strictement¹³ avant de leur apporter leur soutien¹⁴. Il faudra attendre la loi du 21 mars 1884 consacrant la liberté syndicale pour que ces sociétés gagnent en légitimité et en puissance. La prise de conscience de l'immensité des besoins et des risques du travail sur la santé entraîne une réaction des pouvoirs publics. Les risques professionnels sont enfin pris en compte par la loi du 9 avril 1898 met en place un régime d'indemnisation des accidents des victimes d'accident du travail consacrant une réparation automatique et forfaitaire¹⁵. Le progrès social est considérable mais la France marque toujours un retard en matière de protection sociale face à ces voisins

¹⁰ P. Morvan, préc.

¹¹ *Droit de la sécurité sociale*, J. J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, Précis Dalloz, 2011, 17^e éd.

¹² Déclaration du 24 juin 1793, article 21.

¹³ La loi du 15 juillet 2010 et le décret du 15 mars 1982 soumettent notamment ces sociétés de secours mutuels à un agrément de l'Etat.

¹⁴ *Droit de la sécurité sociale*, J. J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, Précis Dalloz, 2011, 17^e éd.

¹⁵ Ce régime sera étendu par une loi du 25 octobre 1919 aux maladies professionnelles.

européens. En Allemagne entre 1883 et 1889, le système Bismarck édicte une série de lois qui instituent un régime de sécurité sociale similaire au régime français actuel. En France, il faut attendre la loi du 30 avril 1930 pour que le législateur impose une couverture des travailleurs des risques maladie, maternité, invalidité, vieillesse et décès. Le système de sécurité sociale moderne français voit le jour au lendemain de la seconde guerre mondiale. Il s'inspire majoritairement du système bismarckien dont les caractéristiques sont l'affiliation obligatoire des travailleurs, le système professionnel et le financement assuré par des cotisations salariales et patronales. *A contrario*, le système de Beveridge développé outre manche repose sur un modèle minimaliste et universel dont le montant des prestations est forfaitaire et faible. Si l'ordonnance cadre du 4 octobre 1945 suit la logique professionnelle du modèle bismarckien, elle n'exclut pas totalement le système universel du modèle de Beveridge. Le système français se caractérise par une superposition de régimes et une multiplication des organismes gestionnaires.

8 - Un encadrement européen. La généralisation de la complémentaire santé est un phénomène global qui se constate au niveau européen. Le droit de la protection sociale est concerné, d'une part, par le droit de l'Union européenne, tant s'agissant du droit primaire que du droit dérivé, et d'autre part, par le droit du Conseil de l'Europe. Le traité sur le droit de l'Union européenne « *combat l'exclusion sociale et les discriminations et promeut la justice et la protection sociales* »¹⁶. De même, l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 dispose que « *toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales* ». A défaut d'être parvenu à l'harmonisation totale des législations des différents Etats membres, le droit de l'Union européenne a permis leur « *rapprochement* ». On peut ainsi évoquer ainsi une « *communautarisation du droit de la protection sociale*¹⁷ ». Trois directives sur l'assurance non vie¹⁸ et trois directives sur l'assurance vie¹⁹, refondues par la directive n°2002/83 du 5 novembre 2002, ont entamé ce processus de communautarisation en supprimant les restrictions aux libertés d'établissement et de libre prestation de services. Sur demande de la France, les directives vie et non vie de 1992 ont poursuivi cette harmonisation en intégrant au champ du droit communautaire les anciennes institutions L4. Ces directives ont été transposées en droit interne par la loi Veil du 8 août 1994. Poursuivant l'œuvre du législateur

¹⁶ Traité UE, art. 3, § 3.

¹⁷ A. Cippe, *La communautarisation du droit de la protection sociale*, thèse Paris II, 2004.

¹⁸ Dir. n°73/239, 24 juill. 1973 ; Dir. 22 juin 1988 ; Dir. N°92/49, 18 juin 1992.

¹⁹ Dir. n°79/267, 5 mars 1979 ; Dir. n°90/619, 8 nov. 1990 ; Dir. n°92/96, 10 nov. 1992.

européen, la Cour de justice européenne a rappelé l'importance de concilier le droit de la protection sociale des Etats membres et les libertés économiques garanties par les traités. A titre d'exemple, s'agissant des incitations sociales et fiscales, un Etat ne peut, sans porter une atteinte disproportionnée aux libertés d'établissement et de prestation de services, soumettre la déductibilité fiscale des cotisations à la condition qu'elles aient été versées à des organismes assureurs établis dans cet Etat ou dans le cadre de régimes de sécurité sociale nationaux²⁰. Par ailleurs, si la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne concerne pas a priori la protection sociale complémentaire, les principes qu'elle consacre ont trouvé plusieurs applications. La Cour européenne des droits de l'homme a notamment rappelé qu'en matière de sécurité sociale, toute discrimination en fonction de la nationalité était prohibée sur le fondement de l'article 14 et de l'article 1 du protocole additionnel n°1. En l'espèce, la loi autrichienne refusait le versement d'une prestation d'aide sociale aux étrangers. La Cour a estimé que le requérant, ressortissant turc, qui présentait les conditions pour avoir droit au paiement d'une cotisation sociale, avait l'espérance légitime de percevoir cette créance et en avait été privé de manière discriminatoire²¹. Le juge national a également été jugé que l'article 11 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ne s'opposait pas à l'affiliation obligatoire des entreprises de certains secteurs d'activité à une caisse de congés payés, lorsque cette affiliation poursuivait un « *objectif social de protection des droits et de la santé des salariés* »²². Le droit européen impacte directement les régimes de prévoyance mis en place au sein de l'entreprise.

9 - La prévoyance d'entreprise. Nécessairement incomplet, le régime de base est complété par des régimes complémentaires mis en place au sein des entreprises notamment en matière de retraite. Cette prévoyance d'entreprise se développe à partir de l'après guerre et de l'ordonnance du 4 octobre 1945 réglementant les institutions de prévoyance. La convention collective nationale AGIRC²³, pour les cadres, et la convention collective nationale ARRCO²⁴, pour les non-cadres, mettent en place un régime de retraite complémentaire rendu obligatoire pour l'ensemble des salariés par la loi du 29 décembre 1972²⁵. Une distinction est établie entre les régimes de retraite complémentaires obligatoires ARRCO et AGIRC et les régimes de prévoyance supplémentaires ou « *sur complémentaires* » mis en place dans

²⁰ CJCE, 3 oct. 2002, aff. C-136/00, Danner : Rec. CJCE 2002, p. 8147.

²¹ CEDH, 16 sept. 1996, Gaygüsüz c/ Autriche.

²² Cass. soc., 22 févr. 2006 : Bull. civ. 2006, II, n°85.

²³ CCN Association Générale des Institutions de Retraite des Cadres du 14 mars 1947.

²⁴ CCN Association pour le Régime de Retraite Complémentaire des salariés du 8 déc. 1961.

²⁵ Loi n°72-1223 du 29 décembre 1972 portant généralisation de la retraite complémentaire au profit des salariés et anciens salariés.

l'entreprise²⁶. La généralisation des régimes complémentaires de retraite les distingue de la protection sociale d'entreprise *stricto sensu*. A la notion d'assistance se substitue celle d'assurance qui renvoie à une généralisation, si ce n'est une universalisation, « *des interventions, et non un « ciblage » vers des populations défavorisées* »²⁷. Le développement de la protection sociale complémentaire a été encouragé par les pouvoirs publics notamment grâce à un dispositif social et fiscal favorable prévoyant une exonération partielle de charges et de cotisations sociales. Ce fonctionnement se retrouve à l'étranger. Les Etats européens ou encore le Japon possèdent un système de prestations légales de base versées par l'Etat auquel s'ajoutent des assurances complémentaires²⁸. En Suisse par exemple, le système de protection sociale repose également sur trois piliers : une prévoyance légale, une prévoyance professionnelle et une prévoyance individuelle encouragée au moyen de mesures fiscales. Ce système est encore en cours de consolidation puisqu'une part importante de la population n'a pas encore accès à la prévoyance professionnelle²⁹. Les Etats Unis font figure d'exception. Les dépenses d'assurance maladie ne sont pas gérées par une caisse publique mais relèvent uniquement d'opérateurs privés. La réforme du 23 mars 2010, le *Patient Protection and Affordable Care Act* (baptisée *ObamaCare*), a profondément modifié le système d'assurance maladie américain. Elle repose sur l'obligation pour les assureurs de fournir une couverture maladie à des prix abordables, l'obligation pour chaque individu de s'assurer et la mise en place d'une aide fiscale à l'assurance au profit des plus modestes. Elle prévoit également que, tout employeur a l'obligation de souscrire une assurance privée au bénéfice de ses salariés lorsque leur nombre dépasse le seuil de cinquante³⁰. Cible de violentes critiques, cette réforme est contestée pour la troisième fois devant la Cour suprême des Etats Unis qui devra statuer prochainement sur la mise en œuvre de la loi par l'administration Obama et la prise en charge d'une partie des primes d'assurance médicale des individus³¹. En 2010, puis en 2012³², le texte avait été sauvé in extremis par les juges. Dans son accès comme dans son contenu, la prévoyance d'entreprise peut paraître fortement inégalitaire puisqu'elle résulte de la seule volonté de l'employeur. Cette proposition est de moins en moins vérifiable puisque la loi impose progressivement aux entreprises des obligations d'assurance dont la généralisation de

²⁶ P. Morvan, préc.

²⁷ E. Caniard, *Les limites de la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé*, RDSS 2014, p. 616.

²⁸ V. Roulet, *L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés*, Ed. Panthéon Assas. p. 26.

²⁹ R.-E., Carigiet, J. - P. Fragnière, *Le concept des trois piliers a-t-il un avenir ?*, Réalités sociales, 2001.

³⁰ <http://obamacarefacts.com/obamacare-facts>.

³¹ <http://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/cercle-125854-la-loi-obama-sur-la-sante-devant-la-cour-supreme-pour-la-troisieme-fois-1098376.php>.

³² *United States Supreme Court 2012, National Federation of Independent Business v. Sebelius*.

la complémentaire santé n'est qu'une étape. Cette évolution n'est pas sans effet sur le marché de l'assurance.

10 - Des L. 4 aux clauses de désignation : le marché de la complémentaire santé.

Jusqu'en 1989 la gestion de la prévoyance complémentaire était exclusivement réservée à certaines institutions dites « L. 4 » et aux mutuelles par l'article L. 4 de l'ancien Code de la sécurité sociale. La loi Evin du 31 décembre 1989 a supprimé ce monopole en ouvrant le marché de la prévoyance aux compagnies d'assurance et plus largement au droit de la concurrence. L'employeur et les partenaires sociaux lorsqu'ils mettent en place un régime complémentaire de retraite ou de prévoyance dans l'entreprise peuvent en confier la gestion indifféremment à une institution de prévoyance, une mutuelle ou une compagnie d'assurance. Fondamentale pour le droit de la protection sociale complémentaire, la loi Evin a été complétée par la loi Veil du 8 août 1994 harmonisant les règles de fonctionnement des institutions de prévoyance et des mutuelles avec les directives européennes. Une seconde ouverture à la concurrence a bouleversé le marché de la prévoyance complémentaire ces dernières années : les clauses de désignation. Fréquemment insérées dans les accords de branche elles imposaient aux entreprises liées par cet accord de confier la gestion de leur régime de prévoyance à un organisme déterminé. A la suite d'un feuilleton législatif, administratif et judiciaire, elles ont été censurées par le Conseil constitutionnel au nom de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle. Le « *feuilleton* » des clauses de désignation a permis d'illustrer l'importance du droit européen en matière de protection sociale complémentaire et plus précisément en matière de complémentaire santé.

11 - L'ANI et la LSE. Permettre à l'ensemble des salariés du secteur privé d'accéder à un régime complémentaire de remboursement des frais de santé aux meilleures conditions, telle était l'objectif de l'article 1^{er} de l'ANI du 11 janvier 2013 et de la loi de sécurisation de l'emploi. Si la volonté des partenaires sociaux et des pouvoirs publics est la même, les motifs guidant leur action diffèrent. On pourrait, d'ailleurs, s'étonner de l'engouement de ces derniers alors que 98% des salariés étaient déjà couverts par un régime de remboursement en matière de frais de santé au 14 juin 2013³³. Ce serait commettre une erreur d'appréciation. Si la quasi totalité des salariés bénéficiait d'un régime de frais de santé, la majorité était couverte par un régime individuel, et souvent facultatif, le salarié se voyant simplement offrir la possibilité de conclure un contrat d'assurance individuel auprès de l'assureur de son choix. Or, le caractère individuel du régime entraîne des conséquences financières importantes pour

³³ Ph. Coursier, *Quelle généralisation pour quelle couverture frais de santé ?*, JCP S 2013, 1268.

le salarié puisque ce dernier ne bénéficie ni de la participation patronale ni de la mutualisation des risques. Dans ces conditions, l'offre de souscription à un contrat « frais de santé » était souvent déclinée. Selon une étude de l'Institut de recherche et de documentation en économie de la santé (IRDES) 300 000 à 400 000 entreprises, soit près de 4 millions de salariés ne bénéficiaient pas d'un régime collectif obligatoire en matière de frais de santé en 2012³⁴. On comprend alors tous les enjeux de l'article 1^{er} de la loi du 14 juin 2013 et l'intérêt des partenaires sociaux pour la généralisation de la complémentaire santé. Du côté des pouvoirs publics, les enjeux sont différents. Il s'agit de prendre acte du désengagement progressif de la sécurité sociale et de la nécessité de contrôler ses finances. La situation financière du système français est plus qu'inquiétante : 13, 3 milliards d'euros de déficit pour l'ensemble des branches du régime général dont 5, 9 milliards pour la branche assurance maladie³⁵, alors que les dépenses de santé ne cessent d'augmenter : 183, 6 milliards d'euros, soit 2 806 euros par habitant en 2012 (9% du PIB)³⁶. En déléguant aux entreprises le soin d'assurer en partie le risque maladie, la loi de sécurisation de l'emploi soulage quelque peu le régime général de base.

12 - Une généralisation incomplète. Annoncée comme une mesure phare de l'Ani du 11 janvier 2013, la généralisation de la complémentaire santé reste incomplète. Généraliser s'entend de l'action d'étendre la portée, de donner un caractère général à quelque chose³⁷. Il n'est pas certain qu'en matière de complémentaire santé, les partenaires sociaux y soient parvenus. Pourtant moins fragile, la population salariée est la seule à bénéficier de cette généralisation, l'obligation de mettre en place une complémentaire santé mise en place par la loi du 14 juin 2013 ne s'adressant qu'aux entreprises du secteur privé. Les populations les plus faibles - jeunes, retraités chômeurs - étant exclues, il convient de parler de généralisation mais non d'universalisation. Aux partisans de la généralisation de la complémentaire santé il a parfois été répondu que la généralisation « *se trompait de cible* » en protégeant la population la plus favorisée au détriment des plus faibles³⁸. Par ailleurs, sont seules concernées les « *entreprises* » ce qui exclut de fait les assurés relevant du régime agricole ou du régime des indépendants. L'accès à une complémentaire santé est bien étendu à l'ensemble d'une catégorie, celle des salariés, mais non à l'ensemble des assurés sociaux.

³⁴ M. Perronnin, A. Pierre et TH. Rochereau, *Panorama de la complémentaire santé collective en France en 2009 et opinions des salariés sur le dispositif: Questions d'économie de la santé 2012*, n°181 (<http://www.irdes.fr/Publications/2012/Qes181.pdf>).

³⁵ V. not. P. Askenazy, B. Dormont, P. - Y. Geoffard et V. Paris, *Pour un système de santé plus efficace*, Les notes du Conseil d'analyse économique, 2013.

³⁶ M. - A. Le Garrec, M. Bouvet, *Comptes nationaux de la santé*, Série stat., n°184, DREES, 2013.

³⁷ Dictionnaire Larousse, 2015.

³⁸ E. Caniard, *Les limites de la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé*, RDSS 2014, p. 616.

III. Les incidences de la généralisation de la complémentaire santé en droit du travail

13 - Droit du travail et droit de la sécurité sociale. « *La notion de droit social, sous laquelle on réunit en France le droit du travail et celui de la Sécurité sociale, pourrait sembler dépassée par la séparation de ces droits en deux branches distinctes. Mais ces branches cachent la forêt des liens qui unissent objectivement le travail et la Sécurité sociale. Il n'y a pas de sécurité contre la vieillesse, la maladie, les charges de famille qui puissent se concevoir sans travail pour subvenir aux besoins des enfants, des malades ou des personnes âgées. Et à l'inverse il n'y a pas de force de travail - hors celles des machines - qui ne doive se former et s'entretenir sur le temps long de la vie humaine* »³⁹. La protection sociale des travailleurs est conditionnée à leur activité professionnelle, le statut de salarié ouvrant droit au bénéfice des garanties offertes par le régime. La notion de garanties sociales renvoie à un concept de droit du travail. Le chapitre 1er du livre III du Code du travail définit « *les règles suivant lesquelles s'exerce le droit des salariés à la négociation collective de l'ensemble de leurs conditions d'emploi, de formation professionnelle et de travail ainsi que de leurs garanties sociales* »⁴⁰. La notion de garanties sociales renvoie à l'idée d'imposer des obligations minimales à l'employeur par la voie d'une convention collective. Une obligation est mise à la charge des entreprises liées par l'accord de verser des prestations minimales à leurs salariés qui seraient victimes de tel ou tel risque. Il peut s'agir également de fixer une contribution patronale minimale. S'agissant de la couverture complémentaire santé le législateur a lui même fixé un panier de soins minimum et un taux de participation patronale ne pouvant être inférieur à 50%. A contrario la notion de régime est propre au droit de la sécurité sociale et implique l'idée d'une redistribution. Elle correspond « à la mise en œuvre d'une solidarité entre les membres d'un groupe déterminé face à certains risques »⁴¹. Si la solidarité est étrangère au droit du travail, la notion de garantie sociale est inévitablement liée au droit de la sécurité sociale. Au delà des termes, le droit du travail et la sécurité sociale poursuivent un même but : la protection de la partie la plus fragile. Les liens se resserrent davantage s'agissant du droit de la protection sociale complémentaire puisque l'un comme l'autre sont des droits « *du contrat* » dépendants du lien unissant le salarié à l'employeur, le travailleur à l'entreprise. Dans ce cadre certains ont soutenu qu'il était artificiel de séparer

³⁹ A. Supiot, *L'avenir d'un vieux couple : travail et Sécurité sociale*, Dr. soc. 1995, p. 823.

⁴⁰ C. Trav., art. L. 2221-1

⁴¹ J. J. Dupeyroux, *Les exigences de la solidarité*, Dr. social. 741

droit du travail et droit de la sécurité⁴², qui ne sont que les deux branches d'un même droit, lui-même droit spécial : le droit social.

14 - Le schéma de la prévoyance d'entreprise. La complexité de la matière vient de la diversité des sources applicables. Au croisement du droit de la protection sociale, du droit du travail et du droit des assurances la généralisation de la complémentaire requiert l'application de plus de cinq codes différents⁴³. La dispersion des règles est parfois source d'incohérence. L'opération juridique permettant la mise en place d'un régime complémentaire fait intervenir trois acteurs : l'employeur ou le souscripteur, le salarié ou le bénéficiaire et l'organisme assureur. Relevant du droit du travail autant que du droit de la protection sociale ou du droit des assurances, les liens qui les unissent forment un schéma triangulaire. La complémentaire santé est mise en place dans l'entreprise par un acte de droit du travail : accord collectif de branche ou d'entreprise, décision unilatérale de l'employeur ou référendum. Afin de respecter ses engagements, l'employeur conclut un contrat d'assurance, appelé « contrat de groupe », avec un organisme habilité (mutuelle, institution de prévoyance ou compagnie d'assurance). Régi par le droit des assurances, ce contrat est souscrit au bénéfice des salariés liés à l'employeur par un contrat de travail. L'opération de prévoyance constitue une substitution pour autrui dont le salarié bénéficie en raison de son appartenance à l'entreprise.

15 - Relations individuelles, relations collectives. Avantage aujourd'hui estimable (pour ne pas dire inestimable), le bénéfice d'une complémentaire santé d'entreprise constitue un élément du statut salarial. Les règles du droit du travail relatives aux éléments de rémunération lui sont donc applicables. Par ailleurs, la généralisation de la complémentaire santé mobilise immédiatement le droit des relations collectives puisqu'un tel régime ne peut être mis en place dans l'entreprise que par un acte de droit du travail : accord collectif, décision unilatérale ou référendum. S'agissant de la généralisation de la complémentaire santé, la négociation collective est orientée et encadrée. Synonyme, pour le législateur de mutualisation des risques, et donc d'un meilleur accès à une complémentaire santé, la négociation de branche a été privilégiée. L'introduction d'un calendrier précis et la restriction du choix des partenaires sociaux quant aux modalités de la généralisation participent de la volonté d'encourager la négociation d'un accord et plus précisément d'un accord de branche. La loi du 14 juin 2013 a dans un premier temps imposé aux branches professionnelles dans lesquelles les salariés n'étaient pas encore couverts par un régime collectif obligatoire de

⁴² J. Barthélémy, *Peut-on dissocier le droit du travail et le droit de la Sécurité sociale ?*, Dr. soc. 2007, p. 787.

⁴³ On peut citer au moins à titre d'exemple le Code civil, le Code du travail, le Code de la Sécurité sociale, le Code des assurances, le Code des assurances et le Code de la mutualité.

« *frais de santé* » d'engager des négociations, en leur laissant jusqu'au 31 juin 2014 pour parvenir à la conclusion d'un accord. En cas d'échec de la négociation de branche, il appartenait dans un deuxième temps aux entreprises dépourvues d'une complémentaire santé collective et obligatoire de négocier sur ce thème. Toujours en cours, ces négociations ont jusqu'au 1^{er} janvier 2016 pour prospérer. A compter de cette date, un régime de remboursement complémentaire en matière de frais de santé devra obligatoirement être mis en place dans l'entreprise, à l'initiative de l'employeur ; par la voie de la norme unilatérale.

16 - Annonce de plan. Participant de l'objectif d'accès universel aux soins, la complémentaire santé est à la fois un élément du statut collectif du travailleur et un élément du statut social de la personne⁴⁴. Si le droit de la sécurité sociale résulte de la loi, le droit de la protection sociale d'entreprise comme le droit du travail est un droit du contrat. Contrat collectif, l'accord collectif, contrat individuel, le contrat de travail. En ce sens la protection sociale complémentaire se rapproche davantage du droit du travail que du droit de la sécurité sociale. Avantages sociaux accordés par l'employeur, les garanties de protection sociale complémentaire, si elles contribuent à compléter le régime légal de la sécurité sociale, relèvent d'une logique différente : la logique contractuelle qui renvoie, d'une part au contrat de travail, d'autre part, au statut collectif - accord de branche, accord d'entreprise, décision unilatérale ou référendum. Les implications de la généralisation de la complémentaire en droit du travail se manifestent tant à l'égard du statut collectif (**Titre I**) qu'à l'égard du contrat de travail (**Titre II**).

⁴⁴ I. Vacarie, *L'assurance maladie complémentaire : élément du statut social de la personne ?*, RDSS 2014, p. 625.

TITRE 1 - LA COMPLEMENTAIRE SANTE ET LE STATUT

COLLECTIF

17 - Trois voies permettent la mise en place d'un régime de protection sociale complémentaire dans l'entreprise : l'accord de branche ou d'entreprise, l'accord référendaire et la décision unilatérale de l'employeur⁴⁵. Ce choix appartient à l'employeur. Une particularité existe toutefois s'agissant des modalités de mise en place d'un régime de frais de santé. La loi du 14 juin 2013 reprenant l'ANI du 11 janvier 2013 ne prévoit que deux modalités de mise en place. La généralisation se fera soit par convention ou accord collectif, soit par décision unilatérale. L'article 1^{er} de la loi sécurisation de l'emploi s'éloigne donc de l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale. Non seulement il crée une priorité de l'accord collectif sur la décision unilatérale mais il semble également exclure la possibilité de généraliser la complémentaire santé par la voie de l'accord référendaire. La mise en place d'un régime de remboursement complémentaire en matière de frais de santé étant désormais une obligation légale pour les entreprises, il peut sembler cohérent de ne pas soumettre son approbation à la ratification par les salariés de l'entreprise. L'enjeu est de savoir si la rédaction de la loi interdit à l'entreprise de mettre en place un régime de frais de santé par accord référendaire. Si la voie du référendum a été écarté par la loi du 14 juin 2013 c'est parce que le législateur a posé une obligation de résultat : toutes les entreprises doivent être couvertes au 1^{er} janvier 2016 par une complémentaire santé. Cependant, et même si la loi ne l'a pas prévu, il serait envisageable qu'une entreprise mette en place un régime de remboursement en matière de frais de santé par la voie de l'accord référendaire, avant le 1^{er} janvier 2016, sur le fondement de l'article L. 911-1. Si le référendum échoue, l'employeur devra, en tout état de cause, mettre en place un tel régime par décision unilatérale avant cette date.

L'article 1^{er} de la loi du 14 juin 2013 crée une obligation de négocier sur le thème de la généralisation de la complémentaire santé prioritairement au niveau du secteur d'activité, puis de l'entreprise (Chapitre 1). La mise en place d'une protection complémentaire par voie de décision unilatérale n'est envisagée qu'à défaut de convention ou d'accord collectif au 1^{er} janvier 2016 (Chapitre 2).

⁴⁵ Article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale

CHAPITRE 1 LA PRIORITE : LA NORME NEGOCIEE

18 - La loi de sécurisation de l'emploi impose aux branches puis aux entreprises de négocier afin de mettre en place un régime de remboursement complémentaire en matière de frais de santé. Le choix de la norme négociée n'est pas neutre. La nature de l'acte aura des conséquences sur le régime applicable. Seront successivement étudiées les règles relatives à la conclusion (Section 1) et à la remise en cause (Section 2) de l'accord collectif généralisant la complémentaire santé.

Section 1. La conclusion de l'accord collectif

19 - La négociation d'un régime de complémentaire santé peut être menée à deux niveaux soit au niveau du secteur d'activité, soit au niveau de l'entreprise. Les partenaires sociaux avaient jusqu'au 30 juin 2014 pour instaurer une complémentaire santé au niveau de la branche (Sous-section 1). Depuis le 1^{er} juillet 2014, les entreprises non couvertes par un régime prenant en charge, en complément du régime de base de sécurité sociale, les frais de santé doivent engager une négociation collective sur ce thème (Sous-section 2).

Sous-section 1 La négociation au niveau du secteur d'activité

20 - La loi du 14 juin 2013 a tout d'abord imposé aux organisations salariales et patronales liées par une convention collective de branche d'ouvrir des négociations afin de faire bénéficier l'ensemble des salariés d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements de frais de santé. Un accord de branche relatif au remboursement des frais de santé va donc être mis en place dans les branches ayant engagé une négociation (§ 1), il pourra le cas échéant voire sa portée modifiée s'il fait l'objet d'un accord d'extension ou d'élargissement (§ 2).

§1. La mise en place de l'accord de branche

21 - La mise en place d'un régime de protection sociale au niveau du secteur d'activité présente des avantages au regard de l'exigence de solidarité (I) mais aussi des limites (II).

I. Les avantages de la mise en place de régimes professionnels

22 - **Système de prévoyance et régime de protection sociale.** La convention de branche permet de réduire les coûts de mise en place des garanties collectives grâce au système de

mutualisation du risque, l'économie ainsi réalisée devant permettre l'instauration de mécanismes de solidarité. Une distinction doit être faite entre système de prévoyance et régime de protection sociale. Cette distinction est importante puisque selon le contenu de l'accord fondateur les garanties collectives créées auront une nature et un régime différents. Lors de la mise en place d'un système de prévoyance, l'acte fondateur s'attache uniquement à déterminer la nature et le niveau des prestations, et éventuellement la clé de répartition des cotisations entre l'employeur et les salariés. Tandis que l'acte fondateur d'un régime de protection sociale peut matérialiser les droits collectifs par, en plus, des droits non contributifs⁴⁶. Ces droits sont financés par la création d'un « pot commun », selon l'expression du professeur Dupeyroux⁴⁷, sur lequel les salariés ont un « droit de tirage »⁴⁸. C'est cette mutualisation qui justifiait, jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel, que les conventions de branche imposent un organisme assureur unique à toutes les entreprises relevant de l'accord. Contrairement aux garanties sociales mises en place dans un système de prévoyance, le régime de protection sociale implique des avantages qui ne sont pas nécessairement individualisables et qui ne reposent pas uniquement sur la technique assurantielle. Le système n'est donc pas actuariel mais correspond à la logique du régime légal de protection sociale fondée sur la solidarité.

Ainsi, la mise en place de régimes de frais de santé permet de garantir des niveaux et des qualités de couverture plus élevés pour un coût plus attractif, les cotisations étant détachées du risque individuel. La mobilisation au niveau de la branche est une chance pour les plus petites entreprises qui manquent de ressources ou de moyens logistiques suffisants pour mettre en place une protection sociale complémentaire au profit de leurs salariés. Or, la prise en charge du risque frais de santé est une opportunité pour les PME de fidéliser leurs salariés en leur octroyant de nouveaux droits. La protection sociale complémentaire devient alors un élément de flexi sécurité destiné à compenser les faibles marges de manœuvre en matière de progrès social⁴⁹. Des mécanismes non contributifs seraient mis en place orientant les efforts du régime de protection sociale complémentaire sur ceux qui en ont le plus besoin.

23 - Insuffisance de la sécurité sociale légale. La volonté du législateur de mettre de place des régimes professionnels de frais de santé révèle le désengagement de la sécurité sociale légale. Le transfert des coûts liés au remboursement des frais de santé sur les entreprises permettrait de soulager les finances de la sécurité sociale. L'obligation mise à la

⁴⁶ J. Barthélémy, *Les fondamentaux du droit de la PSC*, Dr. soc. 2013. 873

⁴⁷ J.-J. Dupeyroux, *Les exigences de la solidarité*, Dr. soc. 1990. 741.

⁴⁸ L'expression, reprise par J. Dupeyroux, est empruntée à A. Supiot.

⁴⁹ B. Petit, *Généralisation des complémentaires santé : une approche davantage « sociale » que « sociétale » ?*, JCP S 2009, n°30.

charge des partenaires sociaux principalement au niveau de la branche par l'ANI et par le législateur est une manifestation du recul de la sécurité sociale légale au profit de la sécurité sociale conventionnelle.

24 - La loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 invite donc les partenaires sociaux à instaurer de véritables régimes professionnels de prévoyance en matière de frais de santé. Il n'est pas certain pour autant que le législateur ait donné les outils nécessaires aux négociateurs pour conclure de telles conventions de branche.

II. Les obstacles à la mise en place de régimes professionnels

25 - Au 1^{er} juillet 2014, date limite imposée aux partenaires sociaux pour négocier une couverture santé au niveau de la branche, de nombreux secteurs d'activité n'étaient toujours pas couverts par accord collectif sur ce thème. Ce bilan s'explique par deux obstacles rencontrés par les partenaires sociaux. Le premier est un obstacle temporel : le calendrier fixé par la loi, particulièrement court, était difficile à respecter ; le second est un obstacle matériel caractérisé par l'incertitude des règles relatives à la complémentaire santé.

26 - **Calendrier**⁵⁰. Le premier obstacle à la négociation collective de branche en matière de frais de santé tient au calendrier encadré prévu par la loi de sécurisation de l'emploi. Les branches avaient jusqu'au 30 juin 2014 pour mettre en place un régime obligatoire de remboursement des frais de santé au niveau de la branche, soit un délai d'un an à partir de la promulgation de la loi. Un délai aussi restreint est particulièrement contraignant pour les partenaires sociaux étant donné l'ampleur de la négociation.

27 - **Insécurité juridique.** A cette limite temporelle s'ajoute des incertitudes s'agissant du contenu impératif de la négociation. La loi du 14 juin 2013 impose aux régimes de frais de santé de respecter un « *panier de soins* » minimal, c'est à dire des garanties et prestations minimales ainsi qu'un taux de contribution patronale d'au moins 50 %. Néanmoins, plusieurs dispositions de cette réforme devaient faire l'objet d'une application réglementaire. Ainsi, la loi renvoie à un décret le soin de définir précisément qu'elles doivent être les garanties et prestations minimales couvertes par le contrat d'assurance. De même, les critères des contrats solidaires et responsables et les hypothèses de dispenses d'affiliation devaient être précisées par décret. Or, aucun de ces textes réglementaires n'était connu au 30 juin 2014, soit la date butoir pour négocier un accord de branche. Dans ces conditions il était difficile voire

⁵⁰ Il est symptomatique de constater que la loi de sécurisation de l'emploi imposait aux partenaires sociaux d'entamer des négociations avant le 1^{er} juin 2013 alors qu'elle a été publiée au JO que le 18 juin 2013.

impossible pour les branches de déterminer les contraintes entourant la négociation. Cette incertitude juridique était de nature à dissuader les partenaires sociaux de s'engager dans une négociation au niveau de la branche sous peine d'être contraintes de modifier le texte conventionnel quelques semaines à peine après sa mise en place.

A l'attente de la publication des décrets d'application s'ajoute l'insécurité juridique créée par la remise en cause successivement des clauses de désignation puis de la majoration attachée aux clauses de recommandation⁵¹. D'aucuns considèrent cependant qu'il faudrait se féliciter d'une telle issue qui « évacue le risque que s'élèvent de nombreux contentieux à l'encontre de telles clauses qui n'auraient pas manqué d'éclorre dans les accords de branche et qui élimine par la même occasion l'insécurité juridique qui aurait plané sur leur validité »⁵². L'objectif des gouvernements de promouvoir la création de régimes professionnels destinés en matière de frais de santé à compenser le recul de la sécurité sociale légale a donc rencontré de sérieuses limites⁵³.

28 - Bilan. Plusieurs branches ont néanmoins négocié et conclu un accord mettant en place un régime de frais de santé. L'analyse de ces textes conventionnels montre que les pratiques des partenaires sociaux sont hétérogènes. Les nouvelles garanties peuvent être mises en place par voie d'avenant à la convention de branche ou par le biais d'un accord autonome. Ainsi le secteur des télécommunications et celui des établissements pour personnes handicapées par accord du 26 juin 2014 pour l'un, et par avenant du 1^{er} septembre 2014 pour l'autre, ont créé un régime collectif de complémentaire santé obligatoire.

En tout état de cause, bien que le délai imparti aux branches soit dépassé celles-ci peuvent toujours engager une négociation sur le thème de la couverture des frais de santé. Il est également envisageable que les accords de branche qui ont été conclus fassent l'objet d'un arrêté d'extension ou d'élargissement modifiant leur champ d'application.

§2. La portée de l'accord de branche

29 - Extension, élargissement. Le droit du travail prévoit des mécanismes permettant de modifier le champ d'application territorial et/ou professionnel d'un accord de branche afin de

⁵¹ Cons. const., déc. 13 juin 2013, n°2013-672 DC, Loi relative à la sécurisation de l'emploi, consid. N°11 et 12 : B. Serizay JCP E 2013, 1395 ; G. Briens JCP S 2013, étude 1308.- Cons. const., déc. 19 déc. 2013, n°2013-682 DC

⁵² Ph. Coursier, *Quelle généralisation pour quelle couverture complémentaire santé ?* : JCP S, 1268.

⁵³ On pourrait encore citer le contexte d'insécurité juridique résultant de la définition des catégories objectives permettant aux entreprises de prétendre aux exonérations fiscales et sociales définies par le décret n°2012-25 du 9 janvier 2012, modifié par le décret n°2014-786 du 8 juillet 2014.

comblent un vide conventionnel. Deux procédures sont ainsi envisageables. L'arrêté d'extension, sans modifier le champ d'application de l'accord, impose son application à toutes les entreprises relevant de son périmètre, quand bien même elles n'auraient pas adhéré à une organisation patronale signataire ou adhérente de l'accord. L'élargissement étend l'accord de branche à un secteur territorial et/ou professionnel qu'il ne couvrait pas. La procédure d'élargissement suppose que l'accord collectif ait été préalablement étendu conformément à l'article L. 911-3 du Code de la sécurité sociale.

L'élargissement et l'extension des accords instituant des garanties de protection sociale complémentaire diffèrent des règles ordinaires du droit du travail. L'accord collectif doit répondre à des conditions de fond (I), afin de faire l'objet d'une procédure d'élargissement (ou d'extension) particulière (II).

I. Les conditions de l'extension et de l'élargissement

30 - Enoncé des conditions. L'accord collectif devant être étendu ou élargi doit satisfaire à des conditions de fond tenant tant au déroulement de la négociation de l'accord qu'à son contenu.

31 - La négociation de l'accord. L'article L. 2261-19 du Code du travail (auquel renvoie l'article L. 911-3 du Code de la sécurité sociale) prévoit qu'un accord collectif ne peut faire l'objet d'un accord d'extension que s'il a été négocié et conclu dans le cadre d'une commission mixte, composée de toutes les organisations syndicales d'employeurs et de salariés représentatives dans le champ d'application considéré. La référence aux conventions ou « accords négociés et conclus » a pour conséquence que toutes les organisations représentatives d'employeurs et de salariés doivent être présentes d'un bout à l'autre de la négociation et avoir signé le contrat en définitive intervenu pour que ce dernier soit susceptible d'être étendu⁵⁴.

En principe, la réunion de la commission paritaire relève de la seule initiative des partenaires sociaux. Elle peut cependant intervenir également sur décision du ministre du Travail de sa propre initiative ou à la demande d'une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans le champ d'application de l'accord. Il s'agit d'une simple faculté pour le ministre. Elle

⁵⁴ B. Teyssié, *Droit du travail relations collectives* : Lexis Nexis 8^e éd.

devient cependant obligatoire si au moins deux organisations répondant aux critères de représentativité en font la demande⁵⁵.

32 - La légalité de l'accord. La légalité de l'arrêté d'extension est subordonnée à la validité de l'accord de branche ou de l'avenant en cause. Un certain nombre de clauses sont exclues du champ de l'extension en raison de leur illicéité présumée. Il s'agit principalement des clauses qui instituent des discriminations directes ou indirectes entre les salariés, illicites au regard de l'article L. 1132-1 et des clauses qui méconnaîtraient le principe de l'égalité de traitement ou le principe « *à travail égal, salaire égal* »⁵⁶. Depuis la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013 est également concernée la prohibition des clauses désignant un organisme assureur.

La nature particulière de l'arrêté d'extension a des conséquences sur la répartition des compétences entre les ordres de juridictions. Ainsi, le juge administratif saisi d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'arrêté est tenu, « *eu égard au caractère de contrat de droit privé que présente l'accord ou l'avenant* » relatif à un régime complémentaire de prévoyance des salariés, de renvoyer au juge judiciaire l'examen de cette question préjudicielle⁵⁷. En vertu du principe de la séparation des pouvoirs, le juge judiciaire ne peut se prononcer que sur la légalité des stipulations litigieuses au regard du Code de la sécurité sociale, mais ne peut pas déclarer celles-ci inopposables aux demandeurs⁵⁸. Si l'accord collectif répond aux conditions de validité posées par le Code la sécurité sociale il pourra alors faire l'objet d'une procédure d'extension.

II. La procédure d'extension et d'élargissement

33 - L'autorité compétente. Lorsque la convention a pour objet exclusif d'instituer des garanties collectives au sens de l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale, leur extension ou leur élargissement⁵⁹ est décidée par arrêté du ministre chargé du Budget et du ministre chargé de la Sécurité sociale⁶⁰. Seul un arrêté conjoint des ministres de la Sécurité sociale et du Budget peut décider de l'extension ou de l'élargissement d'un tel accord. A défaut, l'accord est inopposable aux entreprises non adhérentes aux syndicats signataires, et

⁵⁵ C. trav., art. L. 2261-20, al. 2.

⁵⁶ P. Morvan, *Droit de la protection sociale* : Lexis Nexis 6^e éd.

⁵⁷ CE, 22 nov. 2000 : RJS 2001, n°357.

⁵⁸ Cass. soc., 18 déc. 1997 : Bull. civ. 1997, V, n°467.

⁵⁹ L'extension permettant d'étendre les effets de l'accord collectif à l'ensemble des entreprises appartenant à son champ d'application, tandis que l'élargissement élargi le champ d'application de l'accord.

⁶⁰ C. séc. soc., L. 911-3 et L. 911-4.

ce, même en présence d'un arrêté d'extension pris par le ministre du Travail⁶¹. La compétence des ministres du Budget de la Sécurité sociale se justifie dès lors qu'est poursuivi un objectif de solidarité.

En revanche, le ministre du Travail recouvre sa compétence lorsque l'accord de prévoyance forme une annexe incorporée à une convention collective qui a un objet plus vaste que l'instauration de garanties collectives⁶². L'accord autonome peut être défini comme celui constitué d'un ensemble de dispositions conventionnelles obéissant à un régime juridique propre. Il peut être néanmoins difficile de déterminer avec certitude la nature exacte de l'accord. Il a par exemple été jugé que lorsqu'un accord professionnel a le même champ d'application territorial ou professionnel qu'une convention de branche, il s'incorpore à ladite convention dont il constitue un avenant et une annexe, seul le ministre du Travail ayant alors compétence pour procéder à son extension⁶³. La compétence du ministre du Travail est justifiée par le principe d'indivisibilité de la convention. Il ne peut y avoir qu'un seul arrêté, la compétence du ministre du Travail exclue donc celle des ministres du Budget de la Sécurité sociale. Le professeur Dupeyroux milite cependant pour transférer le pouvoir d'extension au ministre chargé de la Sécurité sociale même dans ce cas-là. Le premier argument porte sur l'objet de l'accord qui est de compléter la Sécurité sociale comblant l'insuffisance de garanties ou leur montant. Le deuxième est lié au sort fiscal et social des contributions alimentant les prestations. Seul le ministre de la Sécurité sociale, qui a établi une doctrine à ce sujet, serait compétent, au moment de l'extension, pour apprécier la validité de l'accord au regard des règles fiscales et sociales. Enfin, le troisième argument tient aux compétences techniques requises pour la mise en place de garanties collectives de prévoyance, en particulier actuarielles et de maîtrise de droit de la Sécurité sociale⁶⁴.

34 - L'avis de la COMAREP. En sus de l'arrêté conjoint des ministres du Budget et de la Sécurité sociale, l'extension (ou l'élargissement) doit faire l'objet d'un avis de la commission des accords de retraite et de prévoyance ou COMAREP. Le respect de cette procédure est

⁶¹ CA Paris, 24 sept. 1996 : RJS 1996, n°1194.

⁶² CE, 12 mai 2010 : Dr. soc. 2010, p. 1131.

⁶³ CA, 7 juill. 2000, n° 198564 et 208779 : RJS 2001, n°111 ; JCP E 2003, 1554, p. 1717, note S. Hennion-Moreau. La définition même de l'avenant soulève certaines interrogations. Selon la circulaire du 22 septembre 2004 « *seuls les accords se présentant comme des avenants à des textes de base seront considérés comme tels en application de l'article L. 132-7. Désormais, seul un critère formel subsiste : il faut que l'avenant soit explicitement formellement comme portant révision d'une convention ou d'un accord* ». Cette définition purement formelle de l'avenant qui exclut le critère de l'identité d'objet est par ailleurs critiquable en opportunité. Un seul arrêt inédit du 31 mai 2006 est venu considérer que lorsque les accords portent sur le même objet il s'agit d'un avenant de révision (Cass. Soc. 31 mai 2006, n°04-14060) Il s'agissait en l'espèce d'un texte purement technique qui apportait des précisions sur certains points d'un accord conclu antérieurement.

⁶⁴ J. Barthélémy, *Réflexion prospective sur l'extension des accords collectifs de protection sociale* : Dr. soc. 2010, p. 182.

requis à peine de nullité de l'arrêté. La composition paritaire de la COMAREP (représentants désignés par les organisations syndicales de salariés et d'employeurs) est issue du décret du 15 juin 1959⁶⁵. L'avis de la commission doit être motivé à peine de nullité⁶⁶.

A défaut, d'être couvertes par un accord de branche au 1^{er} juillet 2014, les entreprises dans lesquelles ont été désignés des délégués syndicaux ont du engager à leur tour des négociations sur la généralisation de la couverture complémentaire santé.

Sous-section 2 - La négociation au niveau de l'entreprise

35 - Négociation annuelle obligatoire. Antérieurement à la loi de sécurisation de l'emploi, l'article L. 2242-11 du Code du travail a créé une obligation de négociation relative à la complémentaire santé dans le cadre de la négociation annuelle obligatoire. Le texte prévoit en effet que « *dans les entreprises où sont constituées une ou plusieurs organisations syndicales représentatives, lorsque les salariés ne sont pas couverts par un accord de branche ou un accord d'entreprise définissant les modalités d'un régime de prévoyance maladie, l'employeur est tenu d'engager chaque année une négociation sur ce thème* ». A défaut d'initiative de l'employeur depuis plus de douze mois, la négociation s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative dans un délai de quinze jours à compter de sa demande. En revanche, l'obligation de négocier ne signifie pas nécessairement obligation de conclure. Et elle peut être distincte ou non des autres sujets de la négociation annuelle obligatoire. Ce thème de la NAO est cependant voué à disparaître, toutes les entreprises devant in fine avoir mis en place une couverture complémentaire santé au plus tard le 1^{er} janvier 2016.

36 - Généralisation de la couverture complémentaire santé. La loi du 14 juin 2013 impose une nouvelle obligation de négocier à la charge des entreprises afin de mettre en place un régime de remboursement complémentaire en matière de frais de santé bénéficiant à l'ensemble des salariés de l'entreprise. Cette négociation doit être étudiée dans son organisation (§ 1), ainsi que dans ses rapports avec les normes d'un niveau supérieur (§ 2).

⁶⁵ Le rapport annuel de la COMAREP pour 2013 indique qu'au cours de l'année 2013, 113 accords et avenants ont été examinés par la COMAREP, dont seulement 18 relevaient de la compétence conjointe de la Direction du Budget et de la Direction de la Sécurité sociale (www.securite-sociale.fr/Rapport-d-activite-2013-de-la-COMAREP).

⁶⁶ CE, 6 avr. 1990 : RJS 1990, n°530. – Adde CE, 3 mai 1993 : RJS 1993, n°767.

§1. L'organisation de la négociation d'entreprise

37 - La négociation d'entreprise s'organise dans un périmètre délimité par la loi (I), selon des modalités précises (II).

I. Le périmètre de la négociation d'entreprise

38 - Négociation dans l'entreprise. Depuis le 1^{er} juillet 2014 de nouvelles obligations pèsent sur les entreprises. Deux situations doivent être distinguées. En cas de conclusion d'un accord au niveau de la branche, les entreprises disposent de 18 mois pour se conformer aux nouvelles obligations conventionnelles, soit jusqu'au 1^{er} janvier 2016. A défaut d'accord de branche, les entreprises dans lesquelles a été désigné un délégué syndical et qui ne sont pas couvertes par une couverture collective obligatoire en matière de frais de santé ont jusqu'au 1^{er} janvier 2016 pour engager des négociations sur la mise en place d'une complémentaire santé dans l'entreprise⁶⁷. Enfin, les entreprises déjà couvertes par un accord collectif relatif aux remboursements de frais de santé qui ne répondraient pas aux conditions minimales du panier de soins définies par la loi et par décret doivent engager des négociations afin de se conformer à ces dispositions.

Il est possible de se demander si un régime de remboursement en matière de frais de santé peut être mis en place au niveau d'un groupe d'entreprise. L'obligation de négocier imposée par la loi du 14 juin 2013 ne vise que les entreprises. Cependant, aucun texte n'interdit la négociation sur ce thème au niveau du groupe. Un groupe de sociétés pourrait donc prendre l'initiative de mettre en place une complémentaire santé au niveau du groupe.

39 - Présence ou absence de délégué syndical. Cette négociation s'engage en principe au niveau de l'entreprise entre l'employeur et les organisations syndicales représentatives au sein de l'entreprise selon les règles prévues par le Code du travail⁶⁸. Des difficultés peuvent apparaître lorsque l'entreprise est dépourvue de délégué syndical. Selon l'article I de la loi du 14 juin 2014, « à compter du 1er juillet 2014 et jusqu'au 1^{er} janvier 2016, dans les entreprises où a été désigné un délégué syndical et qui ne sont pas couvertes » par une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de frais de santé, « *l'employeur engage une négociation sur ce thème* ». Sont exclusivement visées par le texte « *les entreprises où a été désigné un délégué syndical* ». A contrario, les entreprises dépourvues de délégué syndical ne sont pas concernées par l'obligation de négocier sur le thème de la complémentaire santé

⁶⁷ L. n°2013-504, 14 juin 2013, art. 1^{er}, I, B

⁶⁸ En effet, selon l'article L. 911-3 du Code de la sécurité sociale, « *les dispositions du titre III du livre Ier du code du travail sont applicables aux conventions et accords collectifs mentionnés à l'article L. 911-1* ».

avant le 1^{er} janvier 2016. Néanmoins, l'entreprise peut prendre l'initiative de mettre en place une couverture complémentaire en matière de frais de santé sur le fondement de l'article L. 911-1 qui dispose que les garanties collectives dont bénéficient les salariés peuvent être déterminées par voie de conventions ou d'accords collectifs. Se pose alors la question de savoir si, en l'absence de délégué syndical, une entreprise peut valablement négocier un tel accord selon les règles de la négociation dérogatoire. Les modalités de la négociation dérogatoire sont limitées aux « *mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif* ». Selon l'article L. 2232-21 du Code du travail, dans les entreprises de moins de deux cents salariés, en l'absence de délégués syndicaux, les représentants élus du comité d'entreprise, de la délégation unique du personnel ou à défaut les délégués du personnel « *peuvent négocier et conclure des accords collectifs de travail sur des mesures dont la mise en œuvre est subordonnée par la loi à un accord collectif* ». Deux situations doivent être distinguées. Lorsque l'entreprise met en place un régime dans le cadre de la généralisation de la complémentaire santé respectant le panier de soins, c'est à dire la couverture santé minimum, il doit respecter le calendrier mis en place par la loi du 14 juin 2013. Celle-ci instaure une priorité entre la norme négociée et la norme unilatérale en précisant que la généralisation doit être réalisée d'abord par accord de branche, puis par accord d'entreprise et enfin, à titre subsidiaire, par décision unilatérale de l'employeur au plus tard au 1^{er} janvier 2013. La loi renvoie bien à l'accord collectif pour la mise en place de la couverture santé minimale. Par conséquent, un accord relatif aux frais de santé pourrait être conclu selon les modalités de la négociation dérogatoire avec les élus à condition de respecter les conditions prévues par les Code du travail. A contrario, lorsque l'employeur décide de mettre en place des garanties supplémentaires ou plus favorable, il ne serait pas possible de négocier un accord en l'absence de délégué syndical dans l'entreprise.

II. Les modalités de la négociation

40 - Modalités de droit commun. La négociation s'engage en principe selon les modalités de droit commun. La première réunion fixe les informations que l'employeur remettra à la délégation syndicale sur les matières obligatoirement négociées, la date de cette remise et le lieu et le calendrier des réunions. Dès que la négociation est en cours l'employeur ne peut prendre aucune décision unilatérale dans les matières traitées.

A l'issue de la négociation, si un accord a été conclu, un exemplaire doit être déposé auprès de la direction régionale du travail et de l'emploi et au greffe du conseil de prud'hommes dans

les huit jours à compter de la date de notification⁶⁹. A défaut d'accord, il est établi un procès-verbal de désaccord dans lequel seront consignées, dans leur dernier état, les propositions de chacune des parties et les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement.

41 - L'information du comité d'entreprise. En matière de prévoyance le comité d'entreprise peut être appelé à jouer un rôle consultatif. Au titre de sa compétence générale, il est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise⁷⁰. Par ailleurs, la loi Evin de 1994 a renforcé l'information consultation du comité d'entreprise. Les décisions de l'employeur en matière de prévoyance doivent être précédées par la consultation du comité d'entreprise. Cette information consultation est expressément prévue par l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale. Le comité d'entreprise, ou à défaut les délégués du personnel dans les entreprises de moins de cinquante salariés, doit être consulté avant la mise en place d'une garantie collective.

L'obligation d'information du comité d'entreprise concerne tant la période antérieure à la négociation que la période postérieure à la conclusion de l'accord d'entreprise. Tout d'abord, le comité d'entreprise est consulté lors de l'engagement de la négociation d'entreprise relative à la mise en place d'un régime de frais de santé. L'effet utile de la consultation suppose qu'elle intervienne préalablement à la mise en place des garanties dans l'entreprise, c'est-à-dire avant l'engagement de la négociation avec les syndicats représentatifs⁷¹. Le défaut de consultation du comité d'entreprise ne remet pas en cause la validité de l'accord qui met en place le régime de frais de santé⁷². L'employeur se rend néanmoins coupable d'un délit d'entrave. S'agissant de l'exécution de l'accord d'entreprise, le comité d'entreprise doit être consulté régulièrement sur l'évolution des garanties mises en place. Il peut, à sa demande, se faire communiquer chaque année le rapport sur les comptes de la convention ou du contrat de protection sociale complémentaire qui lui est transmis par l'organisme assureur⁷³.

42 - Le recours à un expert. Dans le cadre de la préparation de ses travaux en matière de prévoyance le comité d'entreprise peut faire appel à un expert. Ce dernier est rémunéré par le comité d'entreprise sur son budget de fonctionnement⁷⁴. Il a vocation à intervenir dans

⁶⁹ C. trav., art. L. 2231-5 et s.

⁷⁰ C. trav., art. L. 2323-6.

⁷¹ Cass. soc., 5 mai 1998, EDF : D. 1998, p. 608, note G. Auzero ; Dr. soc. 1998, p. 764, obs. J.-E. Ray ; RJS 1998, p. 611, chron. P.-H. Antonmattei : « *la consultation doit avoir lieu concomitamment à l'ouverture des négociations collectives et au plus tard avant la signature de l'accord* ».

⁷² Cass. soc., 5 mai 1998, n°96-13.498, n°2629 P + B + R : Bull. civ. V, n°219.

⁷³ C. trav., art. L. 2323-49, L. 2323-60.

⁷⁴ C. trav., art. L. 2325-41.

plusieurs hypothèses. Au moment de la mise en place du régime de prévoyance dans l'entreprise, l'expert pourra donner son avis sur les garanties proposées, le niveau des cotisations et sur la comparaison entre les différentes offres proposées par les organismes assureurs. Au cours de la gestion du régime de prévoyance, le comité d'entreprise peut faire examiner toute proposition visant à améliorer le régime de la complémentaire santé des salariés. Enfin, le comité peut réclamer à l'employeur le rapport annuel sur les comptes du contrat d'assurance. A cette occasion il pourra solliciter l'avis d'un expert sur les résultats du contrat de prévoyance en matière de frais de santé.

Le rôle du comité d'entreprise en matière de frais de santé est purement consultatif. D'une part, l'énumération des sources de droit pouvant instaurer un régime de prévoyance présente un caractère limitatif. La Cour de cassation en déduit que le comité d'entreprise « *ne peut revendiquer la gestion d'un régime de retraite complémentaire résultant d'un accord collectif* »⁷⁵. D'autre part, si la prévoyance est, par nature, une activité sociale et culturelle⁷⁶, lorsque le régime de prévoyance est obligatoire pour l'employeur le comité ne peut pas en revendiquer la gestion au titre des activités sociales et culturelles⁷⁷. La généralisation de la complémentaire santé par la loi du 14 juin 2013 par une couverture complémentaire obligatoire exclut la qualification d'activité sociale et culturelle.

§2. La portée de la négociation d'entreprise

43 - L'accord d'entreprise est par principe soumis aux normes de niveau supérieur qu'il s'agisse de la norme légale (I) ou, lorsqu'elle a été conclue, de la convention de branche (II).

I. L'accord d'entreprise et la loi et le règlement

44 - **Ordre public.** Les règles d'ordre public sont celles auxquelles nul ne peut déroger car elles répondent à des impératifs liés à l'organisation de la vie en société. « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs »⁷⁸. En matière de droit du travail nombreuses sont les règles qui présentent ce caractère d'ordre public en ce qu'elles garantissent aux travailleurs des droits minimaux qui

⁷⁵ Cass. soc., 1^{er} oct. 2003, pourvoi n°02-30.337, inédit.

⁷⁶ En application de l'article R. 2323-20 selon lequel constituent des activités sociales et culturelles « les institutions sociales de prévoyance et d'entraide, telles que les institutions de retraites et les sociétés de secours mutuels.

⁷⁷ Cass. soc., 22 juin 1993, n°91-17.686.

⁷⁸ C. civ., art. 6.

ne peuvent être réduits ou supprimés. Ainsi, l'article L. 2251-1 du Code du travail dispose que les conventions et accords « *ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public* ». Le Conseil d'Etat a rappelé le caractère d'ordre public des règles du droit du travail en estimant qu' « *une convention collective ne saurait légalement déroger, ni aux dispositions qui, par les termes mêmes, présentent un caractère impératif, ni aux principes fondamentaux énoncés dans la Constitution ou aux règles de droit interne – ou, le cas échéant, international-, lorsque ces principes ou règles débordent le domaine du droit du travail ou intéressent des avantages ou garanties échappant, par leur nature, aux rapports conventionnels* »⁷⁹. En témoignent, dans le domaine de la protection sociale complémentaire, la liberté contractuelle et la libre prestation de services qui ont justifié l'invalidation des clauses de désignation par le Conseil constitutionnel⁸⁰.

L'ordre public social désigne le principe selon lequel, s'agissant des sources du droit du travail, une norme de rang inférieur ne peut aménager une norme qui lui est supérieure que dans un sens plus favorable. Ce principe est consacré par l'article L. 2251-1 du Code du travail. Toutefois, le Conseil constitutionnel considère que « *le principe en vertu duquel la loi ne peut permettre aux accords collectifs de travail de déroger aux lois et règlements ou aux conventions de portée plus large que dans un sens plus favorable aux salariés {...} ne saurait être regardé comme un principe fondamental reconnu par les lois de la république au sens du Préambule de la Constitution de 1946* » mais qu'il « *constitue un principe fondamental du droit du travail, au sens de l'article 34 de la Constitution, dont il appartient au législateur de déterminer le contenu et la portée* »⁸¹. Par conséquent, le législateur peut autoriser un accord ou une convention collective à déroger à la loi dans un sens moins favorable. Une telle possibilité n'est cependant pas offerte aux partenaires sociaux en matière de protection sociale complémentaire.

45 - Principe de faveur. Ces règles ne remettent pas en cause l'application du principe de faveur. Un accord ou une convention peut toujours comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur⁸². Ce principe, qualifié de « *principe fondamental en droit du travail* » par la Cour de cassation⁸³, signifie qu'en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable au salarié qui doit recevoir application. La difficulté est alors

⁷⁹ CE avis, 22 mars 1973 : Dr. ouvrier 1973, p. 190 ; Dr. soc. 1973, p. 514.

⁸⁰ Cons. const., 13 juin 2013, préc.

⁸¹ Cons. const., déc. 29 avr. 2004, n°2000-494 DC : Journal Officiel 5 mai 2004.

⁸² C. trav., art. L. 2251-1.

⁸³ Cass. soc., 17 juill. 1996 : Bull. civ. 1996, V, n°296 et 297 ; JurisData n° 1996-003264 et 1996-003265 ; Dr. soc. 1996, p. 1049, note J. Savatier, concl. P. Lyon-Caen.

de déterminer laquelle des deux normes, légale ou conventionnelle⁸⁴, est la plus favorable au salarié. Plusieurs méthodes de comparaison étaient envisageables. La première méthode aurait consisté en une appréciation objective en considération de l'ensemble des salariés et non simplement de tel ou tels d'entre eux. Une seconde analyse reposerait sur une appréciation subjective des avantages accordés. La Cour de cassation a opté pour une méthode globale et analytique en estimant que la comparaison doit se faire par « *ensembles d'avantages se rapportant à un même objet ou à une même cause* »⁸⁵. Le principe de faveur, a été partiellement remis en cause par la possibilité de déroger par accord d'entreprise à une règle conventionnelle de rang supérieur.

II. L'accord d'entreprise et la convention collective de branche

46 - Noyau dur indérogeable. La loi du 4 mai 2004 a radicalement modifié le régime de la négociation collective en prévoyant que « *l'accord d'entreprise ou d'établissement peut comporter des stipulations dérogeant en tout ou partie à celles qui lui sont applicables en vertu d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large* »⁸⁶. Les accords d'entreprise conclus après la date d'entrée en vigueur de la loi peuvent déroger dans un sens moins favorable aux accords et conventions de branche supérieurs sauf si ceux-ci l'interdisent et sauf dans certains domaines. Or, le texte prévoit justement une exception s'agissant des accords relatifs à la protection sociale complémentaire. « *En matière de (...) garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de sécurité sociale* », la convention ou l'accord d'entreprise ou d'établissement « *ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels* »⁸⁷. Le domaine de la protection sociale d'entreprise est donc inaccessible au domaine de la négociation dérogatoire.

47 - La poursuite d'un degré élevé de solidarité. En pratique le degré d'autonomie de l'accord d'entreprise est différent selon que l'accord de branche s'est contenté de mettre en place un système de prévoyance ou a bâti un régime de protection sociale⁸⁸. Lorsque les

⁸⁴ Ou entre deux normes conventionnelles, puisque le principe de faveur a également vocation à s'appliquer en cas de conflit entre deux accords collectifs ayant un champ d'application différent, ou entre un accord collectif et le contrat de travail du salarié. Bien que le principe de faveur ait été partiellement remis en cause par la loi du 4 mai 2004 (L. n°2004-391, 4 mai 2004 : Journal Officiel 5 Mai 2004).

⁸⁵ Cass. ass. plén., 18 mars 1998 : Bull. civ. 1988, ass. plén. n°3 – Cass. ass. plén., 24 oct. 2008 : Bull. civ. 2008, ass. plén., n° 4 ; JurisData n°2008-045566.

⁸⁶ C. trav., art. L. 2253-3, alinéa 2

⁸⁷ En réalité l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale n'énumère aucune des garanties collectives. Selon le professeur Morvan il s'agit d'une erreur du législateur qui aurait inversé l'article L. 912-1 et l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale.

⁸⁸ J. Barthélémy, *L'ingénierie juridique de la prévoyance collective au niveau de l'entreprise*, Les Cahiers du DRH, 210.

partenaires sociaux se sont contentés, au niveau de la branche, de fixer la nature et le niveau des prestations l'hypothèse est celle d'un système de prévoyance. L'accord d'entreprise bénéficie d'une marge de manœuvre plus importante. Bien qu'il ne puisse déroger aux dispositions de l'accord de branche défavorablement aux salariés, il est envisageable de mettre en place des garanties plus favorables pour les bénéficiaires. La situation est différente lorsque l'accord conclu au niveau de la branche poursuit un objectif de solidarité au sens de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale. En instaurant un véritable régime de protection sociale complémentaire, il limite l'autonomie de l'accord d'entreprise. Le professeur Barthélémy estime « *que tant que l'accord préexistant ayant créé un régime reste en vie, un accord d'entreprise ne peut déroger au dispositif conventionnel de branche, même dans un sens plus favorable* »⁸⁹. L'accord de branche s'imposait notamment au niveau de l'entreprise s'agissant des clauses de recommandation et des clauses de migration. Ces clauses créaient l'obligation pour les entreprises relevant du champ d'application de l'accord de conclure un contrat d'assurance avec l'organisme assureur désigné par l'accord de branche. Un accord d'entreprise ne pouvait, sans méconnaître l'article L. 2253-3 du Code du travail⁹⁰, désigner un autre assureur.

Néanmoins, depuis les décisions du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013 et du 19 décembre 2013 invalidant respectivement les clauses de recommandation et de migration et le caractère incitatif des clauses de recommandation, l'interdiction de déroger aux accords de branche instaurant un degré élevé de solidarité a perdu de son importance. En effet, la prohibition de l'article L. 2253-3 du Code du travail avait essentiellement pour finalité de permettre la mise en place d'un dispositif de solidarité au niveau de la branche. Or, dans la mesure où seule une recommandation de l'organisme assureur est aujourd'hui envisageable la mutualisation du risque au niveau de la branche s'avère plus difficile.

En tout état de cause il est envisageable que les accords conclus au niveau de l'entreprise prévoient des dispositions plus favorables s'agissant du taux de prise en charge patronale ainsi que des éventuelles garanties supplémentaires (garanties des ayants droits ou options

⁸⁹ J. Barthélémy, préc.

⁹⁰ Aux termes de cet article, « *En matière de salaires minima, de classifications, de garanties collectives complémentaires mentionnées à l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle, une convention ou un accord d'entreprise ou d'établissement ne peut comporter des clauses dérogeant à celles des conventions de branche ou accords professionnels ou interprofessionnels* ».

facultatives). Il n'est pas rare que cette dérogation dans un sens plus favorable soit expressément envisagée par l'accord de branche⁹¹.

Section 2 L'évolution de l'accord collectif

48 - Le régime de prévoyance institué par accord collectif n'est pas gravé dans le marbre. Son contenu peut évoluer, voire disparaître, en fonction des évolutions (fréquentes) des textes relatifs à la protection sociale complémentaire ou liées à la situation juridique de l'entreprise. Plusieurs hypothèses sont ainsi de nature à remettre en cause l'accord instituant un régime de remboursement en matière de frais de santé (Sous-section 1). Ces modifications peuvent être lourdes de conséquences pour les bénéficiaires de ce régime (Sous-section 2).

Sous-section 1 - Les hypothèses de remise en cause de l'accord

49 - La remise en cause de l'accord peut être le fait d'un acte volontaire de la part de l'un ou de plusieurs des signataires ou adhérents de l'accord initial qui le dénoncent (§ 1). Elle peut également être indépendante de la volonté des parties lorsqu'elle résulte d'une modification dans la situation juridique de l'employeur (§ 2).

§1. La remise en cause volontaire

50 - Si les parties à l'accord collectif prennent conscience de l'incompatibilité du régime de frais de santé aux évolutions de l'état de la législation ou de la situation de l'entreprise, elles peuvent prendre l'initiative de modifier l'accord collectif instituant les garanties. La nécessité de réviser ou de dénoncer les accords collectifs applicables en matière de frais de santé s'est notamment fait ressentir à la suite de la publication de la loi du 14 juin 2013 et de ses décrets d'application, lesquels ont sensiblement modifiés les règles applicables aux complémentaires santé souscrites par les entreprises ou par les branches. Selon l'ampleur des modifications, la remise en cause de l'accord peut être partielle, par une simple révision de l'accord (I), ou totale, lorsque les parties prennent la décision de dénoncer l'accord (II).

I. La remise en cause partielle : la révision

51 - Plusieurs événements extérieurs sont susceptibles de rendre indispensable la remise en cause de l'accord instituant des garanties de prévoyance. D'abord, une réévaluation du financement, souvent par une augmentation du taux de cotisation, est indispensable pour

⁹¹ V. par exemple, l'accord relatif aux frais de santé dans les télécommunications conclu le 26 juin 2014 entre l'Unetel et les fédérations syndicales CFTC et CGT-FO.

éviter que le régime ne se retrouve dans une situation de déséquilibre financier. Ensuite, l'adaptation du régime peut être rendue nécessaire par une modification du contrat d'assurance groupe qui, en elle-même, est inopposable aux bénéficiaires de la garantie. Enfin, les réformes de l'assurance maladie, qui visent à réduire la prise en charge des risques par l'assurance maladie, et les réformes de la protection sociale complémentaire emportent l'obligation de modifier les régimes de frais de santé mis en place par accord⁹². La révision de l'accord collectif relatif aux frais de santé est soumise au régime de droit commun de révision des accords collectifs de travail. La procédure de révision doit respecter certaines conditions (A), avant qu'un accord de révision soit valablement conclu (B).

A. Les conditions de la révision

52 - L'existence d'une clause de révision. La forme et l'époque de la révision sont nécessairement prévues par la convention ou l'accord collectif initial⁹³. S'agissant de la forme de la négociation, la clause de révision doit prévoir ces modalités. Les signataires de l'accord peuvent prévoir qui sera à l'initiative de la renégociation, subordonner une telle demande à l'exécution de la convention pendant quelques mois ou quelques années ou encore imposer des obligations d'information préalablement à l'engagement de la négociation. Cependant, l'existence d'une clause de révision n'empêche pas les parties d'engager une négociation selon d'autres modalités que celles prévues par l'accord initial. La négociation est alors subordonnée à l'accord unanime des parties ; à défaut, l'avenant conclu serait nul⁹⁴. De même, l'absence de clause de révision n'empêche pas les parties signataires de réviser l'accord. Dans ce cas, on appliquera les dispositions supplétives prévues par la loi⁹⁵.

53 - La notification et le dépôt de l'accord initial. L'absence de notification de l'accord aux parties signataires suffit à elle-seule à interdire tout effet à la dénonciation⁹⁶. Le Code du

⁹² A titre d'exemple, on citera simplement les conditions d'optimisation du régime social et fiscal des régimes de prévoyance qui ont été remaniées à plusieurs reprises. Ainsi, depuis la loi du 13 août 2004 qui a instauré une « participation forfaitaire » d'1 € sur le tarif de consultation médicale et qui a instauré le « parcours coordonné de soins » dont le non respect entraîne le paiement d'un ticket modérateur et de suppléments d'honoraires, les avantages sociaux et fiscaux offerts aux régimes de prévoyance sont subordonnés au non remboursement de ces différentes sommes par les contrats de frais de santé. Les conditions des contrats « solidaires et responsables » ont par ailleurs été précisées récemment par le Décret n°2014-1374 du 18 novembre 2014 relatif au contenu des contrats d'assurance maladie complémentaire bénéficiant d'aides fiscales et sociales.

⁹³ C. trav., art. L. 2222-5.

⁹⁴ Cass. soc., 27 oct. 2004 : RJS 1/05, n°64 ; Dr. ouvrier, 2005, 195, obs. S. Nadal.

⁹⁵ Cass. soc., 26 mars 2002 : RJS 6/02, n°704 ; Dr. social, 2002, 617, obs. M.-L. MORIN, à propos des conventions et accords collectifs d'entreprise. – Cass. soc. 12 sept. 2007 : JCP S 2008, 1325, note C. Neau-Leduc, à propos des conventions et accords collectifs de branche.

⁹⁶ Cass. soc. 19 avr. 1989, D. 1990, somm. 165, obs. M. A. Rotschild-Souriac ; Cass. soc., 16 fév. 1989, Cah. soc. Bar. Par. N°8, p. 99.

travail prévoit que la dénonciation doit donner lieu à dépôt de la même manière que les conventions et accords collectifs initiaux⁹⁷.

54 - Le consentement des signataires. Il résulte de l'article L. 2261-7 du Code du travail et de l'interprétation qui en est faite par les juges que la négociation d'un accord de révision est subordonnée au consentement unanime de l'ensemble des signataires⁹⁸. À ce stade, le consentement des signataires ne porte que sur le principe de l'engagement. La jurisprudence mentionne uniquement le consentement des « *signataires* » de l'accord initial sans évoquer la situation des adhérents. Or, ces derniers étant assimilés aux signataires, leur consentement semble requis si l'on souhaite engager une négociation. L'exigence du consentement unanime des signataires présente des limites en pratique puisque le syndicat peut avoir perdu sa représentativité – dans cette hypothèse son consentement serait tout de même requis – ou avoir disparu de l'entreprise. En vertu de l'unicité syndicale, et afin d'éviter tout risque de blocage, il serait alors possible de demander son consentement à l'union du syndicat signataire. Une fois recueilli le consentement des signataires, il convient d'inviter à la négociation les organisations syndicales représentatives.

55 - L'invitation des organisations représentatives. Doivent être invités à la négociation de révision l'ensemble des syndicats représentatifs dans le champ de la convention ou de l'accord⁹⁹. Peu importe que ces syndicats ne soient ni signataires, ni adhérents de l'accord initial. Ils doivent être invités à la négociation mais paradoxalement ne pourront pas participer au vote de l'avenant de révision. L'intérêt de cette invitation est donc de les inciter à devenir adhérents de l'accord initial afin d'être assimilés à des signataires et d'être habilités à signer l'avenant emportant révision de l'accord.

B. La conclusion de l'avenant

56 - Les conditions de validité de l'avenant. L'avenant portant révision de l'accord de la convention ou de l'accord ne peut être signé que par les parties signataires de l'accord initial ou celles y ayant adhéré antérieurement ou au cours de la procédure de révision¹⁰⁰. Par conséquent, pour pouvoir modifier le texte de l'accord ou de la convention, il faut que demeurent encore des signataires initiaux. Or, dans le cadre de l'entreprise, il est envisageable qu'aucune organisation syndicale signataire ne soit encore présente. Pour éviter tout risque de paralysie, la seule solution est de convaincre les syndicats représentatifs dans l'entreprise

⁹⁷ C. trav., art. L. 2261-8.

⁹⁸ Cass. soc., 13 nov. 2008 : RJS 2/09, n°199.

⁹⁹ Cass. soc., 13 nov. 2008, préc.

¹⁰⁰ C. trav., art. L. 2261-7.

d'adhérer à la convention ou à l'accord afin de pouvoir signer l'avenant de révision. L'accord doit être révisé selon les règles de validité applicables à chaque niveau de négociation. L'unanimité est donc exclue. En application des conditions de droit commun, la validité de l'accord est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli au moins 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au niveau de l'accord, et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés en faveur des organisations syndicales représentatives aux mêmes élections¹⁰¹.

57 - La portée de l'avenant. L'avenant portant révision d'un accord collectif a vocation à se substituer de plein droit aux stipulations de l'accord qu'il modifie. Il est opposable à l'ensemble des employeurs et des salariés liés par la convention ou par l'accord¹⁰². La Cour de cassation a considérablement réduit la portée de cette règle en estimant que l'avenant n'est opposable qu'aux employeurs qui l'ont signé eux-mêmes ou qui sont membres d'un groupement patronal signataire¹⁰³.

Les règles de droit du travail sont donc applicables à la révision d'une convention ou d'un accord collectif instituant un régime de protection sociale complémentaire en matière de frais de santé sans réelle spécificité eu égard au thème de la négociation.

II. La remise en cause totale : la dénonciation

58 - Lorsque les changements qui doivent être apportés à l'accord collectif instituant les garanties sont trop importants, l'accord est dénoncé par les signataires. La dénonciation entraîne la disparition de l'accord (B), après l'observation d'une période de survie (A).

A. La survie de l'accord

59 - Période de survie. La dénonciation de l'accord fait courir un délai de préavis de trois mois, puis un délai de survie d'un an¹⁰⁴. Le régime de protection sociale complémentaire peut donc subsister dans l'entreprise ou dans la branche pendant une période de quinze mois. Ce délai de survie doit permettre aux partenaires sociaux de négocier un accord de substitution destiné à remplacer l'accord initial. Il est souhaitable de mettre en place au plus tôt un nouvel

¹⁰¹ C. trav., art. L. 2232-6 pour l'accord de branche et L. 2232-12 pour l'accord d'entreprise.

¹⁰² C. trav. art. L. 2261-8.

¹⁰³ Cass. soc., 29 mai 1996 : Dr. social, 1996, 608, rapp. J.-Y. FROUIN ; JCP E 1996, II, 843, concl. R. KESSOUS – Cass. soc., 10 juin 1998 : RJS 8-9/98, n°1029.

¹⁰⁴ C. trav., art. L. 2261-10, al. 2.

accord afin de sécuriser la situation juridique et, ainsi, de s'adapter aux circonstances à l'origine de la dénonciation.

60 - Négociation d'un accord de substitution. La négociation de l'accord de substitution s'engage dans les trois mois qui suivent la dénonciation à la demande de l'une des parties¹⁰⁵. L'engagement de la négociation de substitution est obligatoire. Un éventuel manquement de l'une des personnes concernées par l'obligation de négocier est susceptible d'entraîner sa responsabilité civile¹⁰⁶. Il est possible et même souhaitable d'anticiper les suites de la dénonciation et d'entamer la négociation de substitution avant la date de remise en cause de la convention ou de l'accord. Il est même envisageable que les parties soient parvenues à la rédaction d'un accord avant même la notification de la dénonciation. La période de survie est alors achevée lorsque le nouveau contrat collectif est conclu et se substitue au précédent.

S'agissant de la nature de l'accord de substitution, il peut résulter d'un accord collectif, voire d'un accord référendaire. En revanche, il ne peut pas résulter d'une décision unilatérale de l'employeur¹⁰⁷. Les parties ont intérêt à anticiper la remise en cause de l'accord collectif en engageant des négociations au plus tôt afin de restreindre le délai de survie de l'accord initial. Cette négociation d'anticipation est tout aussi souhaitable s'agissant de la remise en cause des régimes de prévoyance à la suite d'une modification dans la situation juridique de l'employeur. En tout état de cause, si cette négociation n'aboutit pas, l'accord instituant les garanties de prévoyance est voué à disparaître.

B. La disparition de l'accord

61 - Durée déterminée ou indéterminée de l'accord. S'agissant de la dénonciation d'un accord de prévoyance, il convient de distinguer si l'engagement de l'employeur est à durée déterminée ou à durée indéterminée. La durée de la convention ou de l'accord à durée déterminée ne saurait excéder cinq ans¹⁰⁸. Au terme du délai fixé par le contrat, ce dernier ne disparaît pas pour autant. Le législateur a, en effet, prévu que la convention ou l'accord collectif continuait à produire ses effets comme un contrat ou une convention à durée indéterminée¹⁰⁹. Ces dispositions ne sont que supplétives ; l'accord ou la convention peut contenir une clause selon laquelle il cessera produire ses effets au terme du délai fixé par les

¹⁰⁵ C. trav., art. L. 2261-10, al. 2.

¹⁰⁶ B. Teyssié, préc.

¹⁰⁷ V Morvan, Droit de la protection sociale, Lexis Nexis 2013, 6e éd., n°410.

¹⁰⁸ C. trav., art. L 2222-4, al. 3.

¹⁰⁹ C. trav., art. L 2222-4, al. 2.

parties. En revanche, si ces dernières parties n'ont rien prévu, l'accord devra être dénoncé selon les modalités applicables aux accords et aux conventions à durée indéterminée.

62 - Modalités de la dénonciation. Selon le Code du travail, de même que pour leur révision, les conventions et accords collectifs prévoient eux-mêmes les modalités et notamment le délai de préavis qui doit précéder leur dénonciation¹¹⁰. Ces dispositions s'imposent aux parties. Ainsi, un employeur qui décide unilatéralement de substituer un organisme assureur non prévu par accord collectif viole cet accord ainsi que la règle légale¹¹¹. La convention ou l'accord qui n'a pas été régulièrement dénoncé doit continuer à recevoir application¹¹². Mais, bien que l'anticipation des modalités de dénonciation présente un avantage pour les partenaires sociaux en matière de souplesse, les accords et les conventions collectives en matière de prévoyance comme en droit commun restent souvent silencieux sur cette procédure.

Si les parties n'ont pas prévu les modalités de dénonciation de l'accord à durée déterminée, ces dernières relèvent des articles L. 2261-9 et suivants du Code du travail. La convention ou l'accord collectif à durée indéterminée doit être dénoncé par la totalité des signataires s'agissant d'un accord de branche et par l'employeur ou la totalité des syndicats signataires s'agissant d'un accord d'entreprise. En tout état de cause, l'obligation de consultation et d'information du comité d'entreprise est la même que lors de la mise en place du régime. À défaut de consultation, la dénonciation demeure sans effet jusqu'à l'accomplissement de cette formalité¹¹³. Enfin, en principe, la dénonciation de l'accord ne peut être que totale¹¹⁴. Une dénonciation partielle ne peut être admise que si elle est formellement prévue par le contrat collectif, et uniquement dans les limites tracées par celui-ci¹¹⁵.

63 - Portée de la dénonciation. La dénonciation de l'accord ne produit son plein effet que si elle émane des syndicats de salariés signataires ou de la totalité des signataires employeurs¹¹⁶. En revanche, si elle émane d'une partie seulement des syndicats signataires, l'accord demeure en vigueur pour les autres parties¹¹⁷. Le seul effet de la dénonciation intervenue est de soustraire son auteur à l'application de la convention collective. Il en irait différemment si le ou les auteurs de la dénonciation étaient les seuls syndicats représentatifs

¹¹⁰ C. trav., art. L. 2222-6.

¹¹¹ Cass. soc., 29 mai 2013, n°11-28396, inédit.

¹¹² Cass. soc., 3 juill. 1991 : Cah. soc. 1991, A 47.

¹¹³ Cass. soc., 5 mars 2008 : RJS 5/08, n°576 ; JCP S 2008, 1310, note D. CORRIGNAN-CARSIN.

¹¹⁴ Cass. soc., 16 oct. 1974.

¹¹⁵ B. Teyssié, *Droit du travail relations collectives*, LexisNexis, 2012, 8^e ed.

¹¹⁶ C. trav., art. 2261-10.

¹¹⁷ C. trav., art. L. 2261-11, al. 1^{er}

dans l'un ou les secteurs où l'accord était jusqu'à présent applicable. Pour ce secteur, la dénonciation produirait alors tous ses effets¹¹⁸. Le droit du travail est donc applicable à la dénonciation aux accords relatifs à la prévoyance et, plus précisément, aux garanties frais de santé.

§2. Le transfert d'entreprise

64 - Principe du concours de régimes. La modification de la situation juridique de l'employeur vise en pratique la situation du transfert d'entreprise. Dans cette situation, les mécanismes propres au droit du travail rencontrent des obstacles dus à la spécificité de la relation triangulaire qui unit le salarié-assuré, l'employeur-souscripteur et l'assureur. En matière de retraite complémentaire, l'application de l'article L. 2261-14 du Code du travail a été définitivement écartée. Il en va différemment en matière de complémentaire santé. Néanmoins, l'application de cet article, dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise, est entravée par certaines particularités de la protection sociale complémentaire d'entreprise.

La situation sera plus ou moins complexe en fonction des régimes existants au sein des sociétés concernées par l'opération de transfert. Ainsi, si aucun accord collectif n'existait au sein de l'entreprise transférée, le régime institué par accord collectif au sein de la société absorbante a vocation à s'appliquer aux salariés de l'entreprise absorbée du simple fait de la reprise des contrats de travail¹¹⁹. *A contrario*, si l'entreprise absorbée était la seule à bénéficier d'un régime de frais de santé, le maintien du régime existant au sein de la nouvelle entité ne pose pas de difficultés. Il suffit d'engager de nouvelles négociations au sein de l'entreprise absorbante pour étendre ce régime à l'ensemble des salariés de la nouvelle entité. En pratique, ces deux hypothèses ont vocation à disparaître dès lors que l'ensemble des entreprises du secteur privé seront couvertes par un accord collectif ou un acte unilatéral instituant une couverture « *frais de santé* » collective et obligatoire, au plus tard le 1^{er} janvier 2016, en application de la loi du 1^{er} janvier 2016. Les véritables obstacles se rencontrent en cas de conflit de normes collectives, c'est-à-dire lorsque l'entreprise cédante et l'entreprise cessionnaire avaient chacune mis en place une complémentaire santé par accord collectif au bénéfice de leurs salariés.

65 - Obstacles au concours de régimes. En principe, « *lorsque l'application d'une convention ou un accord est mis en cause dans une entreprise déterminée en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, cette*

¹¹⁸ B. Teyssié, préc.

¹¹⁹ C. trav., art. L. 1224-1.

convention ou cet accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis »¹²⁰. En présence d'un transfert d'entreprise, l'accord de prévoyance de l'entreprise transférée et l'accord de prévoyance de l'entreprise d'accueil devraient donc coexister jusqu'à la conclusion d'un accord d'adaptation ou, à défaut, jusqu'à l'expiration d'un délai d'un an. Le maintien de l'accord applicable au sein de l'entreprise transférée présente cependant des difficultés en raison de la relation entre l'employeur et l'assureur. À la suite du transfert, l'assureur peut être réticent à poursuivre le contrat d'assurance dans les mêmes conditions car la situation de l'entreprise est différente. L'employeur sera tenu d'informer l'assureur de ce changement de situation en vertu de l'article L. 113-2 du Code des assurances selon lequel « *l'assuré est obligé de déclarer, en cours de contrat, les circonstances nouvelles qui ont pour conséquence soit d'aggraver les risques, soit d'en créer de nouveaux* ». En cas de manquement à cette obligation, l'assureur serait en droit de résilier le contrat d'assurance conclu avec l'entreprise transférée, quand bien même cette dernière conserverait son autonomie au sein de la nouvelle organisation, par exemple sous la forme d'un établissement distinct¹²¹. En tout état de cause, le transfert de l'entreprise assurée nécessitera une modification du contrat d'assurance, employeur et assureur ne souhaitant pas en général que le contrat se poursuive aux mêmes conditions¹²². En pratique, les assureurs peuvent souhaiter la déchéance du contrat d'assurance. Or, si l'article L. 913-2 du Code de la sécurité sociale prohibe les clauses qui prévoient la « déchéance » des droits à la retraite ou réversion en cas de transfert d'entreprise à l'intérieur des conventions, accords ou décisions unilatérales visés à l'article L. 911-1, aucune disposition équivalente n'est prévue s'agissant des droits à une complémentaire santé. Par ailleurs, le droit des assurances encadre les clauses de résiliation unilatérale du contrat et les clauses d'exclusion mais non les clauses de « déchéance »¹²³.

¹²⁰ C. trav., art. L. 2261-14.

¹²¹ P. Morvan, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3^e éd. Le professeur Morvan souligne néanmoins que l'employeur est le *souscripteur* et non *l'assuré* du contrat souscrit avec l'organisme d'assurance et que, par conséquent, l'article L. 113-2 du Code des assurances ne lui ait peut être pas applicable dans cette hypothèse.

¹²² « *L'harmonisation des statuts collectifs en présence dans la nouvelle structure appelle une nécessaire harmonisation entre le contrat d'assurance et le régime de protection sociale complémentaire puisque l'employeur est tenu envers les salariés de respecter les engagements pris dans le régime. Le cas échéant, une différence concernant les prestations entre le contrat et le régime pourrait s'avérer extrêmement coûteuse pour l'entreprise* ». H. Ouaisi, *Le devenir des régimes de retraite supplémentaire et de prévoyance lors de fusions d'entreprises*, JCP S, 2006, 1858.

¹²³ Selon l'article L. 113-1 du Code des assurances, « *les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police* ».

Un remède aux difficultés de l'application du droit du travail en matière de protection sociale complémentaire a été trouvé grâce au jeu de la responsabilité civile de droit commun. La jurisprudence a ainsi considéré que la société absorbante pouvait être tenue des engagements souscrits par la société absorbée lorsque ces engagements n'étaient pas assurés à la suite du transfert. Le versement de dommages et intérêts aux salariés répare le préjudice subi du fait de la disparition des garanties collectives due au transfert.

Sous-section 2 - Les conséquences de la remise en cause de l'accord

66 - Plusieurs événements sont susceptibles d'affecter les droits des salariés bénéficiaires d'un régime de remboursement des frais de santé. La loi et la jurisprudence ont mis en place des garanties tant en cas de modification du régime de prévoyance (§ 1) qu'en cas de changement d'organisme assureur (§ 2).

§1. La garantie des droits en cas de modification de régime de prévoyance

67 - À la suite d'une opération de fusion, la révision ou la dénonciation d'un régime de prévoyance peut être à l'origine d'une réduction des droits des salariés. Si le recours à la notion d'avantage individuel acquis est insuffisant à garantir les droits des salariés au titre de l'ancien régime de prévoyance (I), des remèdes peuvent être trouvés dans l'application du droit commun de la responsabilité civile (II).

I. La conservation des avantages individuels acquis

68 - Si l'accord est remis en cause à la suite des bouleversements dans l'entreprise, l'application du droit du travail entraîne le maintien des avantages individuels acquis en l'absence d'accord d'adaptation conclu avant la fin de la période de quinze mois pendant laquelle l'accord survit¹²⁴. En l'absence de définition légale de l'« *avantage individuel acquis* »¹²⁵, « *une démarche positiviste conduit naturellement à se tourner vers le juge en quête de définition* »¹²⁶. Selon la Cour de cassation, l'avantage individuel acquis « *est celui qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au*

¹²⁴ C. trav., art. L. 2261-13 : lorsque la convention ou l'accord qui a été dénoncé n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans un délai d'un an à compter de l'expiration du préavis, les salariés des entreprises concernées conservent les avantages individuels qu'ils ont acquis, en application de la convention ou de l'accord, à l'expiration de ce délai.

¹²⁵ « *Faute de textes suffisamment précis, il est difficile de déterminer avec certitude non seulement quels sont les avantages qui doivent être maintenus, mais aussi dans quelles situations ils doivent l'être* ». P. - H. Antonmattéi, Conservation des avantages individuels acquis, in Révision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail : Litec, 1996, T. VII, coll. Droit, p. 132.

¹²⁶ J.-F. Cesaro, « *La subordination* », in Les notions fondamentales de droit du travail (Dir. B. Teyssié), éd. Panthéon-Assas, 2009, p. 129. Cet auteur vise la définition de la subordination.

salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspond à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel »¹²⁷. En principe, trois conditions sont exigées : un avantage (1) dont le salarié bénéficie à titre individuel (2) et dont il a déjà bénéficié (3). « Cette définition, déjà obscure en droit du travail, est profondément inadaptée au domaine de la protection sociale où n'importe quel avantage menace de verser dans cette catégorie, figeant dans la pierre les régimes de source conventionnelle »¹²⁸.

69 - Identification de l'avantage. La notion de droit acquis est difficilement identifiable en matière de prévoyance eu égard à la nature de ces régimes. Ces derniers offrent au salarié un triple avantage : un financement patronal, le versement des prestations et l'existence d'une couverture. La question est alors de savoir sur quel avantage portera la règle du maintien des avantages individuels acquis. « On peut estimer que le provisionnement des engagements a pour effet de qualifier l'avantage matérialisé par la garantie sociale d'avantage individuel acquis »¹²⁹. L'avantage individuel pour le salarié, au sens de l'article L. 2261-13 du Code du travail, serait donc le fait d'être assuré et non la prestation à laquelle le contrat de prévoyance donne droit.

70 - Un avantage individuel. Le caractère individuel de l'avantage signifie que celui-ci doit être lié au contrat de travail unissant le salarié et l'employeur. « Il se distingue de l'avantage collectif, lequel concerne l'organisation générale de l'entreprise »¹³⁰. En matière de protection sociale complémentaire, le caractère individuel de l'avantage aurait pu être source de débats, notamment lorsqu'est mis en place, comme cela est désormais obligatoire en matière de frais de santé, un régime collectif et obligatoire pour tous les salariés sous peine de ne plus bénéficier des régimes social et fiscal de faveur. P. Langlois rappelle, quant à lui, que la jurisprudence de la Cour de cassation tend à distinguer, à cet égard, d'une part, les modalités de détermination du niveau des salaires, tenues pour des avantages collectifs disparaissant avec la convention ou l'accord collectif de travail et, d'autre part, le niveau atteint par les salaires des intéressés, ce niveau correspondant à un avantage individuel acquis dont le salarié doit continuer à bénéficier¹³¹. Cependant, les garanties collectives résultant des accords de prévoyance sont considérées comme des éléments de la rémunération des salariés.

¹²⁷ Cass. soc., 13 mars 2001 : Bull. civ. 2001, V, n°90.

¹²⁸ P. Morvan, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 2013, 3^e éd.

¹²⁹ J. Barthélémy, *Restructurations et sort de la protection sociale complémentaire*, Gaz. Pal., 2013, p. 34.

¹³⁰ B. Teyssié, *Droit du travail relations collectives*, LexisNexis, 2013, 8^e éd.

¹³¹ P. Langlois, « Les accords de prévoyance » in « *Sur l'entreprise et le droit social* », Etudes offertes à Jacques Barthélémy, « *Droit du travail et Sécurité sociale* » (Semaine juridique), hors série, 1994.

Or, les éléments¹³², le niveau¹³³ ou la structure¹³⁴ de la rémunération des salariés sont considérés par la jurisprudence comme des avantages individuels devant être maintenus.

71 - Un avantage acquis. En droit du travail, pour qu'un avantage soit acquis, il faut et il suffit que le salarié ait bénéficié au moins une fois de cet avantage avant sa remise en cause. Mais cette définition est particulièrement inadaptée aux régimes de protection sociale complémentaire. Elle conduit à limiter considérablement les hypothèses de remise en cause du régime. Selon le Professeur Morvan, « *un droit éventuel se mue en droit acquis, en matière de prévoyance, à la date de réalisation du risque et des conditions conventionnelles* »¹³⁵. En effet, en matière de prévoyance, la Cour de cassation interprète différemment la condition tenant à l'acquisition du droit. En droit du travail, le salarié doit avoir bénéficié de l'avantage avant le début de la période de survie de quinze mois. L'avantage individuel acquis est celui qui procurait un avantage au salarié « *au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif* ». A contrario, en matière de prévoyance, selon la Cour de cassation, le droit sera considéré comme « *déjà ouvert* » si le salarié en a bénéficié pendant la période de survie. Ainsi, des allocations familiales complémentaires ou de naissance découlant d'un accord collectif dénoncé ou mis en cause sont dues si les enfants sont nés pendant le délai de survie provisoire de quinze mois¹³⁶. En tout état de cause, le salarié doit avoir effectivement bénéficié de l'avantage. Un avantage acquis au titre du contrat d'assurance ou de prévoyance n'est pas nécessairement un avantage acquis vis-à-vis de l'employeur. Ainsi, si le contrat de prévoyance prévoit le versement d'allocations familiales complémentaires mais que les enfants sont nés postérieurement à l'expiration du délai de survie de quinze mois, le salarié ne saurait s'en prévaloir à la suite de la remise en cause de l'accord¹³⁷.

72 - Contractualisation de l'avantage. Si l'avantage réunit les conditions nécessaires, il est intégré de plein droit au contrat de travail du salarié et s'impose à l'employeur¹³⁸. L'employeur souhaitant modifier le régime des frais de santé applicable à ce salarié devra recueillir son accord au préalable ou s'engager dans la voie d'un licenciement. L'avantage qui est intégré au contrat de travail est l'avantage figé tel que le salarié pouvait en bénéficier au jour de la remise en cause de la convention ou de l'accord collectif le prévoyant. Ainsi, un salarié ne saurait se prévaloir des mécanismes de réévaluation de l'avantage prévu par

¹³² Cass. soc., 20 oct. 1998 : RJS 12/98, n°1448.

¹³³ Cass. soc., 16 sept. 2008 : RJS 12/08, n°1222.

¹³⁴ Cass. soc., 1^{er} juill. 2008 : RJS 11/08, n°1106 ; JCP 2008, 1553, note F. DUMONT

¹³⁵ P. Morvan, *Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration* : Dr. soc. 2006.

¹³⁶ Cass. soc., 17 avr. 2008, n°07-41.401.

¹³⁷ Cass. soc., 17 avr. 2008 : JCP S 2008, 2268, note G. Vachet.

¹³⁸ Cass. soc., 31 janv. 2007 : JCP 2007, 1324.

l'accord postérieurement à la dénonciation de celui-ci¹³⁹. Il est de jurisprudence constante que la différence de traitement entre les salariés bénéficiaires de l'avantage acquis et les salariés recrutés postérieurement ne porte pas atteinte au principe « *à travail égal, salaire égal* »¹⁴⁰. La Cour de cassation considère que le maintien des avantages individuels acquis a pour objet de compenser le préjudice subi par les salariés présents dans l'entreprise résultant de la remise en cause du statut collectif dont ils bénéficiaient. Les salariés nouvellement embauchés, n'ayant jamais bénéficié des avantages octroyés par la convention ou l'accord collectif, ne sauraient se prévaloir du maintien d'un avantage dont ils n'ont jamais bénéficié, sa remise en cause ne leur ayant occasionné aucun préjudice.

L'application de la théorie du maintien des avantages individuels acquis a pour effet de réduire considérablement l'intérêt de la révision de la convention collective ou de l'accord instituant des garanties complémentaires. Elle est également source d'insécurité juridique puisque la notion d'« *avantage individuel acquis* » en matière de prévoyance complémentaire n'est pas clairement établie. Ici, l'application du droit commun des accords collectifs présente donc des limites. Un remède peut être recherché dans le recours au droit commun permettant d'engager la responsabilité de l'employeur.

II. La responsabilité personnelle de l'employeur

73 - La responsabilité contractuelle de l'employeur. Il est fréquent que le contrat de travail mentionne l'existence d'un régime complémentaire de remboursement des frais de santé dans l'entreprise. Il peut également préciser que ce régime a été mis en place par accord collectif et qu'elles en sont les principales caractéristiques. La seule mention du bénéfice de la complémentaire santé dans l'instrument contractuel n'a pas pour effet de contractualiser l'avantage. Une telle clause ne revêt qu'une valeur informative. L'employeur n'est pas contraint de requérir l'accord du salarié lors de la moindre révision du régime de prévoyance¹⁴¹. La seule référence à l'existence d'un régime de prévoyance et à certaines de ses règles ne confère pas un caractère contractuel aux avantages en découlant¹⁴². Ce n'est qu'une application de la jurisprudence classique en droit du travail qui considère que la seule référence, dans le contrat de travail, à une norme établie par l'employeur ne lui confère pas une nature contractuelle.

¹³⁹ Cass. soc., 26 janv. 2005 : RJS 4/05, n°420.

¹⁴⁰ Cass. soc., 11 juill. 2007 : RJS 10/07, n°1065. – *Adde*, Cass. soc., 24 sept. 2008 : RJS 11/08, n°1077.

¹⁴¹ P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 2013, 6^e éd.

¹⁴² Cass. soc., 25 sept. 2007 : JCP 2007, 1887, note M. Del Sol (à propos d'un régime mis en place par décision unilatérale) – Cass. soc., 1^{er} oct. 2003, pourvoi n°02-30.337, inédit : « *la seule référence dans le contrat individuel des salariés à l'existence d'un système de retraite n'implique pas que ce régime de retraite est un élément du contrat de travail des salariés* ».

Par ailleurs, le contrat de travail n'est pas un support adéquat à la mise en place d'un régime de frais de santé puisqu'il n'est visé ni par l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale, ni par l'article 1er de la loi du 14 juin 2013 généralisant l'obligation de mettre en place une complémentaire santé au sein de l'entreprise. La mise en place d'une complémentaire santé par le biais du contrat de travail serait en tout état de cause incompatible avec l'obligation légale de mettre en place une couverture collective et obligatoire pour l'ensemble des salariés. Selon le Professeur Morvan, il est cependant préférable que le contrat de travail dissipe lui-même l'incertitude en identifiant expressément la source du régime et en rappelant que les modifications apportées au régime seront opposables aux salariés¹⁴³. Si l'engagement contractuel n'est pas un moyen de garantir les droits des salariés en cas de modification du régime de prévoyance, il est possible de recourir au droit commun de la responsabilité civile.

74 - Concordance des couvertures. La structure triangulaire de l'opération de prévoyance collective n'exonère pas l'employeur de sa responsabilité vis-à-vis de l'assuré. Au contraire, cette structure juridique « favorise une dissymétrie des couvertures qui peut s'avérer ruineuse pour l'entreprise »¹⁴⁴. Les salariés peuvent se prévaloir à l'encontre de leur employeur de leur contrat de travail et de la norme collective qui institue le régime de prévoyance. Ils peuvent également invoquer le contenu de la notice d'information. Or, la révision ou la révocation d'un régime de prévoyance ne frappe pas de caducité le contrat d'assurance de groupe et, inversement, la rupture ou la modification du contrat d'assurance ne frappe pas de caducité la norme collective dont résulte le régime. La responsabilité de l'employeur peut être engagée en cas de discordance entre ces deux conventions. Dans un cas, l'employeur risque de devoir verser des cotisations à l'organisme assureur alors que les salariés ne bénéficient plus des garanties ; dans l'autre cas, il s'expose à devoir verser des prestations rendues nécessaires par une convention collective qui ne seraient plus couvertes par un organisme assureur. La fin ou l'évolution des deux types de conventions doit donc coïncider¹⁴⁵. Des techniques contractuelles sont susceptibles de limiter les écarts entre le régime de frais de santé, tel qu'il résulte de la norme collective applicable entre l'employeur et les salariés, et le contrat d'assurance souscrit par l'employeur pour couvrir la collectivité de travail. Le contrat d'assurance peut, par exemple, figurer en annexe de la convention collective instaurant les garanties dans l'entreprise¹⁴⁶.

¹⁴³ P. Morvan, préc.

¹⁴⁴ P. Morvan, *Les transferts d'entreprise et les régimes de protection sociale*, Dr. soc. 2005, p. 772.

¹⁴⁵ P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 2013, 6^e éd.

¹⁴⁶ P. Morvan, préc.

75 - Le jeu de la responsabilité civile. Par ailleurs, lors d'un transfert d'entreprise, la société absorbante est susceptible d'engager sa responsabilité civile pour faute à l'égard des salariés qui n'ont pas pu bénéficier des garanties de prévoyance en raison du transfert d'entreprise. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'une société absorbante engageait sa responsabilité vis-à-vis des salariés qui avaient été privés de prestations de prévoyance résultant d'un contrat d'assurance groupe souscrit antérieurement à la fusion, puis résilié à la suite du transfert de l'entreprise¹⁴⁷. De même, la responsabilité civile d'une société absorbante a pu être engagée à l'égard des anciens salariés de la société absorbée qui auraient dû bénéficier jusqu'à leur retraite de diverses prestations de prévoyance, « contractées » par leur employeur dans le cadre d'un contrat d'assurance groupe, mais qui perdirent ces avantages en raison de la radiation de l'adhésion de cet employeur prononcée par l'assureur, conformément à son règlement intérieur, à la suite de la fusion¹⁴⁸. Enfin, engage également sa responsabilité délictuelle la société-mère qui, lors d'une fusion-absorption de sa filiale, a incité cette dernière à dénoncer un contrat de prévoyance qu'elle avait souscrit et s'est chargée de mettre en œuvre cette décision sans s'être assurée du versement à la caisse gestionnaire de l'indemnité contractuelle de résiliation qui aurait permis de préserver les droits des salariés au titre des périodes antérieures à cette résiliation. Cette « *négligence fautive* » a été à l'origine du dommage subi par les salariés du fait de la perte de leurs droits au titre des périodes antérieures¹⁴⁹. Dans ces différentes hypothèses, la survie des garanties est assurée en équivalent par l'octroi au salarié de dommages et intérêts.

§2. La garantie des droits en cas de changement d'organisme assureur

76 - La modification ou l'harmonisation des régimes de prévoyance à l'occasion d'un changement dans la situation juridique de l'employeur emporte en général changement de l'organisme assureur. Afin de préserver les droits des salariés assurés le législateur met à la charge de l'employeur (I) et du nouvel organisme assureur (II) plusieurs obligations.

I. L'obligation d'information de l'employeur

77 - Transférabilité de l'adhésion. En matière de prévoyance, la Cour de cassation a accueilli l'idée d'un accord tacite de l'assuré sur le changement de gestionnaire lorsque le contrat d'assurance groupe a été résilié par le souscripteur qui a négocié un contrat équivalent

¹⁴⁷ Cass. soc., 4 févr. 1997 : RJS 1997, n°256.

¹⁴⁸ Cass. soc., 19 janv. 1999 : RJS 1997, n°411 ; Dr. soc. 1999, p. 315, obs. Ph. Langlois. L'arrêt retient par ailleurs la compétence du Conseil des prud'hommes au motif que l'avantage social complémentaire est accessoire au contrat de travail

¹⁴⁹ Cass. soc., 7 déc. 1993 : RJS 1994, n°468 ; Dr. ouvrier 1994, p. 444.

avec un second assureur. En ce cas, l'adhésion à ce nouveau contrat, qui doit comporter au moins les mêmes garanties que le précédent, « *peut résulter de la seule acceptation tacite – éventuellement constituée par le silence observé par l'assuré, adhérent au contrat antérieur – de la notification du changement d'assureur* »¹⁵⁰. Cette jurisprudence, rendue à l'occasion d'un contrat de prévoyance souscrit afin d'assurer les membres d'une profession libérale, serait applicable aux accords collectifs instituant une complémentaire santé pour les salariés.

78 - Obligation d'information. Le changement d'organisme assureur emporte l'obligation pour l'employeur d'informer les salariés par la remise d'une nouvelle notice d'information. Conformément à l'article 12 de la loi Evin, le souscripteur d'une convention ou d'un contrat conclu avec une société d'assurance, une institution de prévoyance ou une mutuelle doit remettre à l'adhérent, l'assuré ou le participant une notice d'information détaillée. La remise de cette nouvelle notice d'information est primordiale car l'adhérent ne peut se voir appliquer que les conditions et les exclusions contenues dans la notice qu'il a signée¹⁵¹. C'est à l'employeur qu'incombe la charge de prouver qu'il a correctement rempli son obligation d'information. À défaut de remise de la notice, les conditions et exclusions de garantie sont inopposables au salarié. En revanche, le salarié ne peut se prévaloir de ce défaut d'information pour refuser son adhésion au régime obligatoire de prévoyance¹⁵². À l'occasion d'une opération de fusion, une nouvelle notice doit donc être remise aux salariés dès lors que leurs droits sont modifiés. À cette obligation d'information de l'employeur s'ajoute d'autres obligations à la charge de l'organisme assureur.

II. Les obligations de l'assureur

79 - La sélection médicale des risques. L'article 2 de la loi Evin, applicable en matière de prévoyance collective, impose à l'organisme assureur de prendre en charge les suites des états pathologiques survenus à un salarié avant la souscription du contrat, pour la couverture des risques décès, maladie, maternité. Cet article vise évidemment la conclusion d'un premier contrat d'assurance, mais elle est aussi applicable en cas de changement d'organisme assureur. Dans cette hypothèse, il limite la possibilité pour le nouvel assureur d'opérer une sélection médicale des risques, c'est-à-dire de refuser de prendre en charge certaines

¹⁵⁰ Cass. soc., 18 juin 2002 : D. 2002, 2830 ; JCP G 2002, II, 10188, note J. Bigot : une association ayant pour objet d'organiser la prévoyance des professionnels de santé avait souscrit en faveur de ses membres des contrats de prévoyance collective à adhésion facultative qui avaient été renouvelés par tacite reconduction jusqu'à ce que le souscripteur demande leur résiliation et négocié auprès d'un second assureur la conclusion d'un nouveau contrat aux mêmes conditions ; l'un des assurés estimait qu'il n'avait pas valablement adhéré au nouveau contrat de groupe et que les statuts de l'association étaient muets sur le sujet.

¹⁵¹ Cass. soc., 25 nov. 2004, n°03-16.874.

¹⁵² Cass. soc., 19 oct. 2005, n°03-47-219 : Juris-Data n°2005-030044 ; SSL 2005, p. 15.

catégories de salariés au motif qu'ils présentent de « *mauvais risques* » (âge, invalidité, maladie antérieure, etc.). On pourrait néanmoins imaginer que l'assureur refuse de conclure le contrat d'assurance avec l'employeur en estimant que le coût du régime serait trop important. La notion de prise en charge concerne, d'abord, la poursuite du versement des prestations en cours de paiement et, plus largement, l'ensemble des conséquences des sinistres survenus antérieurement à la souscription du contrat. Ces dispositions permettent de protéger les salariés couverts par un régime de frais de santé en cas de changement d'assureur. Elles doivent être appliquées en tenant compte des stipulations de l'article 7 de la loi Evin relatives, cette fois, au nouvel assureur.

L'ancien assureur est tenu de prendre en charge les prestations immédiates ou différées, acquises ou nées pendant l'exécution du contrat d'assurance conformément à l'article 7 de la loi Evin. S'est alors posée la question de l'articulation entre l'article 2 et l'article 7 de la loi Evin, le salarié ne pouvant revendiquer un cumul des garanties¹⁵³. Lorsque le contrat d'assurance groupe est rompu la Cour de cassation a considéré qu'il revenait au nouvel organisme assureur de prendre en charge les suites du risque survenu antérieurement au changement d'assureur¹⁵⁴. C'est le cas notamment du salarié en arrêt maladie au moment de la rupture du contrat d'assurance qui se trouve classé en invalidité postérieurement. La situation se complexifie lorsque l'employeur a souhaité changer de contrat d'assurance pour garantir à ses salariés de meilleures prestations. Dans ce cas, le nouvel assureur dont le contrat prévoit des garanties supplémentaires ou plus favorables va couvrir la différence entre ce que l'ancien assureur a versé et ce que prévoit le nouveau contrat d'assurance. Les prestations dues par le nouvel assureur seront toujours en déduction des prestations d'ores et déjà versées par l'ancien assureur. Tout autre solution aurait exposé l'employeur au risque d'une condamnation pour discrimination du salarié en raison de son état de santé, aucune circonstance ne justifiant de traiter différemment cette catégorie de personnel du seul fait qu'elle était malade au moment de la rupture du contrat d'assurance.

80 - L'action du salarié. Si l'assureur refuse d'accorder sa garantie, plusieurs actions sont ouvertes au salarié. Il peut agir contre son employeur en application du mécanisme de

¹⁵³ Cass. 1^{re} civ., 25 nov. 1997 : Bull. civ. 1997, I, n°325.

¹⁵⁴ Cass. 2^e civ., 14 janv. 2010, n°09-10.237 : Gaz. Pal. 2010, n°163, p. 44, note R. Thiesset : « *il résulte de l'article 7 de la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 que lorsque des assurés ou des adhérents sont garantis collectivement contre les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liées à la maternité, le risque décès ou les risques d'incapacité ou d'invalidité, la résiliation ou le non renouvellement du contrat ou de la convention de prévoyance est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant son exécution. Tel est le cas par exemple des prestations résultant du classement en invalidité de l'intéressé qui, bien que décidé après la résiliation du contrat, est la conséquence de la maladie survenu pendant la période de validité de celui-ci* ».

stipulation pour autrui propre au contrat d'assurance groupe. Toutefois, la chambre commerciale de la Cour de cassation a également reconnu au salarié le bénéfice d'une action directe contre l'assureur qui aurait dû prendre en charge les suites des pathologies antérieures à la conclusion du contrat d'assurance¹⁵⁵. Cette jurisprudence peut paraître surprenante dans la mesure où aucun lien contractuel direct ne lie le salarié à l'assureur. En tout état de cause, si le salarié décide d'agir contre son employeur, ce dernier pourra se retourner contre l'organisme assureur défaillant. Étant donné la complexité des règles encadrant le sort des garanties collectives de prévoyance, il peut être judicieux d'anticiper leur devenir au moment où est arrêtée la stratégie se concrétisant par un changement de société ou d'activité économique. Ce faisant, il est essentiel de prendre en compte la nature de la norme instituant les garanties puisque le régime applicable est différent. Cependant, la négociation connaît des limites et peut ne pas aboutir. En cas d'échec des négociations, le nouvel article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale impose aux entreprises dans lesquelles les salariés ne sont pas couverts par une couverture complémentaire en matière de frais de santé de mettre en place une telle couverture par décision unilatérale de l'employeur.

CHAPITRE 2 – L'ALTERNATIVE : LA NORME UNILATÉRALE

81 - De même que l'accord collectif, le caractère travailliste de la décision unilatérale est incontestable. Les règles de droit du travail trouvent application s'agissant de la décision instituant un régime de frais de santé dans l'entreprise. Néanmoins, l'application du droit de la sécurité sociale et du droit des assurances implique certaines spécificités. Nous étudierons successivement le principe de la décision unilatérale (Section 1), puis sa remise en cause (Section 2).

Section 1 – Le principe

82 - Une complémentaire mise en place par décision unilatérale suppose, d'une part, une offre de l'employeur (Sous-section 1) et, d'autre part, l'acceptation du salarié (Sous-section 2), cette obligation d'information devant permettre au salarié d'accepter en toute connaissance de cause l'offre avancée par l'employeur (Sous-section 2).

¹⁵⁵ Cass. com., 13 avril 2012, n°09-13.712.

Sous-section 1 – L’offre

83 - L’employeur qui instaure un régime de frais de santé par décision unilatérale doit prévoir les garanties minimales prévues par la loi (§ 1). Leur mise en place doit faire l’objet d’une information des salariés de l’entreprise (§ 2).

§1. Le contenu de l’offre : la garantie d’une protection minimale

84 - Couverture minimale. Aux yeux du législateur de la loi de sécurisation de l’emploi, la mise en place par décision unilatérale d’une complémentaire santé manifeste l’échec du processus de négociation. Tout salarié devant néanmoins être couvert au 1^{er} janvier 2016 par un régime collectif et obligatoire en matière de frais de santé, sa mise en place passera par décision unilatérale. La marge de manœuvre du chef d’entreprise se trouve limitée à deux titres : d’une part, au regard de la norme créatrice du régime et, d’autre part, au regard des garanties collectives qui devront être assurées, la loi du 14 juin 2013 ayant imposé un « panier de soins minimum ». Le dispositif de prévoyance complémentaire permettant aux salariés d’être remboursés, en tout ou partie, doit prévoir quatre catégories de dépenses : le ticket modérateur, le forfait journalier hospitalier, les soins dentaires et les soins optiques. Par ailleurs, aux termes de l’article L. 911-7, II du Code de la sécurité sociale, l’employeur est tenu d’assurer au moins la moitié du financement de la couverture minimale.

§2. Le régime de l’offre : l’obligation d’information de l’employeur

85 - L’employeur doit respecter un certain nombre d’informations lorsqu’il entend mettre en place une complémentaire santé par la voie unilatérale. L’obligation d’information de l’employeur est double : elle concerne, d’une part, les instances représentatives du personnel (I) et, d’autre part, les salariés pris individuellement (II).

I. L’information des institutions représentatives du personnel

86 - L’obligation spécifique d’information du comité d’entreprise, avant la mise en place de garanties complémentaires de prévoyance, s’applique à la mise en place par décision unilatérale de l’employeur¹⁵⁶. Par ailleurs, la compétence générale d’information du comité d’entreprise implique que ce dernier soit consulté sur les questions intéressant l’organisation, la gestion et la marche générale de l’entreprise¹⁵⁷. Cette consultation doit intervenir en temps

¹⁵⁶ C. trav., art. R. 2323-1 : « le comité d’entreprise est obligatoirement informé et consulté préalablement à la mise en place d’une garantie collective mentionnée à l’article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale ».

¹⁵⁷ C. trav., art. L. 2323-6.

utile, c'est-à-dire avant la remise de l'écrit aux intéressés mais également avant la signature du contrat d'assurance ou du bulletin d'adhésion¹⁵⁸. Le défaut de consultation du comité d'entreprise est sanctionné selon les règles régissant le fonctionnement des comités d'entreprise. Il est susceptible de constituer un délit d'entrave. Certains auteurs soutiennent que la jurisprudence selon laquelle l'absence de consultation n'a pas pour effet d'entraîner la nullité ou l'inopposabilité d'un accord collectif d'entreprise ne serait pas transposable à la décision unilatérale¹⁵⁹. Cette position s'appuie sur l'opposition entre le pouvoir de direction de l'employeur et le jeu de la négociation collective¹⁶⁰. Pour qu'un accord collectif soit valable, il faut et il suffit qu'il obéisse aux règles de majorité énoncées par le Code du travail alors que la décision unilatérale ne jouirait pas de cette autonomie légale¹⁶¹. Cependant, il est tout à fait probable que les juges s'en tiennent à leur position et considèrent que le défaut de consultation du comité d'entreprise ne remet pas en cause la validité de la décision unilatérale de l'employeur. Un salarié ne pourrait se prévaloir de ce manquement pour refuser de cotiser au régime obligatoire mis en place par décision unilatérale. Cette situation ne concernerait que les salariés engagés postérieurement à cette mise en place, puisque les salariés présents dans l'entreprise peuvent refuser de souscrire au régime mis en place par l'employeur. Enfin, l'information des représentants du personnel a peu d'impact pour les salariés puisque ces derniers doivent recevoir une information individuelle de la part de l'employeur.

II. L'information individuelle des salariés

87 - La forme. Aux termes de l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale, un écrit constatant la décision unilatérale de l'employeur doit être remis à chaque salarié. Le défaut d'écrit ne serait pas une condition de validité de la décision unilatérale de l'employeur¹⁶². En pratique, l'employeur a néanmoins intérêt à respecter cette condition pour deux raisons. D'une part, l'administration sociale a fait savoir qu'elle entendait faire de la remise de l'écrit une condition d'octroi des exonérations sociales prévues à l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale¹⁶³. D'autre part, et même si l'information des salariés peut être prouvée par tout moyen, l'écrit permet à l'employeur de se ménager la preuve du respect de cette formalité. L'information des salariés peut notamment être faite en échange d'une signature sur une liste d'émargement, par l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception

¹⁵⁸ V. Roulet, *L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés*, Ed. Panthéon Assas. p. 120.

¹⁵⁹ Cass. soc., 5 mai 1998, Bull. civ. V, n°219, Dr. soc. 1998, p. 585, rapp. J.-Y. Frouin.

¹⁶⁰ V. Roulet, préc.

¹⁶¹ J.-Y. Frouin, préc.

¹⁶² E. Gerstner, P. Langlois, *Lamy protection sociale 2009*, n°3755.

¹⁶³ Circ. DSS/5B/2009/32, fiche n°2.

ou par remise en main propre. En tout état de cause, l'employeur a intérêt à conserver une preuve de la remise de l'écrit au salarié.

88 - Le contenu. L'écrit matérialisant la décision unilatérale de l'employeur a pour vocation de préciser le contour des garanties et leurs modalités de mise en œuvre, le taux et la répartition éventuelle des cotisations entre l'employeur et les salariés, la durée de l'engagement de l'employeur et les modalités de sa remise en cause ou de sa dénonciation. L'information n'a pas vocation à être exhaustive. Elle doit, néanmoins, contenir une présentation suffisamment détaillée des garanties pour que le salarié puisse exercer son droit d'option de manière éclairée. Le salarié ne peut réellement s'exprimer que s'il a connaissance du niveau des garanties et des conditions du précompte salarial.

89 - La sanction. L'information est due par l'employeur tant au moment de la mise en place du régime de frais de santé par décision unilatérale que lors de l'embauche de nouveaux salariés. Dans ces deux hypothèses, les sanctions encourues par l'employeur sont peu dissuasives. S'agissant des salariés présents dans l'entreprise au moment de la mise en place des garanties, la loi ne prévoit aucune sanction spécifique. Les salariés pourraient toujours agir sur le fondement du droit commun de la responsabilité délictuelle en réparation du préjudice résultant de la souscription d'une assurance frais de santé extérieure à l'entreprise, assurance que les salariés n'auraient pas souscrites s'ils avaient su qu'ils bénéficiaient d'un régime collectif de remboursement des frais de santé. Cette action ne présente que peu d'intérêt en pratique. Les sommes en jeu et le risque de contentieux sont faibles.

S'agissant des salariés engagés postérieurement à la mise en place d'un régime de prévoyance collective obligatoire par décision unilatérale de l'employeur, ils ne peuvent refuser leur adhésion audit régime ni demander leur radiation, et ce, même si l'employeur n'a pas respecté les règles relatives à l'information des salariés prévues par l'article 12 de la loi Evin du 31 décembre 1989¹⁶⁴. Si l'insuffisance de l'information fournie au salarié ne permet pas à ce dernier de refuser de cotiser au régime obligatoire mis en place par l'employeur, elle peut néanmoins entraîner la mise en jeu de la responsabilité de l'employeur. Ainsi, ils pourront

¹⁶⁴ Cass. soc., 19 oct. 2005, n°03-47.219, n°2173 FS-P+B+R+I : SSL 2005, n°178, M.-C. Haller. Selon l'article 12 de la loi Evin, « le souscripteur (l'employeur) d'une convention ou d'un contrat conclu avec un organisme appartenant à l'une des catégories mentionnées à l'article 1^{er} de la présente loi, en vue d'apporter à un groupe de personnes une couverture contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou lié à la maternité ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, est tenu de remettre à l'adhérent une notice d'information détaillée qui définit notamment les garanties prévues par la convention ou le contrat et leurs modalités d'application. » Le salarié considèrerait que le seul fait d'indiquer dans la lettre d'embauche que l'employeur est adhérent à une mutuelle et de joindre le bulletin d'adhésion à remplir par le salarié est insuffisant et ne peut en aucun cas l'obliger à y adhérer ou lui interdire de demander sa radiation.

mettre en jeu la responsabilité de l'employeur si celui-ci remet aux salariés une notice d'information erronée et exiger de lui qu'il leur verse les prestations figurant dans la notice¹⁶⁵. Par ailleurs, un salarié n'ayant pas été informé d'un régime de prévoyance dans l'entreprise lors de son embauche pourrait obtenir des dommages et intérêts pour n'avoir pas été en mesure de dénoncer le régime de prévoyance souscrit à titre individuel entraînant ainsi le paiement de deux cotisations pour un même risque.

Sous-section 2 – L'acceptation

90 - Droit d'option lors de la mise en place du régime. Si la loi du 14 juin 2013 envisage le régime de remboursement des frais de santé comme un « *régime collectif et obligatoire* », il convient de tenir compte du jeu de l'article 11 de la loi Evin. Lorsqu'un régime de protection sociale complémentaire est mis en en place par décision unilatérale, le salarié se voit offrir un « *droit d'option* ». L'offre de l'employeur doit être acceptée par le salarié. En vertu de l'article 11 de la loi Evin, les salariés présents dans l'entreprise au jour de la décision unilatérale peuvent refuser de souscrire au régime instituant des garanties de prévoyance dans l'entreprise. Ainsi, « *aucun salarié employé avant la mise en place, à la suite d'une décision unilatérale de l'employeur, d'un système de garanties collectives contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liées à la maternité ou les risques d'incapacité et d'invalidité ne peut être contraint à cotiser contre son gré à ce système* ». L'objectif du législateur était d'éviter que la situation des salariés ne se détériore par l'abaissement brutal et unilatéral de leur rémunération nette¹⁶⁶, la souscription à un régime de frais de santé nécessitant une cotisation du salarié qui se traduit en pratique par un précompte salarial. Ce droit d'option ne concerne que les salariés présents dans l'entreprise au moment de la mise en place des garanties. *A contrario*, les salariés embauchés postérieurement ont l'obligation de souscrire au régime mis en place par décision unilatérale. Ce mécanisme, issu de la loi Evin, limite en pratique la généralisation des contrats collectifs et obligatoires en matière de frais de santé. Au 1^{er} janvier 2016, les entreprises dont les salariés ne bénéficient pas de telles garanties devront les mettre en place par décision unilatérale. Or, les salariés présents dans l'entreprise à cette date pourront refuser de souscrire un contrat de remboursement complémentaire des frais de santé. Certains salariés seront donc toujours dépourvus de complémentaire santé postérieurement au 1^{er} janvier 2016.

91 - Droit d'option lors de la modification du régime. La question de l'accord des salariés pourrait se poser dans l'hypothèse d'une nouvelle décision unilatérale de l'employeur

¹⁶⁵ Cass. soc., 29 nov. 2000, n°98-46-133.

¹⁶⁶ V. Roulet, préc.

qui aggraverait les obligations des salariés, notamment en matière de cotisation, ou réduirait leurs droits. En effet, dans les régimes de prévoyance, au début de chaque année civile, le taux de cotisations peut être réévalué et la part salariale peut être augmentée¹⁶⁷. On pense immédiatement à la théorie de la modification du contrat de travail puisque la part salariale est prélevée directement sur le salaire considéré comme un élément essentiel de la relation contractuelle. L'augmentation de la part salariale nécessiterait alors l'accord des salariés. Le professeur Morvan exclut cependant l'application de la loi Evin : « Il convient de revenir au texte et d'en extraire le principe sous jacent. Le privilège d'antériorité contenu dans l'article 11 de la loi Evin est l'arbre qui cache la forêt. L'exception qu'il édicte donne prise à un argument qui renforce de façon appréciable le caractère obligatoire de l'adhésion aux régimes de prévoyance ou de retraite complémentaire : en dehors de l'hypothèse qu'il envisage, l'article 11 interdit a contrario à tout salarié de s'opposer à la mise en place d'un tel dispositif par accord collectif ou référendaire ou de s'y soustraire après coup »¹⁶⁸. L'exception doit être interprétée de manière restrictive. Ainsi, l'article 11 de la loi Evin a vocation à s'appliquer uniquement lors de la mise en place de la complémentaire santé par décision unilatérale de l'employeur. *A contrario*, il ne permet pas aux salariés présents dans l'entreprise de refuser la réévaluation des taux de cotisations, quand bien même cette modification aggraverait leurs obligations. Cette solution permet de réajuster le montant des cotisations si le coût du contrat d'assurance augmente. L'obligation de requérir l'accord des salariés tous les ans entraverait considérablement le fonctionnement du régime. Le refus d'un ou plusieurs salariés serait susceptible de déséquilibrer le régime. Une fois que le régime instauré par décision unilatérale a fait l'objet d'une acceptation de la part des salariés, il a vocation à s'appliquer avec force obligatoire dans l'entreprise jusqu'à son éventuelle remise en cause.

Section 2 – La remise en cause

92 - La norme unilatérale, à l'instar de la norme négociée, n'a pas vocation à instaurer un régime immuable dans l'entreprise. Ce dernier doit pouvoir être remis en cause afin de tenir compte des évolutions de la situation de l'entreprise. Cette remise en cause peut être volontaire. Il s'agira d'une dénonciation ou d'une révision de la norme unilatérale (Sous-section 1). Elle peut également être contrainte dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise (Sous-section 2).

¹⁶⁷ L'employeur devra néanmoins tenir compte des limites posées par la loi du 14 juin 2013 et les décrets d'application. En effet, la part de cotisation patronale ne peut être inférieure de 50 %. La part salariale ne pourra donc jamais être augmentée jusqu'à dépasser ce plafond.

¹⁶⁸ P. Morvan, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3^e éd.

Sous-section 1 –La remise en cause volontaire

93 - Application du droit du travail. Le caractère travailliste de la décision unilatérale a pour effet l'application du droit du travail à la révision et à la dénonciation d'une complémentaire santé d'entreprise mise en place de manière unilatérale. En cas de dénonciation ou de modification moins favorable, l'employeur devra procéder à une information individuelle des salariés et une information des représentants du personnel¹⁶⁹ en respectant un délai de préavis raisonnable permettant l'engagement de négociations dans l'entreprise. Il est généralement admis que ce délai raisonnable doit respecter un minimum de trois mois¹⁷⁰. Après sa dénonciation régulière, l'usage disparaît. Le salarié ne peut invoquer le maintien de l'avantage à son profit¹⁷¹, à moins que les parties n'aient exprimé leur volonté de contractualiser l'avantage, ce dernier étant alors incorporé au contrat de travail.

94 - Substitution par accord collectif. La disparition de l'engagement unilatéral peut également être automatique en cas de substitution par accord collectif. Ce mode particulier d'extinction de la norme unilatérale résulte d'une application conjointe du principe hiérarchique, la norme négociée étant une supérieure à la décision unilatérale qui n'est qu'une norme subsidiaire, et du principe chronologique. L'accord collectif postérieur conclu se substitue de plein droit à l'engagement unilatéral antérieur¹⁷². Il a été jugé que « l'accord collectif qui a le même objet que l'usage ou un engagement unilatéral antérieur a pour effet de le mettre en cause, peu important que celui-ci ait été ou non préalablement dénoncé » ou que « sa dénonciation préalable ait pu être irrégulière »¹⁷³. Il n'est donc plus nécessaire de respecter la procédure de dénonciation énoncée ci-dessus. En matière de prévoyance complémentaire, ce mode d'extinction peut-être périlleux. La difficulté d'interprétation, et

¹⁶⁹ S'agissant, du comité d'entreprise, cette information devra passer par une consultation qui devra être mise à l'ordre du jour de la réunion du comité.

¹⁷⁰ Il est parfois recommandé par certaines organisations patronales, notamment l'UIMM, de respecter un délai de cinq mois.

¹⁷¹ Cass. soc., 3 décembre 1996, pourvoi n° 94-19.466, Bull. 1996, V, n° 53 ; Soc., 6 juillet 2005, pourvoi n° 04-45.037, Bull. 2005, V, n° 239 : l'usage ne s'incorpore pas au contrat de travail. Le fait que l'employeur sollicite l'accord des salariés précédemment à sa remise en cause est susceptible de contractualiser l'usage (Soc., 5 octobre 1999, pourvois n° 97-45.733, 97-45.734 et 97-45.735, Bull. 1999, V, n° 361). Cependant, ni la remise d'un document résumant les usages et engagements unilatéraux en vigueur lors de l'embauche (Cass. soc., 11 janv. 2000, arrêt IBM), ni la recherche par l'employeur d'un accord avec ses salariés sur sa modification (Cass. soc., 18 sept. 2013, n°12-15328) ne sont susceptibles de modifier la nature de l'engagement unilatéral.

¹⁷² Cass. soc., 20 mai 2014, n°12-26322 : « lorsqu'un accord collectif ayant le même objet qu'un usage d'entreprise est conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations représentatives de l'entreprise qui ont vocation à négocier pour l'ensemble des salariés et anciens salariés, cet accord a pour effet de mettre fin à cet usage » (était en cause un avantage de prise en charge des deux tiers des cotisations à une mutuelle pour des salariés retraités).

¹⁷³ Cass. soc., 1^{er} oct. 2003, pourvoi n° 02-03-337, inédit. Pour la Cour de cassation, « il ne résulte pas de l'article L. 911-5 du Code de la sécurité sociale que la substitution d'un accord collectif à une décision unilatérale de l'employeur lorsque ceux-ci mettent en œuvre les garanties collectives dont bénéficient les salariés, soit subordonnée dans son principe à un décret d'application ».

donc le risque, réside dans la notion de l'identité d'objet. Selon le Professeur Morvan, la jurisprudence susvisée ne serait qu'un « piège »¹⁷⁴. L'incertitude entourant la « notion de convention portant sur le même objet » ne permet pas à l'employeur de savoir avec certitude si la norme unilatérale a été correctement remise en cause. Or, l'usage qui n'a pas été régulièrement dénoncé demeure en vigueur¹⁷⁵. Il serait donc préférable pour l'employeur, préalablement à la négociation d'un accord collectif de prévoyance, de dénoncer la norme unilatérale « portant sur le même objet » selon les modes traditionnels du droit du travail.

Sous-section 2 – Le transfert d'entreprise

95 - L'application de l'article L. 1224-1. L'article L. 911-5 du Code de la sécurité sociale renvoie à un décret d'application le soin de définir les règles applicables à la remise en cause des garanties collectives instaurées par un engagement unilatéral et remises en cause à la suite d'une fusion. Aucun décret d'application de l'article L. 911-5 n'ayant été publié depuis l'adoption de la loi, il convient de se référer aux règles travaillistes. En présence d'un transfert d'entreprise, si les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont réunies, les usages en vigueur dans l'entreprise transférée sont maintenus dans l'entreprise d'accueil. Cette règle s'applique également aux engagements unilatéraux. Ainsi, l'entreprise absorbante sera tenue d'appliquer dans la nouvelle entité le régime de remboursement complémentaire des frais de santé mis en place par décision unilatérale dont bénéficiaient les salariés dans l'entité transférée¹⁷⁶. Les salariés transférés se retrouvent donc dans une situation extrêmement favorable. Ils pourront effectuer un panachage entre les conditions de l'engagement unilatéral applicable chez le cédant et celles du statut collectif mis en place par le cessionnaire. Ainsi, si le régime du cédant prévoyait le financement d'une garantie alors que le régime du cessionnaire offrait gratuitement cette garantie, les salariés transférés pourront réclamer le bénéfice de la gratuité. Le nouvel employeur pourra, néanmoins, mettre un terme à cette situation sous réserve de respecter les conditions de la dénonciation. Il devra en informer individuellement les salariés et les représentants du personnel dans un délai suffisant, permettant d'engager de nouvelles négociations¹⁷⁷. Une fois la norme unilatérale remise en cause, des négociations collectives pourront s'engager afin d'harmoniser le régime applicable dans la nouvelle entité qui s'appliquera à l'ensemble des salariés. La cohérence du

¹⁷⁴ P. Morvan, *Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration*, Dr. soc. 2006, p. 279.

¹⁷⁵ Cass. soc., 20 sept. 2006. – Cass. soc., 30 sept. 2014, n°13-13985

¹⁷⁶ Cass. soc., 16 déc. 1992 : Dr. soc. 1993, p. 156, note J. Savatier. – Cass. soc., 4 févr. 1997 : Dr. soc. 1997, p. 416, obs. G. Couturier. – Cass. soc., 17 mars 1998 ; RJS 1998, n° 570. – Cass. soc., 6 juin 2000 : Bull. civ. 2000, V, n° 213.

¹⁷⁷ Cass. soc., 4 févr. 1997 : TPS 1997, comm. 114, obs. P.-Y. Verkindt.

transfert de la norme unilatérale est sérieusement contestée par certains auteurs qui remettent en cause l'utilité de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail en matière de la protection sociale complémentaire¹⁷⁸ étant donné le peu d'intérêt que cette solution présente pour le cessionnaire comme pour le salarié transféré.

96 - L'article 11 de la loi Evin. L'applicabilité de l'article 11 de la loi Evin dans l'hypothèse d'un transfert d'entreprise mérite d'être posée. En effet, les salariés transférés dans la nouvelle entité, conformément à l'article L. 1224-1 du Code du travail, peuvent-ils être considérés comme de nouveaux arrivants dans cette entité ? Les règles du droit du travail permettent d'en douter. En effet, en application de l'article L. 1224-1, les contrats de travail de ces salariés sont transférés sans modification dans la société d'accueil qui est, par ailleurs, tenue de reprendre l'ancienneté acquise au sein de la société absorbée. Ces salariés ne devraient donc pas être considérés comme de nouveaux embauchés. Néanmoins, selon la Cour de cassation, le transfert d'entreprise au sens de l'article L. 1224-1 entraîne la computation chez le cessionnaire de l'ancienneté acquise par les salariés auprès du précédent employeur si bien que certains d'entre eux, dont le contrat de travail a été repris, pourraient invoquer l'article 11 et s'opposer à la décision unilatérale prise dans l'entreprise d'accueil antérieurement à leur arrivée¹⁷⁹. Les salariés transférés conservant leur ancienneté, il faudra comparer cette ancienneté avec la date de mise en place du régime par décision unilatérale dans l'entreprise absorbante pour savoir si le salarié peut faire jouer le mécanisme de l'article 11 de la loi Evin. En tout état de cause, dans les rapports avec l'organisme assureur de l'entité d'accueil, les salariés transférés sont considérés comme de nouveaux arrivants, la reprise d'ancienneté est donc inopposable à cet assureur¹⁸⁰.

97 - Lorsque l'employeur, en application de la loi du 14 juin 2014 met en place une complémentaire santé dans son entreprise il doit recourir en priorité à l'accord collectif et à

¹⁷⁸ Le professeur Morvan cite à titre d'exemple l'arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 21 septembre 2005 « *Les magistrats suggéraient que le cessionnaire aurait dû entreprendre des démarches auprès de l'organisme assureur du cédant qui aurait alors pu proposer au salarié transféré une assurance individuelle et facultative lui ouvrant droit au régime de prévoyance qu'elle gère. Mais, du même coup, l'employeur aurait mis en péril le double caractère collectif et obligatoire du régime de prévoyance éventuellement applicable dans son entreprise, qui conditionne les exonérations sociales et fiscales accordées par la loi au titre du financement des régimes de protection sociale complémentaire et couru le risque disproportionnée de redressements fiscal et social. Au surplus le salarié aurait certainement décliné l'offre d'adhésion individuelle que l'AGRR aurait pu lui adresser sur l'insistance du nouvel employeur dès lors qu'il n'aurait pu obtenir que ce dernier prenne à sa charge une partie de la cotisation finançant la couverture de prévoyance. Finalement où est le préjudice ? Beaucoup de bruit pour rien* » (Cass. soc., 21 sept. 2005).

¹⁷⁹ Cass. soc., 4 janv. 1996, n°92-41.885 ; RJS 1996, n°466 ; Dr. soc. 1996, p. 163, note J. J. Dupeyroux.

¹⁸⁰ P. Morvan, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3^e éd. L'auteur relève qu'une question de chronologie semblable est susceptible de se poser lors de l'embauche en CDI d'un salarié en CDD. Si la relation de travail s'est poursuivie de façon continue, on peut considérer qu'elle a débuté avec le premier contrat.

défaut, à l'expiration du délai imparti, à l'acte unilatéral. En tout état de cause, il devra veiller au régime applicable, ce dernier étant déterminé en fonction de la nature de l'acte instituant le régime de remboursement de frais de santé. La mise en place d'un tel régime est de nature à permettre aux entreprises de faire de la complémentaire santé un élément de leur politique sociale et salariale. Au delà de sa mise en place, l'application de la complémentaire santé a des incidences sur le contrat de travail des salariés.

TITRE 2 – LA COMPLEMENTAIRE SANTÉ ET LE CONTRAT DE TRAVAIL

98 - Une fois la complémentaire santé mise en place au sein de l'entreprise, cette dernière a vocation à s'intégrer aux relations unissant l'employeur et le salarié. Son application est susceptible de faire intervenir des règles particulières tant lors de l'exécution du contrat de travail du salarié (Chapitre 1) qu'au-delà de sa rupture (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – LA COMPLEMENTAIRE SANTÉ AU COURS DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL

99 - Nous étudierons, d'une part, la qualification de l'avantage (Section 1), et d'autre part, son financement (Section 2).

Section 1 – La qualification de la complémentaire santé

100 - Les enjeux attachés à la qualification de la couverture complémentaire « frais de santé » (Sous-section 2), renforcent l'importance de l'opération de qualification (Sous-section 1).

Sous-section 1 – L'opération de qualification

101 - Une notion fonctionnelle. La notion de salaire est une notion fonctionnelle, c'est-à-dire que sa définition varie en fonction de la règle ou du corps de règles qu'il convient d'appliquer. La finalité de la règle influence la qualification de salaire. C'est pourquoi, on observe des variations de la qualification entre le droit fiscal, le droit de la protection sociale complémentaire et le droit du travail¹⁸¹. Pour autant, il est possible d'identifier une notion conceptuelle du salaire. Il convient d'adopter une approche générale de la notion de rémunération (§ 1) avant d'étudier son application en matière de protection sociale complémentaire, notamment s'agissant de la complémentaire santé (§ 2).

§1. Les contours de la notion de rémunération

102 - « Salaire » ou « rémunération » ? Aujourd'hui, les notions de salaire et de rémunération semblent synonymes. Il est possible, cependant, d'identifier des nuances entre

¹⁸¹ On peut notamment citer comme l'exemple l'indemnité de non-concurrence. Cette indemnité qualifiée de salaire au sens du droit fiscal (CE, 10 juill. 1948, Rec., CE, p. 329) et du droit de la sécurité sociale (Cass. soc. 2 fév. 1972 : Bull. civ., V, n°89), est cependant exclue de l'assiette de calcul du SMIC car elle est indépendante du travail fourni (Cass. soc., 14 janv. 1988 : Bull. civ., V, n°43).

ces deux terminologies. Historiquement, le terme « salaire » est présent dès le Code civil de 1804 et désigne, dans le cadre du contrat de louage de services, la « rétribution » que le maître paie à l'ouvrier (article 1781)¹⁸². Il a été progressivement supplanté par la notion de « rémunération »¹⁸³. Ainsi, le salaire ne désignerait qu'une composante de la rémunération, la partie de base. On peut citer à titre d'exemple l'article L. 3221-3 du Code du travail, issu de la loi de 1972 relative à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes : « Constitue une rémunération au sens du présent chapitre, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier ». Ainsi, la notion restrictive du salaire renverrait à la stricte contrepartie du travail fourni par le salarié, tandis que celle plus large de rémunération permettrait d'englober l'ensemble des éléments versés au salarié en application du contrat de travail. Cette distinction reste essentiellement théorique. En pratique, les termes « salaire » et « rémunération » sont employés comme synonymes. Il faudrait considérer que le salaire a un sens étroit, celui du salaire de base, et un sens plus large qui se confond avec la notion de rémunération¹⁸⁴.

103 - La notion d'une contrepartie. La rémunération est un élément essentiel de la définition du contrat de travail. Elle a traditionnellement été définie comme la contrepartie à la prestation de travail fourni par le salarié en référence classique à la cause de l'obligation du salarié. « Le salaire contrepartie de la relation de travail »¹⁸⁵ est une formule classique maintes fois reprises. La jurisprudence se l'ait également appropriée. Ainsi, l'arrêt Courcelles, qui pose le principe selon lequel la rémunération est un élément du contrat de travail et ne peut être modifiée sans l'accord du salarié, évoque « la rémunération, contrepartie de la relation de travail »¹⁸⁶. Cette formule est aujourd'hui considérée, à juste titre, comme dépassée par plusieurs auteurs¹⁸⁷. La première raison doit être recherchée dans l'élargissement de la notion de salaire. « Deux interprétations de salaire sont possibles : selon l'une qui tend à reculer, le salaire est le prix payé en contrepartie de la prestation de travail (interprétation restrictive), selon l'autre, il faut assimiler au salaire toute sommes versée en conséquence du contrat liant les parties même si elles n'ont pas leur cause dans le travail effectué, avantages accessoires

¹⁸² J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, 27^e éd., 2013.

¹⁸³ Le Code de commerce emprunte même cette notion pour désigner ce qui est payé aux dirigeants de sociétés au titre de l'exercice de leurs fonctions.

¹⁸⁴ J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, préc.

¹⁸⁵ Durand et Vitu, *Droit du travail*, t. II, n°323.

¹⁸⁶ Cass. soc., 20 oct. 1998, Courcelles, Bull. civ., V, n°435, p. 326, Dr. soc., 1998, 1045, obs. Ph. Wacquet. Plus récemment, pour la Cour de cassation, « en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, toutes les sommes versées en contrepartie du travail entrent dans le calcul de la rémunération à comparer avec le salaire minimum garanti » : Cass. Soc. 7 avril 2010, n°07-45.322, JCP S 2010, 1286, note D. Everaert-Dumont.

¹⁸⁷ V. notamment G. Couturier, *De quoi le salaire est-il la contrepartie ?*, Dr. soc. 2011.

constituant encore le salaire *latu sensu* »¹⁸⁸. C'est au regard de cette deuxième interprétation que les avantages de la protection sociale complémentaire seraient susceptibles d'être qualifiés de salaire au sens du droit du travail¹⁸⁹.

L'élément essentiel est donc moins le lien entre la prestation de travail et la rémunération que le lien entre la rémunération et le contrat de travail. En effet, « le contrat de travail est synallagmatique : les obligations qui en résultent se servent mutuellement de cause ; c'est la prestation de travail qui justifie donc le versement du salaire. Ce lien d'interdépendance entre travail et salaire comporte d'importantes conséquences »¹⁹⁰. Le salaire n'aurait pas sa contrepartie dans la seule prestation de travail mais dans le fait que le salarié se trouve à la disposition de l'employeur. La Cour de cassation décide, à ce titre, que le salarié qui se tient à la disposition de son employeur et ne refuse pas d'exécuter son travail a droit à son salaire, peu important que l'employeur ne lui fournisse pas de travail¹⁹¹. Ainsi considéré, le salaire est « le prix de la force de travail que le salarié met à disposition de l'employeur, considérée comme une marchandise obéissant à la loi de la valeur »¹⁹².

§2. La complémentaire santé comme élément de rémunération

104 - Une rémunération indirecte. Ces dernières années, la notion de salaire, et plus généralement la politique des entreprises en matière salariale, a profondément évolué. En effet, on a ajouté au « salaire de base » des accessoires de salaires complémentaires liés à l'exécution du contrat ou plus généralement à l'appartenance du salarié à l'entreprise. Le salaire indirect tend donc à se substituer au salaire direct en créant de nouveaux avantages pour les salariés sans que ceux-ci soient intégrés au salaire de base. Le bénéfice d'une complémentaire santé est ainsi complètement détaché de la prestation de travail effectuée par le salarié. Il a notamment été jugé que le salarié ne peut être privé des droits qu'il détient au titre d'un régime de protection sociale complémentaire en raison d'une exécution défectueuse de son contrat de travail¹⁹³ ou même à l'occasion d'une période de suspension de son contrat¹⁹⁴. Mais les salaires différés, versés sous forme de cotisations à des régimes de retraite de prévoyance et de retraite, ne sont qu'un exemple parmi d'autres. On pourrait également citer l'épargne salariale, le remboursement des frais de transport ainsi que l'ensemble des

¹⁸⁸ Gérard Lyon-Caen, *traité de G.-H., Camerlynck, t. 2 : Le salaire*, 2^{ème} éd., n°191, p. 236.

¹⁸⁹ Pour la suite de cette étude, il est précisé que la notion de salaire sera toujours employée dans son sens le plus large, c'est-à-dire désignant toutes les sommes versées au salarié en raison du contrat de travail, et non uniquement le salaire de base rémunérant la stricte prestation de travail.

¹⁹⁰ Brun et Galland, *Droit du travail*, 2^e éd., t. 1, n°293, p. 302.

¹⁹¹ Cass. soc., 3 juill. 2001, Dr. soc. 2001, 1009, obs. C. Radé.

¹⁹² Gérard Lyon Caen, *traité : Le salaire*, préc.

¹⁹³ Cass. soc., 9 mai 1996, n°94-17.175, Bull. civ. V, n°181 ; RJS 6/96, n°692.

¹⁹⁴ Cass. soc. 9 mai 1996, n°94-12.650, Bull. civ. V, n°183.

mécanismes de rémunération collective tels que l'intéressement, la participation ou l'épargne salariale. Le développement de ces avantages accessoires au salaire présente plusieurs avantages pour les entreprises. Ils permettent de fidéliser les salariés à un moindre coût pour l'entreprise puisque la plupart d'entre eux sont accompagnés et encouragés par les pouvoirs publics à travers la mise en place de systèmes d'exonération (totale ou partielle) de charges sociales et fiscales. Cette évolution porte en elle-même un effet pervers à travers un risque de fraude ou, selon l'expression du Professeur J.-P. Chauchard, d'un phénomène d'« *évitement du salaire* »¹⁹⁵. Les couvertures complémentaires mises en place dans les entreprises sont, par ailleurs, amenées à jouer un rôle croissant du fait du désengagement de la sécurité sociale légale. Il s'agit alors de déterminer si les cotisations patronales au régime complémentaire de frais de santé (ou de prévoyance), ainsi que les versements effectués au salarié dans le cadre de ce régime, ont la nature de salaire et doivent en tant que telles être intégrées à l'assiette des cotisations légales.

La question relative à la qualification de salaire est désormais clairement résolue en droit fiscal. Depuis la loi du 29 décembre 2013 (applicable au 1^{er} janvier 2014), la contribution patronale aux garanties de frais de santé versée dans le cadre d'un contrat collectif et obligatoire est assimilée à un avantage en nature et intègre la rémunération imposable du salarié¹⁹⁶. S'agissant du droit de la sécurité sociale, le principe est également celui de l'assujettissement à cotisations sociales, sous réserve du régime d'exonération de faveur applicable aux régimes collectifs et obligatoires. En droit de la sécurité sociale, contrairement au droit du travail, la notion de rémunération renvoie aux sommes perçues par le salarié « *en contrepartie ou à l'occasion du travail, et non aux sommes que l'employeur est tenu de verser au salarié* »¹⁹⁷. Le champ de la définition de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale serait donc plus étendu, l'employeur n'étant pas nécessairement tenu ni même à l'origine du versement. La rémunération étant une notion relative et fonctionnelle, son champ

¹⁹⁵ J.-P. Chauchard, *L'évitement du salaire*, Dr. soc. 2011, p.32. « *Quand il s'agit de participation financière, c'est le salaire direct qui paraît privé d'un apport, même si le salarié perçoit un surcroît de rémunération. Quand il s'agit de protection sociale du salarié, on constate qu'elle va croissant dans l'entreprise mais par substitution au salaire direct. Dans tous les cas, l'entreprise dispose largement du pouvoir d'accepter ou de refuser de telles pratiques, sachant que l'exonération fiscale et sociale qui lui est offerte par le législateur est une invitation très pressante* ».

¹⁹⁶ CGI, art. 83, 1^o quater, mod. par L. n°2013-1278, 29 déc. 2013, art. 4 : « *Les cotisations à la charge de l'employeur correspondant à des garanties portant sur le remboursement ou l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident sont ajoutées à la rémunération prise en compte pour la détermination des bases d'imposition* ».

¹⁹⁷ CSS, art. L. 242-1 : « *Pour le calcul des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail, et des allocations familiales, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail, notamment les salaires et gains, les indemnités de congés payés, le montant des retenues pour cotisations ouvrières, les indemnités, primes, gratifications et tous autres avantages en argent, les avantages en nature, ainsi que les sommes perçues directement ou par l'entremise d'un tiers à titre de pourboire* ».

d'application sera différent selon la finalité de la règle en cause. La définition énoncée par l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale a pour objet de déterminer quelles sont les sommes qui seront soumises à cotisations. C'est pourquoi, elle est plus large que celle retenue par le droit du travail. Si les prestations de sécurité sociale versées par l'entremise de l'employeur ne sont pas comprises dans la rémunération¹⁹⁸, tel n'est pas nécessairement le cas des prestations relatives à la protection sociale complémentaire. En effet, pour le droit de la sécurité sociale, l'avantage en nature ou en espèces est une rémunération.

105 - Le droit communautaire. La Cour de justice des Communautés européennes assimile de manière constante les prestations des régimes de protection sociale complémentaire au salaire depuis son célèbre arrêt Barber concernant l'application de l'article 157 TFUE¹⁹⁹ relatif à l'égalité de rémunération entre hommes et femmes aux prestations de prévoyance. Plus généralement, de manière constante, la jurisprudence communautaire retient une acceptation assez large de la notion de rémunération qui comprend tous les « *avantages en espèce ou en nature, actuels ou futurs, pourvu qu'ils soient payés, fût-ce indirectement, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier* »²⁰⁰. Ainsi, les prestations issues de régimes complémentaires de protection sociale mis en place au niveau de l'entreprise ou de la branche d'activité sont qualifiées de rémunération²⁰¹. Pour la Cour de justice, l'élément déterminant reste le critère du lien avec l'emploi. Dans l'arrêt Barber, elle a ainsi jugé que le fait que les prestations étaient prises en charge par un organisme tiers à l'entreprise ne faisait pas obstacle à l'application de l'article 157 TFUE. La Cour de cassation a également fait application de cette définition dans le cadre de l'application de l'article 157 TFUE. « *Pour l'application [de cet article] est seul déterminant le critère tiré de la constatation que la prestation litigieuse trouve son origine dans l'affiliation à un régime visant une catégorie particulière de travailleurs, salariés ou indépendants, réunis dans le cadre d'une entreprise ou d'un groupement d'entreprises, d'une branche économique ou d'un secteur professionnel ou interprofessionnel, peu important ses modalités de financement ou de gestion* »²⁰². Elle applique ainsi l'article 157 TFUE relatif à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de rémunération à une prestation de retraite complémentaire. Une prestation complémentaire sera qualifiée de rémunération si elle est versée en raison de la relation de travail entre le salarié et l'employeur, peu important que les prestations soient payées indirectement par ce dernier.

¹⁹⁸ CSS, art. L. 242-1, al. 4.

¹⁹⁹ Ancien article 141 du Traité CE.

²⁰⁰ CJCE 9 févr. 1982, Garland, aff. C-12/81, Rec. CJCE p. 359.

²⁰¹ CJCE 17 mai 1990, Barber, aff. C-262/88, Rec. CJCE p. I-1889.

²⁰² Cass. soc., 3 juill. 2012, n°10-23.013: JCP S 2012, 1490, comm. J.-P. Tricoit.

106 - Le critère du lien d'emploi. Bien que la définition communautaire semble plus large que la définition interne, le critère déterminant permettant de qualifier les avantages issus d'une complémentaire santé de rémunération, au regard du droit du travail français, reste le lien entre ces avantages et le lien d'emploi créé par le contrat de travail. Le critère du lien d'emploi permet également de rapprocher la définition travailliste de la rémunération et celle du droit de la sécurité sociale. La convergence entre droit du travail et droit de la sécurité sociale en matière de rémunération présente, cependant, des limites. La définition de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale ne saurait se confondre totalement avec celle retenue en droit du travail.

107 - Une rémunération collective. La particularité des régimes de prévoyance est que cette rémunération présente un caractère collectif, étant donné qu'elle a vocation à bénéficier à l'ensemble de la collectivité de travail en raison de l'appartenance des salariés à l'entreprise. Le caractère collectif du régime de prévoyance présente une difficulté s'agissant de l'identification des éléments du contrat de travail. Si l'on admet que la complémentaire constitue un élément de la rémunération du salarié, sa remise en cause emporte nécessairement modification du contrat de travail du salarié nécessitant l'accord de ce dernier²⁰³, ce qui est susceptible d'empêcher toute modification (parfois indispensable) du régime. Étant donné le caractère collectif du régime, on serait tenté de considérer que la réforme du régime ne constitue pas une modification de la relation contractuelle. Nous avons, par ailleurs, observé que la complémentaire santé constituait un avantage lié à l'appartenance du salarié à l'entreprise et non une contrepartie directe à sa prestation de travail²⁰⁴. Cependant, l'existence d'un régime de protection sociale complémentaire entraîne des conséquences directes sur le salaire du salarié, ce dernier étant contraint de cotiser. Or, le raisonnement applicable à la rémunération individuelle ne saurait être transposé à la rémunération collective. S'agissant d'un avantage collectif fondé sur la technique de la mutualisation, l'intérêt de la collectivité doit être pris en compte²⁰⁵. L'intérêt de la collectivité, primant la

²⁰³ Cass. soc., 16 juin 1998, Hôtel le Berry : une modification du contrat de travail, prononcée à titre de sanction disciplinaire contre un salarié, ne peut lui être imposée ; que, cependant, en cas de refus du salarié, l'employeur peut, dans le cadre de son pouvoir disciplinaire, prononcer une autre sanction, aux lieux et place de la sanction refusée.

²⁰⁴ Il faudrait réserver l'hypothèse exceptionnelle dans laquelle un régime individuel de prévoyance comportant des dispositions particulières au salarié concerné serait prévu dans le contrat de travail. S'agissant de la complémentaire santé, une telle hypothèse a vocation à disparaître étant donné que la loi du 14 juin 2013 généralise à toutes les entreprises au plus tard au 1^{er} janvier 2016, la mise en place d'un régime complémentaire obligatoire et *collectif* en matière de remboursement de frais de santé.

²⁰⁵ B. Serizay, *Droit du travail et protection sociale complémentaire*, Dr. soc. 1998, 1023. Il est « patent que l'avantage réside, pour le salarié, dans le fait d'être assuré. Le financement n'est qu'un accessoire de l'engagement principal. Aussi, l'avantage collectif caractérisé par le bénéfice de la garantie n'est réductible ni aux modalités de financement ni à la somme des intérêts individuels. En conséquence l'opposabilité du

somme des intérêts individuels, peut donc justifier l'obligation faite au salarié d'accepter le précompte du financement²⁰⁶. Certains auteurs plaident, par ailleurs, pour l'exclusion de la qualification de salaire en raison du caractère collectif des régimes de prévoyance. Ainsi, pour le Professeur Philippe Coursier, il ne fait aucun doute que « *la mise en place de tels avantages sociaux au niveau de l'entreprise participe d'une autre idée que celle de la simple rémunération* ». Il souligne que les régimes de prévoyance se caractérisent par une solidarité qui transcende l'intérêt individuel des salariés et qui justifie l'exclusion du principe « *à travail égal, salaire égal* »²⁰⁷.

Sous-section 2 – Les enjeux de la qualification

108 - S'agissant de la complémentaire santé, les enjeux ont principalement concerné l'application du principe de l'égalité de traitement (§ 1) et le respect par l'employeur de ses engagements (§ 2).

§1. L'égalité de traitement en matière de prévoyance

109 - Si le principe travailliste de l'égalité de traitement est également applicable aux avantages auxquels les salariés peuvent prétendre en vertu d'un régime complémentaire de frais de santé (I), les spécificités de la protection sociale d'entreprise justifient certains aménagements (II).

I. Le principe de l'égalité de traitement

110 - **Les fondements du principe.** L'application du principe de l'égalité de traitement est l'un des premiers enjeux de la qualification de la rémunération. Ce principe concerne tant le droit de la sécurité sociale, puisque le caractère collectif du régime de prévoyance est l'une des conditions d'exonération des cotisations patronales, que celle du droit du travail puisqu'il renvoie à l'égalité de traitement en matière salariale. Or, le Code du travail ne comporte aucun texte consacrant un principe général d'égalité de traitement en matière de rémunération. Le dispositif de l'égalité de traitement n'a été conçu par le législateur que de manière ponctuelle à travers l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes

régime - expressément prévue par les articles L. 911-1 du Code de la Sécurité sociale et 2 de la loi EVIN - justifie, de façon inéluctable, l'opposabilité du précompte, au motif que l'accessoire suit le principal ».

²⁰⁶ Sous réserve de l'option offerte par l'article 11 de la loi Evin aux salariés déjà présents dans l'entreprise lors de la mise en place d'un régime de protection sociale complémentaire par décision unilatérale.

²⁰⁷ Ph. Coursier, *De l'égalité de traitement des régimes catégoriels* (à propos des arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation le 13 mars 2013), JCP S 2013, 1144.

imposée par l'article L. 3221-2 du Code du travail²⁰⁸. Pourtant, la Cour de cassation, dans son célèbre arrêt Ponsolle, a considéré, en se fondant sur les articles L. 133-5 (devenu R. 2261-1) et L. 136-2 (devenu L. 2271-1) du Code du travail, que la règle de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes « *n'était qu'une application de la règle plus générale « à travail égal, salaire égal* »²⁰⁹. Cette règle, qui est une application particulière du principe plus large d'égalité de traitement, oblige l'employeur à assurer une même rémunération aux salariés qui effectuent un même travail ou un travail de valeur égale. Il s'applique non seulement entre hommes et femmes mais plus largement entre tous les salariés placés dans une situation identique au regard de l'avantage revendiqué. La jurisprudence a, cependant, admis que ce principe puisse comporter certaines limites. Ainsi, « *repose sur une raison objective et pertinente la stipulation d'un accord collectif qui fonde une différence de traitement sur une différence de catégorie professionnelle, dès lors que cette différence de traitement a pour objet et pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, tenant notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités rémunération* »²¹⁰. Le Professeur Morvan souligne la portée limitée de cette jurisprudence qui se réfère uniquement aux différences résultant d'un accord collectif puisqu'un régime de prévoyance (ou de retraite) peut également être mis en place par décision unilatérale²¹¹.

111 - L'élargissement du principe. Il a longtemps été question des modalités du principe de l'égalité de traitement aux régimes de protection sociale complémentaire. L'importance de cette question a été renforcée par l'essor du principe de l'égalité de traitement en droit du travail, la Cour de cassation étendant son application à l'ensemble des avantages trouvant leur origine dans le lien avec l'emploi, et non plus de la stricte contrepartie à la prestation de travail du salarié, ce qui intègre les garanties de frais de santé, ou plus largement de prévoyance, et le financement patronal du régime. Ce mouvement a été renforcé par la jurisprudence communautaire relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes qui adopte une conception extrêmement large de la notion de rémunération et l'étend aux indemnités de licenciement, pension de transition et pension de retraite. Or, le droit de la sécurité sociale admet plus largement les différences de catégorie entre salariés d'une même entreprise dès lors qu'ils appartiennent à « *une catégorie établie à partir de critères*

²⁰⁸ C. Trav., art. L. 3221-2 : « *Tout employeur assure, pour un même travail ou un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes* ».

²⁰⁹ Cass. soc., 23 oct. 1996, Dr. soc. 1996, 1013, note A. Lyon-Caen, Dr. ouvrier 1997.148, obs. P. Moussy, D. 1999. Somm. 159, obs. M.-T. Lanquetin, Grands arrêts, n°71 ; Ph. Wacquet, *Retour sur l'arrêt Ponsolle*, RDT 2008. 22.

²¹⁰ Cass. soc., 8 juin 2011, n°10-14.725 et n°10-11.933 : JCP S 2011, 1321, note J. Daniel.

²¹¹ P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, préc., p. 960.

objectifs »²¹². La catégorie a, par ailleurs, été consacrée par le décret du 9 janvier 2012²¹³ qui admet qu'un régime puisse prévoir des dispositions plus favorables pour les cadres sans pour autant perdre le bénéfice du traitement social de faveur reposant sur le caractère collectif du régime. Ainsi, une différence de traitement entre catégorie professionnelle entraînait l'exonération de cotisations sociales et fiscales, subordonnée au caractère collectif du régime, mais ne permettait pas de respecter les règles du droit du travail relatives à l'égalité de rémunération. Deux positions étaient envisageables : d'une part, une transposition directe du principe travailliste à la protection sociale complémentaire et, d'autre part, une relative autonomie de la notion de catégorie objective en matière de prévoyance et de retraite d'entreprise. S'agissant de la protection sociale complémentaire, l'enjeu s'est peu à peu cristallisé sur la différence de traitement opérée par certains régimes complémentaires entre le personnel cadre et le personnel non cadre.

II. Les aménagements du principe de l'égalité de traitement

112 - Les spécificités de la prévoyance. La Cour de cassation impose, en droit du travail, de vérifier si les salariés se trouvent dans une situation identique au regard de l'avantage revendiqué et, si tel est le cas, si des raisons objectives et pertinentes peuvent être avancées au regard de l'avantage concerné permettant de traiter différemment les salariés. S'agissant des salariés cadres et non cadres, il a été jugé que *« la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence »*²¹⁴. Cependant, *« repose sur une raison objective et pertinente la stipulation d'un accord collectif qui fonde une différence de traitement sur une différence de catégorie professionnelle, dès lors que cette différence de traitement a pour objet ou pour but de prendre en compte les spécificités de la situation des salariés relevant d'une catégorie déterminée, notamment aux conditions d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération »*²¹⁵. La différence de catégorie professionnelle ne justifie donc pas en soi les différences de traitement ; ces dernières doivent être justifiées par les spécificités de la situation des salariés concernés tenant notamment aux conditions

²¹² CSS, L. 242-1, al. 6.

²¹³ CSS, R. 242-1-1, 1°.

²¹⁴ Cass. soc., 20 févr. 2008, n°05-45.601 : JCP S 2008, 1305, note D. Evereart-Dumont ; RJS 2008, n° 512. – M.-C. Haller, *Titres restaurant : le principe d'égalité de traitement ne se limite pas aux salaires* : JSL 2008, n°231, 13.

²¹⁵ Cass. soc., 8 juin 2011, n°10-14.725, n°10-11.933, n°10-13.663 : JCP 2011, 1321, note J. Daniel ; JSL 2011, n°303, 9, comm. J.-Ph. Lhernould ; Gaz. Pal. 2011, n°168, p. 12, note B. Boubli.

d'exercice des fonctions, à l'évolution de carrière ou aux modalités de rémunération. A *contrario*, le Code de la sécurité sociale admet que la catégorie professionnelle puisse constituer une catégorie objective sans qu'il soit nécessaire de justifier les inégalités de traitement entre les cadres et les non cadres²¹⁶. Par ailleurs, la jurisprudence de la Cour de cassation ne concernait que les différences de traitement instituées par accord collectif. Or, un régime de frais de santé ou de prévoyance peut être mis en place par décision unilatérale. C'est pourquoi, les arrêts rendus par la chambre sociale de la Cour de cassation le 13 mars 2013²¹⁷ étaient très attendus. Il est désormais établi qu'en matière de protection sociale complémentaire, le principe d'égalité de traitement ne s'applique qu'entre salariés relevant d'une même « catégorie professionnelle ». Dans ces différentes espèces, les régimes en cause instituaient des différences de traitement relatives au bénéfice de l'avantage, au financement de l'avantage ou encore aux modalités de calcul des prestations en fonction de la catégorie professionnelle à laquelle appartenait le salarié. La Cour de cassation a débouté les salariés non cadres qui revendiquaient le bénéfice de ces avantages : *« Au regard des particularités des régimes de prévoyance couvrant les risques maladie, incapacité, invalidité, décès et retraite, qui reposent sur une évaluation des risques garantis en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle, prenant en compte un objectif de solidarité et requièrent dans leur mise en œuvre la garantie d'un organisme extérieur à l'entreprise, le principe de l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre salariés relevant de la même catégorie professionnelle »*. L'aménagement du principe de l'égalité de traitement se justifie par les contraintes techniques inhérentes à la prévoyance dans la mesure où ces régimes *« reposent sur une évaluation des risques »*, *« prennent en compte un objectif de solidarité »* et *« requièrent la garantie d'un organisme extérieur à l'entreprise »*. Enfin, peu importe la nature de l'acte fondateur du régime. Les différences entre catégories professionnelles sont justifiées que le régime soit mis en place par accord collectif, accord référendaire ou décision unilatérale. Reconnaître les spécificités de la prévoyance, c'est reconnaître que le droit du travail, s'il est applicable aux avantages issus de ces régimes, ne peut être transposé sans aménagement. La solution retenue par la Cour de cassation s'inscrit dans le contexte de la généralisation de la complémentaire santé. En effet, elle participe de l'idée que les entreprises seront plus naturellement poussées à généraliser leur régime de frais de santé si elles se sentent libres de conserver des différences entre catégorie professionnelle, ces dernières étant courantes dans les accords collectifs de prévoyance (même si cette pratique est plus répandue

²¹⁶ CSS, art. R. 242-1-1.

²¹⁷ Cass. soc., 13 mars 2013 : Ph. Coursier, *De l'égalité de traitement des régimes de prévoyance catégoriels* (à propos de Cass. soc., 13 mars 2013, 3 arrêts) JCP S, 2013, 1144 ;

pour les régimes de retraite qu'en matière de frais de santé)²¹⁸. Deux mois après l'ANI du 11 janvier 2013, il s'agissait pour la Cour de cassation d'accompagner le mouvement de généralisation des régimes complémentaires voulu par les partenaires sociaux et le législateur, les régimes professionnels étant appelés à se substituer peu à peu à l'insuffisance des régimes légaux. Les arrêts du 13 mars 2013 ont d'ailleurs été rendus après audition des organisations patronales et syndicales et d'institutions qualifiées dans le domaine de la prévoyance sociale. Le rapport de la Cour de cassation indique que cette décision « *préserve la grande diversité des régimes existants et leurs équilibres établis sur la base de données actuarielles spécifiquement catégorielles* ». L'enjeu est important puisqu'il semble qu'un alignement des systèmes catégoriels les moins favorables sur les plus avantageux aurait provoqué un accroissement global du coût du travail d'au moins 1 % sans compter l'amputation significative de la rémunération nette des salariés du bas de l'échelle ». Le rapport précise que ces arrêts n'ont pas pour effet de remettre en cause, en matière de protection sociale complémentaire, l'interdiction des discriminations salariales entre hommes et femmes.

Cependant, cette jurisprudence présente des limites. D'une part, la Cour de cassation ne vise que les « *catégories professionnelles* » et non les « *catégories de salariés* » au sens du Code de la sécurité sociale. Par conséquent, s'agissant des différences de traitement fondées sur les autres critères du décret du 9 janvier 2012 (les tranches de rémunération, le niveau des responsabilités, les usages de la profession²¹⁹), il convient d'appliquer la solution dégagée par la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, notamment l'arrêt du 8 avril 2011. Il serait toujours indispensable de démontrer que les salariés se trouvent dans une situation différente au regard de l'avantage. Or, une telle démonstration peut être délicate en matière de frais de santé. D'autre part, si la jurisprudence admet des différences entre catégorie professionnelle, au sein d'une même catégorie, le principe d'égalité de traitement reste pleinement applicable. Cette règle interdit toujours de prévoir, au sein d'une même catégorie, des différences reposant sur l'âge ou sur le sexe.

113 - La légitimité des avantages catégoriels. Une nouvelle étape vers la reconnaissance des avantages catégoriels institués par accord collectif a été franchie par la Cour de cassation par trois arrêts du 27 janvier 2015²²⁰ qui semblent accorder à ces avantages une présomption de justification au regard du principe de l'égalité de traitement dès lors qu'ils résultent de conventions ou d'accords collectifs. « *Les différences de traitement entre catégories*

²¹⁸ V. sur ce point Ph. Coursier, *De l'égalité de traitement des régimes de prévoyance catégoriels* (à propos de Cass. soc., 13 mars 2013, 3 arrêts) : JCP S, 2013, 1144.

²¹⁹ En matière de frais de santé, seul le deuxième critère relatif aux niveaux de rémunération est également susceptible d'identifier une catégorie objective de salariés au sens du décret du 9 janvier 2012.

²²⁰ Cass. soc., 27 janv. 2015, n°13-22.179 : J. Daniel, JCP S 2015, 1054.

professionnelles opérées par voie de conventions ou d'accords collectifs, négociés et signés par des organisations syndicales représentatives, investies de la défense des droits et intérêts des salariés et à l'habilitation desquelles ces derniers participent directement par leur vote, sont présumées justifiées ». La charge de la preuve est donc inversée. Il n'appartient plus à l'employeur de prouver que les avantages catégoriels issu d'un accord collectif reposent sur des raisons objectives. C'est désormais à celui qui les conteste de démontrer que les différences de traitement ne sont pas justifiées par des considérations de nature professionnelle. La négociation collective sort renforcée de cette évolution jurisprudentielle qui permet aux partenaires sociaux d'introduire dans un accord collectif des exceptions au principe de l'égalité de traitement. Pour autant, le principe d'égalité de traitement n'est pas totalement écarté par la Cour de cassation. D'une part, la présomption de justification des avantages catégoriels ne concerne que les différences de traitement relatives à des considérations professionnelles. La notion de catégorie professionnelle renvoie principalement aux catégories cadres / non cadres sur lesquelles sont fondées un certain nombre de différences de traitement. Mais le droit du travail identifie d'autres catégories professionnelles telles que celles des VRP, des journalistes ou des mannequins. Or, il n'est pas certain que la solution retenue par les arrêts du 27 janvier 2015 soit applicable à ces catégories. D'autre part, la présomption de justification ne concerne que les avantages issus de la négociation collective ; les différences de traitement entre catégories professionnelles résultant d'une décision unilatérale devront toujours être justifiées par des raisons objectives et pertinentes puisque l'acte unilatéral ne bénéficie pas de la légitimité accordée par la jurisprudence aux dispositions négociées. Cette différence de régime entre les sources créatrices de garanties est de nature à favoriser le développement de la norme négociée au détriment de la norme unilatérale.

§2. Les obligations de l'employeur

114 - Les garanties collectives de prévoyance mises en place par statut collectif, accord collectif ou décision unilatérale, produisent des effets directs dans les rapports individuels entre le salarié et son employeur. Ce dernier est tenu de remplir un certain nombre d'obligations (I) dont l'inexécution est susceptible d'entraîner la mise en cause de sa responsabilité (II).

I. Le contenu des obligations de l'employeur

115 - Obligation de garantie. Les obligations de l'employeur au regard de l'article 1^{er} de la loi du 14 juin 2014 se traduisent par une obligation d'assurance dont le contenu *a minima* a

été défini par le législateur et le pouvoir réglementaire, notamment par le décret n° 2014-1025 du 8 septembre 2014. Cette protection minimale concerne tant le contenu de la couverture que son financement. L'avantage constitué par une couverture complémentaire « *frais de santé* » recouvre un ensemble de prestations destinées à compenser la faiblesse du remboursement des régimes légaux. Il concerne quatre catégories de dépenses : le ticket modérateur, le forfait journalier hospitalier, les soins dentaires et les soins optiques, et concerne tant le salarié que ses ayants-droits.

D'abord, le ticket modérateur correspond à la fraction des dépenses de santé qui reste à la charge de l'assuré après remboursement de la CPAM, à l'exception de certaines dépenses dans le but de responsabiliser l'assuré. Ainsi, les régimes de frais de santé ne peuvent prévoir le remboursement complémentaire des médicaments destinés au traitement de maladies « *sans caractère habituel de gravité, de médicaments dont l'intérêt thérapeutique est jugé modeste, de médicaments homéopathiques ou encore de frais de soins thermaux* »²²¹. Reste également à la charge de l'assuré le montant du ticket modérateur pour l'assuré qui ne respecte pas le parcours de soins²²² ou encore la participation forfaitaire de 1 € pour toute consultation médicale²²³.

Ensuite, devra être prévu par les régimes complémentaires le remboursement du « forfait journalier hospitalier prévu à l'article L. 174-4 sans limitation de durée »²²⁴, c'est-à-dire le remboursement de la participation de l'assuré aux frais d'hébergement et d'entretien résultant de son hospitalisation. Alors que ces frais ne sont pas en principe remboursés par les régimes légaux, ils le seront par les régimes complémentaires. On constate encore une fois que la protection sociale d'entreprise est conçue comme un palliatif aux insuffisances du régime légal.

Enfin, la complémentaire santé devra assurer un remboursement minimal des frais dentaires (à hauteur de 125 % des tarifs servant de base au calcul des prestations d'assurance maladie²²⁵) et optiques (dans la limite d'un forfait allant de 100 € pour une correction simple à 200 € pour une correction complexe sur une période de 2 ans²²⁶). Ces deux postes de soins s'imposaient comme une priorité pour les partenaires sociaux et le législateur. En effet, les études réalisées au cours des dernières années démontrent que les soins dentaires et les soins

²²¹ CSS, art. R. 322-1, 6°, 7°, 10° et 14.

²²² CSS, art. L. 162-5-3, avant dernier al.

²²³ CSS, art. L. 322-2, III.

²²⁴ CSS, art. L. 911-7, II, 2 et D. 911-1, 2°

²²⁵ CSS, art. D. 911-1, 3°.

²²⁶ CSS, art. D. 911-1, 4°.

optiques dans une moindre mesure sont les premiers soins auxquels les patients renoncent faute de bénéficier d'un remboursement suffisant.

Le panier de soins défini par le décret du 8 septembre 2014 reprend en grande partie le contenu des négociations des partenaires sociaux lors de la conclusion de l'ANI du 11 janvier 2014. La généralisation s'est donc limitée à certains risques ; sont uniquement visés par la loi les « *frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident* »²²⁷ et uniquement certaines prestations limitativement énumérées par décret, alors même que le domaine de la prévoyance au sens large est beaucoup plus vaste : décès, incapacité, invalidité, inaptitude. Or, les risques « *lourds* » sont ceux qui représentent le plus de dépenses pour les salariés. Ainsi, certains ont pu regretter que « *la prévoyance a été bradée pour une paire de lunettes à 150 €* »²²⁸.

116 - Obligation de financement. La généralisation du remboursement de certains frais de santé devant rester un avantage pour le salarié, implique de prévoir un financement équilibré entre la partie patronale et la partie salariale. Ainsi, l'article L. 911-7, II, du Code de la sécurité sociale impose que les cotisations patronales représentent au moins 50 % du financement de la couverture minimale²²⁹. Le panier de soins, défini par l'article L. 911-7 et les décrets d'application, constitue une garantie minimale, les entreprises ayant toujours la possibilité de prévoir par accord collectif ou décision unilatérale des modalités de remboursement davantage favorables. Dans cette hypothèse se pose la question de la part du financement patronale. Une interprétation littérale de l'article L. 911-7 conduit à cantonner la part patronale (celle qui doit représenter au moins la moitié du financement) aux seules garanties minimales fixées par cet article. Ainsi, l'acte fondateur du régime prévoyant des garanties supplémentaires pourrait prévoir que le financement de ces garanties – et uniquement celles-ci – serait assuré par une répartition différente. Une interprétation de l'administration sur ce point est souhaitable afin d'éviter tout redressement pour les entreprises désirant augmenter la protection complémentaire de leurs salariés. Elle ne permettrait cependant pas de sécuriser tout à fait l'employeur sur le terrain du droit du travail. Une interprétation extensive de cette condition aurait un effet défavorable sur les salariés. L'employeur serait alors incité soit à diminuer la couverture supplémentaire ou plus favorable pour parvenir à la condition du financement pour moitié, soit à résilier purement et simplement ces garanties pour appliquer uniquement les obligations minimales légales ou

²²⁷ CSS, art. L. 911-7.

²²⁸ Ph. Coursier, Quelle généralisation pour quelle couverture complémentaire santé ? : JCP S, 2013, 1268.

²²⁹ S'agissant des employeurs multiples et des salariés à temps partiel, la clé de répartition du financement de ces prestations doit être déterminée par un décret qui n'a pas encore été publié à ce jour.

conventionnelles. Une interprétation littérale du texte nous conduit cependant à retenir une interprétation restrictive. Selon l'article L. 911-7 dispose que « *chacune des catégories de garanties et la part du financement assurée par l'employeur sont au moins aussi favorables que celles mentionnées au II du présent article* », or le II prévoit que l'employeur « *assure au minimum la moitié du financement de cette couverture* ». L'expression « *cette couverture* » semble renvoyer uniquement aux garanties minimales du panier de soins et non aux garanties supplémentaires ou plus favorables. La part du financement patronal pourrait donc être inférieure à 50% dès lors que celui-ci prend à sa charge au moins la moitié du financement du panier de soins²³⁰.

II. La sanction des obligations de l'employeur

117 - Responsabilité en cas d'insuffisance des garanties. Lorsque l'employeur fait le choix d'une gestion externe du régime complémentaire (ce qui est souvent le cas en matière de frais de santé), il reste responsable à l'égard des salariés des engagements qu'il a pris dans le cadre de l'accord collectif ou de la décision unilatérale ayant institué le régime. Ainsi, dans l'hypothèse où la couverture santé assurée par l'organisme gestionnaire serait insuffisante à celle prévue par l'accord collectif, l'employeur resterait débiteur à titre principal de la prestation complémentaire non perçue par le salarié²³¹. En cas d'affiliation auprès d'une caisse prévoyant une garantie moindre que la garantie conventionnelle, ou en cas de défaut d'affiliation, l'employeur sera tenu de combler la différence entre les deux couvertures. Le schéma triangulaire de la prévoyance n'empêche pas les salariés de se prévaloir à l'égard de l'employeur de la convention collective ou de la décision unilatérale qui institue le remboursement complémentaire des frais de santé. L'engagement de l'employeur de souscrire un contrat d'assurance en matière de frais de santé constitue une obligation de résultat se traduisant par un droit, pour les salariés, à être couvert en cas de survenance du risque. En cas de delta entre la protection garantie par accord et celle assurée par l'organisme externe, le salarié pourra agir contre l'employeur en réparation du préjudice subi du fait de la discordance des couvertures.

²³⁰ Cette interprétation est notamment défendue par Franck Wismer qui souligne les implications politiques de cette question. « *D'une certaine manière, exiger de l'employeur prenne au moins 50% de toute prime finançant une garantie collective de frais de santé est une façon indirecte de majorer cette assiette* » (F. Wismer, *De quelques problèmes d'application, Semaine sociale Lamy 2015, n°1669*).

²³¹ Cass. soc., 19 juin 1990 : Bull. civ. 1990, n°294 : « l'employeur tenu de respecter les dispositions de la convention collective du bâtiment n'avait pas assuré au salarié, par son affiliation à un régime de prévoyance suffisant, la couverture sociale conventionnellement prévue à laquelle celui-ci ne pouvait renoncer (...) il devait, en application desdites dispositions en supporter la charge complémentaire ».

L'obligation pour l'employeur de souscrire un contrat de remboursement en matière de frais de santé est une obligation relevant du droit du travail permettant au salarié de demander des dommages et intérêts devant le Conseil des prud'hommes. A contrario, il n'est pas certain que le non-respect de ces obligations permette aux Urssaf de sanctionner l'employeur en le privant des exonérations de cotisations de sécurité sociale prévues à l'article L. 242-1 alinéa 6 du Code de la sécurité sociale. D'une part, les Urssaf ne sont pas compétentes pour statuer sur les relations entre l'employeur et le salarié. D'autre part, le respect du panier de soins ne figure pas parmi les conditions d'exonération prévues à l'article L. 911-7.

118 - Le non-respect du délai légal. La généralisation de la complémentaire dans les entreprises relevant du secteur privé devrait être réalisée au plus tard le 1^{er} janvier 2016. Cependant, ni les partenaires sociaux ni le législateur n'ont prévu de sanction en cas de défaillance. Les salariés non couverts pourraient, à notre sens, engager la responsabilité de l'employeur afin d'obtenir des dommages et intérêts en raison du préjudice résultant de la perte de chance d'être remboursés des frais énumérés par l'article D. 911-1 du Code de la sécurité sociale²³².

119 - La compétence du Conseil des prud'hommes. Le litige opposant l'employeur et le salarié ayant subi un préjudice du fait de l'insuffisance des garanties de prévoyance relève de la compétence du Conseil des prud'hommes. Il a été jugé que « *le litige opposant des salariés à leur employeur était né de l'exécution du contrats d'assurance souscrits par ce dernier au profit de l'ensemble de son personnel, constitutifs d'un avantage social complémentaire et accessoire du contrat de travail, la cour d'appel a donc légalement justifié sa décision, lorsqu'elle a déclaré la juridiction prud'homale compétente pour connaître du litige opposant l'employeur à certains de ses salariés, quant à l'exécution d'un contrat d'assurance décès, invalidité, souscrit à leur profit pour la couverture des risques professionnels* »²³³. La Cour de cassation a retenu la même solution s'agissant d'un avantage de retraite complémentaire dû au salarié en vertu d'un accord collectif en considérant que cet avantage résultait du contrat de travail²³⁴. Il s'agit d'un litige individuel survenant à l'occasion du contrat de travail qui relève en tant que telle de la compétence d'attribution du Conseil de prud'hommes²³⁵. C'est donc la

²³² Décret n°2014-1144 du 8 oct. 2014, JO 9 oct. 2014 ; JCP S 2014, act. 372.

²³³ Cass. soc. 8 mars 1995, n°91-45.445.

²³⁴ Cass. soc., 10 juill. 2002, n°00-40.816. V. aussi plusieurs décisions de la Cour d'appel de Douai (CA Douai ch. soc. n°1147/07, RG 06/01323, n°1128/07 RG 06/01324, n°1131/07 RG 06/01322, n°1145/07 RG 06/01311) qui ont considéré qu'un litige relevant de l'article 4 de la loi Evin du 31 décembre 1989 relève de la compétence du Conseil des prud'hommes. Ces arrêts infirment la position retenue par les premiers juges qui avaient considéré que le litige ne concernait que le contrat d'assurance, ce qui excluait la compétence du Conseil des prud'hommes.

²³⁵ C. Trav., art. L. 1411-1.

nature de l'avantage en cause qualifié d'« *avantage social complémentaire et d'accessoire du contrat de travail* » qui justifie la compétence prud'homale.

Lorsque le litige oppose un bénéficiaire ou un ayant-droit de la garantie, autre que le salarié, et l'employeur, il convient d'identifier l'objet du litige et de déterminer si celui-ci porte sur le contrat d'assurance ou sur le contrat de travail. Si le différend porte sur l'exécution du contrat de travail ou de la convention collective, par exemple en cas de défaut d'affiliation ou de non-respect par l'employeur du niveau de garantie fixé par le contrat, ce dernier engage personnellement sa responsabilité et le litige relève de la compétence du Conseil des prud'hommes. *A contrario*, si les obligations de l'employeur tenant à l'affiliation du salarié à un régime suffisant et au paiement des cotisations ont été correctement exécutées, le litige doit être porté contre l'organisme assureur devant le tribunal de grande instance. Dans cette hypothèse, l'objet du litige ne concerne plus un avantage rémunérateur lié au contrat de travail mais l'exécution du contrat d'assurance.

120 - L'intervention de l'AGS. L'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'égard de l'employeur, en cas de défaut de paiement de cotisations ou de défaut d'affiliation des salariés à une complémentaire santé suffisante, soulève la question du champ d'intervention de l'Association de Garantie des Salaires (AGS). Cette garantie s'étend aux sommes dues aux salariés « *en exécution de leur contrat de travail à la date du jugement d'ouverture de toute procédure de redressement ou de liquidation judiciaire* »²³⁶. Afin de déterminer si la garantie AGS a vocation à intervenir, il convient d'identifier la source et la nature de l'obligation inexécutée. La Cour de cassation considère que le champ de garantie dépasse celui du contrat pour s'étendre aux obligations imposées à l'employeur par le statut collectif. Ainsi, elle a condamné l'AGS à prendre en charge les indemnités journalières et le remboursement des frais médicaux après avoir constaté que le principe de ces indemnités, leurs conditions d'attribution et leurs modes de calcul étaient déterminés par la convention collective applicable²³⁷. De même, dès lors que l'employeur n'a pas affilié le salarié à la caisse complémentaire de prévoyance en méconnaissance de ses obligations, la créance de réparation du préjudice qui en résulte, née avant l'ouverture de la procédure collective, doit être garantie par l'AGS²³⁸. Le lien de l'avantage complémentaire à l'emploi du salarié et son institution par le statut collectif permettent de justifier l'intervention de la garantie AGS en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de l'employeur qui aurait manqué à son obligation d'affiliation ou de paiement des cotisations. Le financement des

²³⁶ C. Trav., art. L. 3253-6.

²³⁷ Cass. soc., 28 oct. 1997 : Bull. civ. v, n°338.

²³⁸ Cass. soc., 25 janv. 2012 : JCP 2012, 1111, note D. Chenu

garanties mises en place au titre d'un régime de frais de santé est un enjeu particulièrement important de l'entreprise pour laquelle une telle protection représente un coût considérable mais peut également présenter des avantages.

Section 2 – Le financement de la complémentaire santé

121 - Afin d'assurer le financement de la couverture complémentaire de ses salariés en matière de frais de santé, l'employeur recourt le plus souvent à un organisme assureur extérieur à l'entreprise (Sous-section 1). La gestion externe du régime est alors alimentée par des cotisations salariales et patronales qui bénéficient d'un régime fiscal et social destiné à inciter les entreprises à améliorer la protection sociale complémentaire de leur personnel (Sous-section 2).

Sous-section 1 – Le choix de l'organisme assureur

122 - Les règles relatives au choix de l'organisme assureur ont été profondément modifiées par l'intervention du législateur et la jurisprudence du Conseil constitutionnel, obligeant les branches d'entreprise à revoir leur politique en matière de prévoyance. Désormais, la liberté de choix de l'organisme assureur est érigé en principe (§ 1) sans que ce dernier soit absolu puisqu'il est permis aux accords de branches d'en limiter les effets (§ 2).

§1. La liberté de choix de l'organisme assureur

123 - Désignation et migration. Le choix de l'organisme assureur a suscité un contentieux important tant au niveau communautaire qu'au niveau national – constitutionnel, administratif et judiciaire – et des décisions parfois contradictoires. Deux types de clauses présents dans les accords collectifs de prévoyance ont été mis en cause. Il s'agit d'une part, des clauses dites de désignation, qui font obligation aux entreprises relevant du champ d'application de l'accord de branche de souscrire des garanties qu'il prévoit auprès d'un ou plusieurs organismes assureurs que cet accord désigne, et d'autre part, des clauses dites de migration, qui imposent à celles des entreprises qui étaient dotées d'un dispositif propre de couverture pour les risques couverts par l'accord de branche, ou les stipulations contenues dans la convention collective nationale de la branche de résilier leur contrat d'assurance et de se placer sous le régime défini par l'accord de branche et mis en œuvre par le ou les organismes désignés. Or, ces deux types de clauses ont fait l'objet d'une décision d'inconstitutionnalité par le Conseil constitutionnel emportant d'importantes conséquences sur le marché de la prévoyance

complémentaire. Les clauses de désignation sont donc appelées à disparaître (I) malgré la survie temporaire des dispositions conventionnelles antérieures au 13 juin 2013 (II).

I. La fin des clauses de désignation

124 - Le fondement des clauses de désignation. La désignation de l'organisme renvoie à la problématique de l'équilibre entre la mutualisation des risques et le respect de la libre concurrence. Le principe était que le droit de la concurrence devait s'effacer devant les « *exigences de la solidarité* »²³⁹ qui poursuivait un intérêt général dépassant les enjeux du droit commercial. Les clauses de désignation fondées sur un objectif légitime ont révélées de mauvaises pratiques. En vertu du principe de péréquation des risques, les branches professionnelles ont désigné un organisme assureur afin de permettre aux entreprises ayant un risque de sinistralité plus fort d'être assurées dans des conditions financières acceptables. Mais en pratique 4% des organismes complémentaires, principalement des institutions de prévoyance, bénéficiaient de 90% des désignations conventionnelles ce qui a conduit à s'interroger sur la transparence du dispositif et une éventuelle « *captation* » du marché de la complémentaire santé par les organismes paritaires. Dans un premier temps, cette situation ne créait pas de difficulté puisque les compagnies d'assurance étaient très souvent liées aux institutions de prévoyance via des opérations de réassurance. Certains scandales, et notamment celui de la Convention de branche des salariés des cabinets d'avocat, ont suscité des soupçons de financement des organisations patronales par les institutions de prévoyance. La loi du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale a d'ailleurs réformé les conditions de financement du paritarisme dans un souci de clarification. Les clauses de désignation ont ainsi fait l'objet de plusieurs contestations tant devant le juge communautaire, que devant le juge interne, constitutionnel, administratif ou judiciaire, arrivant, parfois, à des solutions contradictoires.

125 - La jurisprudence communautaire. Avant la décision du Conseil constitutionnel, la position des clauses de désignation paraissait d'autant plus solide qu'elle avait passé avec succès l'examen de sa conformité au droit communautaire au regard du droit de la concurrence, de la prohibition des ententes entre les entreprises (art. 101 TFUE) et des positions dominantes abusives (art. 102 TFUE). Dans son célèbre arrêt Albany du 21 janvier 1999²⁴⁰ la Cour de justice avait jugé que les dispositions des traités « ne s'opposent pas à la

²³⁹ J.-J. Dupeyroux, *Les exigences de la solidarité*, Dr. soc. 1990. 741.

²⁴⁰ CJUE, 21 sept. 1999, aff. C-67/96, AJDA 2000. 307, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; Dr. soc. 2000. 106, note X. Prétot ; Dr. soc. 2003. 751, chron. Sean Van Raepenbusch ; RDSS 2000.212, étude F. Muller ; RTD eur. 2000.335, chron. J.-B. Blaise.

décision des pouvoirs publics de rendre obligatoire, à la demande des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs d'un secteur déterminé, l'affiliation à un fonds sectoriel de pension », ni « à ce que les pouvoirs publics confèrent à un fonds de pension le droit exclusif de gérer dans un secteur déterminé un régime de pension complémentaire ». S'agissant de la prohibition des ententes entre entreprises (art. 101 TFUE), la CJUE considère qu'en raison de leur nature et de leur objet les accords de protection sociale complémentaire doivent être exclus du champ d'application des dispositions du traité. Il s'agissait de concilier les principes de libre concurrence et le droit fondamental de la négociation collective garantis par le droit de l'Union. Or, la Cour de justice considère, d'une part, que la négociation collective consiste par nature à créer une « entente » entre les participants à la négociation. L'application du droit de la concurrence aurait pour effet de neutraliser tout processus de conclusion d'accords collectifs. D'autre part, l'objet des accords complémentaires de prévoyance qui poursuivent des objectifs de politique sociale justifie que les dispositions relatives à la prohibition des ententes entre entreprises se trouvent écartées. S'agissant de l'interdiction de l'abus de position dominante (art. 102 TFUE), la Cour de justice rappelle que le fait d'occuper une position dominante sur le marché par rapport aux autres entreprises y adhérant ne viole pas nécessairement les dispositions du traité en l'absence d'exploitation abusive de cette position. Or, l'activité qui consiste à renforcer la protection complémentaire en matière de prévoyance poursuit un « degré élevé de solidarité » et constitue une activité économique d'intérêt général au sens de l'article 106 TFUE excluant toute hypothèse d'abus. Cette position étant « nécessaire pour permettre à [son] titulaire d'accomplir les missions qui lui ont été imparties dans des conditions économiques acceptables »²⁴¹. C'est l'exercice du droit fondamental de la négociation collective et leur finalité sociale objet social poursuivi par les accords collectifs instituant un régime complémentaire de remboursement des frais de santé qui justifient un aménagement aux libertés économiques garanties par le traité. Exceptionnellement, en matière de prévoyance, la jurisprudence communautaire fait prévaloir l'Europe sociale sur l'Europe économique. Les clauses de désignation avaient également été validées, sur ce même fondement, par la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. A la suite de la jurisprudence communautaire, la Cour de cassation avait décidé que la gestion d'une garantie de protection sociale complémentaire obligatoire pouvait échapper aux règles de la concurrence si elle

²⁴¹ CJUE, 3 mars 2011, aff. C-437/09, AG2R AJDA 2011. 1007, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; RFDA 2011. 1125, chron. L. Clément-Wilz, F. Martucci et C. Mayeur-Carpentier ; RSC 2012. 315, chron. L. Idot ; RTD eur. 2011. 829, obs. J.-B. Blaise.

poursuivait un « *objectif social* »²⁴², cet objectif social ne pouvant être réalisé si une partie des entreprises concernées ne participait pas à la mutualisation des risques.

La désignation par accord collectif d'un assureur unique en matière de frais de santé devait être définitivement consacrée par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013. Dans le cadre du processus législatif généralisant la couverture complémentaire santé aux entreprises du secteur privé, le projet de loi revenait sur la solution retenue par les partenaires sociaux, l'ANI du 11 janvier 2013 prévoyant que les entreprises devaient rester libres du choix de l'organisme assureur garantissant le remboursement des frais médicaux²⁴³. La consécration des clauses de désignation par le nouvel article L. 912-1 avait cependant suscité des débats animés. D'une part, le Sénat avait voté contre l'adoption du texte permettant à un accord collectif d'imposer un organisme assureur déterminé. D'autre part, l'Autorité de la concurrence, dans son avis du 29 mars 2011, s'était prononcée en défaveur de cette pratique conventionnelle en considérant que ces désignations étaient susceptibles de constituer une atteinte au libre jeu de la concurrence²⁴⁴. Elle avait constaté que 90% des désignations étaient confiées à des organismes représentant un peu plus de 4% du nombre des entreprises d'assurance, et en avait conclu que cette pratique « *[était] à même de susciter des préoccupations quant aux motifs pouvant justifier une telle disproportion dans le type d'organismes retenus* »²⁴⁵. Adopté inchangé dans sa dernière lecture, l'article 1^{er} de la loi du 14 juin 2013 a fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel.

126 - La jurisprudence constitutionnelle. A l'occasion d'un recours présenté par plusieurs parlementaires, le Conseil constitutionnel a déclaré l'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale qui fondait la légalité des clauses de désignation, en raison de l'atteinte disproportionnée que ces dispositions portaient à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle²⁴⁶. « *Il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par un intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif*

²⁴² Cass. soc., 5 déc. 2012, n°11-18.716 : RTD sanit. soc. 2013, p. 144, note F. Kessler.

²⁴³ Les organisations patronales ayant obtenu le renoncement aux clauses de désignation pour les régimes de frais de santé et la généralisation de procédures transparentes comme contreparties à la généralisation de la complémentaire santé.

²⁴⁴ F. Wismer, *Prévoyance collective et clause de désignation d'organisme assureur : application de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013*, SSL 2014, n° 366.

²⁴⁵ Avis de l'autorité de la Concurrence n013-A-11 du 29 mars 2013.

²⁴⁶ Ce faisant le Conseil constitutionnel a conféré pour la première fois valeur constitutionnelle au principe de la liberté contractuelle. La liberté d'entreprendre avait déjà acquis valeur constitutionnelle depuis une décision n°81-132 DC du 16 janv. 1982, Nationalisation. A contrario, le Conseil constitutionnel refuse de reconnaître une telle valeur à la liberté de la concurrence (Cons. const. Déc. n°2010-89 QPC du 21 janv. 2011, Sté Chaud Colatine).

*poursuivi*²⁴⁷ ». Le juge constitutionnel a reconnu que les clauses de désignation poursuivaient un intérêt général, celui de faciliter l'accès de toutes les entreprises d'une même branche à une protection complémentaire et de permettre une mutualisation des risques. Cependant, les contraintes légales imposées aux entreprises étaient trop importantes. L'atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle est disproportionnée car l'article L. 912-1 aboutit à lier une entreprise « avec un contractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini ». Cette atteinte est d'autant plus avérée lorsqu'elle aboutit à contraindre une entreprise, qui pourrait être liée par un contrat conclu avec un autre organisme. La décision du Conseil constitutionnel a été confirmée dans le cadre d'une décision QPC du 18 octobre 2013²⁴⁸.

L'invalidation des clauses de désignation a profondément modifié le paysage de la protection sociale complémentaire. En privilégiant la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel a reconnu la « nécessaire concurrence entre les régimes conventionnels de protection sociale complémentaire »²⁴⁹. En raison de leur nature conventionnelle, les régimes complémentaires ne sauraient échapper à l'application du droit de la concurrence. Cette solution est cependant en contradiction avec la jurisprudence communautaire qui se montre, de manière surprenante, plus sociale alors que le juge constitutionnel français semble privilégier les libertés économiques. La disparition de la désignation est susceptible d'avoir des conséquences catastrophiques pour les organismes assureurs propres à une certaine branche d'activité, si les principales entreprises représentatives de ce secteur d'activité décident de changer d'organisme assureur. La seule solution pour ces organismes consiste à revoir le contenu de leur contrat d'assurance afin d'assurer des garanties au moins aussi favorables que celles offertes par les organismes assureurs généralistes. Le Conseil constitutionnel a cependant assorti sa décision d'inconstitutionnalité d'une réserve qui limite l'application temporelle de sa jurisprudence.

II. La survie des clauses de désignation

127 - Le champ de la réserve de constitutionnalité. La survie des clauses de désignation renvoie tout d'abord aux difficultés d'application dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité résultant de la décision du 13 juin 2013. Si la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale prend effet à

²⁴⁷ Cons. Const. 13 juin 2013 n°2013-672 DC, Loi relative à la sécurisation de l'emploi, consid. N°11 et 12 : B. Serizay JCP E 2013, 1395 ; G. Briens JCP S 2013, étude 1308.

²⁴⁸ Cons. Const., 18 oct. 2013, n°2013-349 QPC.

²⁴⁹ Ph. Coursier, *Protection sociale et droit de la concurrence : une problématique faussement simple*, Gaz. Pal. 2014, n°235.

compter de la publication de sa décision, le Conseil constitutionnel a décidé qu'« *elle n'est toutefois pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication, et liant les entreprises* » aux organismes désignés (considérant 14). La portée de cette exception a suscité des interrogations qui ont nécessité une intervention du Conseil d'Etat sollicitée par le gouvernement. Selon que le terme de *contrat* renvoie au seul contrat d'assurance conclu entre l'employeur et l'assureur, ou qu'il renvoie plus largement à l'accord collectif contenant la clause de désignation les conséquences seront différentes s'agissant de la durée et de la période de survie des clauses de désignation. La première interprétation limite de fait la portée de l'exception puisque le contrat d'assurance est susceptible d'être résilié tous les ans, sous réserve de respecter un délai de préavis de deux mois²⁵⁰. La désaffiliation des employeurs du contrat d'assurance de groupe pourrait avoir des effets dévastateurs altérant l'économie générale de l'accord. Du fait de la perte des contributions de ces entreprises, la mutualisation des risques ne serait plus assurée et le régime ne serait plus en mesure de remplir son objectif de solidarité. Il est probable que ce soient considérations qui aient conduit le Conseil d'Etat à retenir la seconde interprétation selon laquelle le « *contrat* » au sens du considérant 14 de la décision du Conseil constitutionnel renvoie non au contrat d'assurance mais à l'accord collectif conclu entre l'employeur et les organisations syndicales.

Une première lecture du considérant 14 aurait pu conduire à retenir une interprétation restrictive en ce que le *contrat* ne semble désigner que les entreprises et les organismes assureurs. Le Conseil d'Etat a cependant soulevé plusieurs arguments allant dans un sens contraire. Le premier argument est textuel et tiré des termes du considérant 14 lui-même. Sont mentionnés les contrats « *pris sur le fondement* » de l'article L. 912-1 et non les contrats « *souscrits entre* » les entreprises et les organismes assureurs. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel montre un usage du terme du contrat qui tend à désigner l'acte de nature conventionnelle signé par les partenaires sociaux au niveau de la branche. Ainsi, il a été décidé que le législateur ne saurait imposer à une entreprise d'être « *liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini* ». De même, le Conseil constitutionnel conclut que « *les conventions déjà conclues continueront à produire leurs effets jusqu'à leur terme normal* ». Or, le terme *convention* est souvent utilisé pour désigner les accords conclus entre partenaires sociaux. Le dernier argument du Conseil d'Etat est plus politique et tient compte des réalités économiques du monde de la prévoyance. Il souligne que le nombre d'accords dans lesquels figurent une

²⁵⁰ CE, avis, 23 sept. 2013, n°387-895.

clause de désignation est important (50 pour la couverture complémentaire santé et 250 pour la prévoyance) et que la censure de l'article L. 912-1 aurait pour effet d'altérer fortement l'économie de ces accords en compromettant la mutualisation organisée par la désignation d'un assureur unique. L'interprétation extensive apparaît donc plus légitime d'autant que les partenaires sociaux pouvaient légitimement croire à la validité de ces clauses lors de la négociation de l'accord. D'aucuns soutiennent au contraire que toute limitation d'une liberté constitutionnelle doit être d'interprétation stricte, ce qui aurait du conduire les juges à retenir une appréciation littérale de la décision du Conseil constitutionnel. La Cour de cassation s'est pourtant ralliée à la position du Conseil d'Etat en considérant que les « *contrats en cours* » renvoient à l'accord collectif ayant procédé à la désignation de l'organisme assureur²⁵¹. Les clauses de désignation antérieures au 13 juin 2013 restent opposables aux entreprises signataires ou adhérentes à l'accord de branche ayant refusé de souscrire un contrat d'assurance auprès de l'organisme désigné.

128 - La durée de la réserve de constitutionnalité. Si l'on considère que le « *contrat en cours* » désigne le contrat d'assurance groupe, il convient de déterminer la durée pendant laquelle ce contrat continuera de produire effet. Selon le considérant 14, « *la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale [...] n'est toutefois pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication* ». Le commentaire de cette décision, aux Cahiers du conseil constitutionnel apporte davantage de réponses. Il précise que « *la censure de l'article L. 912-1 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* ». Selon le Conseil d'Etat, cette expression signifie que la poursuite de l'application de ces textes est nécessairement à durée définie, or, ces derniers sont souvent conclus pour une durée indéterminée²⁵². Une notion d'échéance s'impose néanmoins. Dans ce cadre, le Conseil d'Etat propose de retenir la date du réexamen périodique des accords de prévoyance, les partenaires sociaux étant tenus de réexaminer les modalités d'organisation et de mutualisation des risques, selon une périodicité maximale de cinq ans. La clause de désignation prévue par accord cessera donc de produire ses effets lors du réexamen périodique de celui-ci.

L'hypothèse d'une extension ou d'un élargissement ministériel de l'accord n'est plus envisageable, la décision ministérielle ne pouvant reposer sur une disposition déclarée inconstitutionnelle. En pratique cependant, la portée d'une convention collective est

²⁵¹ Cass. soc., 11 février 2015, n°14-13.538 : G. Briens, SSL 2015, n°1669.

²⁵² CE, avis, 23 sept. 2013, préc.

susceptible de s'étendre à de nouvelles entreprises notamment par le jeu de l'adhésion à une organisation patronale signataire, de la création d'une nouvelle entreprise relevant du champ matériel de l'accord ou d'une modification des contours d'entreprises existantes, par transfert, fusion, scission, conduisant à rendre les obligations prévues par les conventions ou accords antérieurs opposables aux entreprises concernées qui n'étaient pas liées par elle au moment de la publication de la décision du Conseil constitutionnel²⁵³. En tout état de cause, les clauses de désignation ont vocation à disparaître de manière définitive à partir de 2017. Si la fin des clauses de désignation est annoncée, les partenaires sociaux peuvent toujours influencer le choix de l'organisme assureur à travers le jeu des clauses de recommandation.

§2. Les limites du choix de l'organisme assureur

129 - A la suite de la censure des clauses de désignation par le Conseil constitutionnel, le gouvernement a souhaité réintroduire un dispositif plus souple via un amendement à la loi relative au financement de la sécurité sociale pour 2014 du 23 décembre 2013 instaurant des clauses de recommandation. Si les clauses de recommandation ont été validées dans leur principe par le Conseil constitutionnel, la majoration du forfait social attaché à leur non-respect a été déclarée inconstitutionnelle au motif d'une rupture d'égalité devant les charges publiques²⁵⁴. Ces clauses doivent répondre à des conditions de validité (I) mais leur efficacité sera limitée du fait de l'absence de véritable sanction (II).

I. Les conditions de validité des clauses de recommandation

130 - **La poursuite d'un degré élevé de solidarité.** L'article 14 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 a rétabli sous une autre forme la possibilité pour les partenaires sociaux de désigner un organisme assureur unique. Cependant, il ne s'agit que d'une simple recommandation et non d'une désignation, les entreprises liées par l'accord restant libres de souscrire leur contrat d'assurance auprès d'un autre organisme. Si le dispositif est moins contraignant pour les entreprises, la logique reste la même : celle de la mutualisation du risque au niveau de la branche afin de permettre à toutes les entreprises d'accéder à un contrat collectif en matière de complémentaire santé et ce pour un moindre coût. Désormais, l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale dispose que les « *accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 peuvent (...) prévoir l'institution de garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité et comprenant à ce titre des prestations à caractère non directement contributif, pouvant notamment prendre la forme*

²⁵³ CE, avis, 23 sept. 2013, préc.

²⁵⁴ Cons. const., 19 déc. 2013, décisis. n°2013-682 DC

d'une prise en charge partielle ou totale de la cotisation pour certains salariés ou anciens salariés, d'une politique de prévention ou de prestations d'action sociale ». Dans ce cadre, les partenaires sociaux ont la possibilité de recommander un ou plusieurs organismes, l'idée étant que la mise en place de droits non contributifs requiert nécessairement la constitution d'un « *pot commun* »²⁵⁵ alimenté par les cotisations de l'ensemble des entreprises liées par l'accord.

La première condition de validité des clauses de recommandation est donc relative à la poursuite d'un degré élevé de solidarité et donc d'un intérêt général justifiant une restriction de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre des entreprises. La rédaction de l'article L. 911-1 issue de la LFSS pour 2014 correspond à l'idée développée par le Conseil d'Etat selon laquelle un « *dispositif de recommandation d'un contrat hautement solidaire assorti d'un avantage fiscal* » pourrait seul échappé aux rigueurs du droit de la concurrence. Le système mis en place doit établir des garanties qui ne sont pas strictement proportionnées aux cotisations versées pour les salariés reposant sur des mécanismes de solidarité²⁵⁶. Ce degré élevé de solidarité pourrait être matérialisé selon trois modalités : une prise en charge partielle ou totale de la cotisation pour certains salariés ou anciens salariés, une politique de prévention et enfin une politique de prestations d'action sociale. L'utilisation de l'adverbe « notamment » suggère que les modalités envisagées par le législateur ne sont pas limitatives. Peut notamment être mise en place une solidarité entre les actifs et les retraités ou les salariés ayant perdu leur emploi. Or, le financement de cette solidarité engendre des coûts susceptibles de déséquilibrer le régime mis en place par l'accord. En tout état de cause, ces garanties non contributives doivent être financées soit de manière anticipée par les cotisations du chômeur ou du retraité pendant ses périodes d'activité, soit par les contributions des actifs relevant du même régime²⁵⁷. Par ailleurs, il est probable que la mise en place d'une seule de ces mesures ne suffise pas à caractériser un degré élevé de solidarité notamment s'agissant des actions de prévention qui sont souvent déjà prévues par les accords de prévoyance.

Le décret du 11 décembre 2014²⁵⁸ est venu définir les garanties présentant un degré élevé de solidarité. Elles peuvent d'abord résulter d'une prise en charge totale ou partielle de la cotisation de tout ou partie des salariés ou apprentis pouvant bénéficier des dispenses d'adhésion, ou de la cotisation de tout ou partie des salariés, apprentis ou anciens salariés dont la cotisation représente au moins 10% de leurs revenus bruts. Les accords poursuivant un

²⁵⁵ J. Barthélémy, *Les fondamentaux du droit de la PSC*, Dr. soc. 2013, p. 873.

²⁵⁶ B. Serizay, *Un bien curieux amendement*, SSL 2014.

²⁵⁷ B. Serizay, préc.

²⁵⁸ Décret n°2014-1498 du 11 décembre 2014 relatif aux garanties collectives présentant le degré élevé de solidarité mentionné à l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale.

degré élevé de solidarité peuvent également prévoir le financement d'actions de prévention concernant les risques professionnels ou d'autres objectifs de la politique de santé, relatifs notamment aux comportements en matière de consommation médicale, ces actions visant à réduire les risques de santé futurs et améliorer les conditions de vie au travail et la santé des salariés. Enfin, il peut s'agir de prestations d'action sociale prenant la forme d'une aide individuelle ou collective aux salariés, ces aides, attribuées suivant des critères définis par l'accord, leur permettant de faire face à la perte d'autonomie, y compris au titre des dépenses résultant de l'hébergement d'un adulte handicapé dans un établissement médico-social, aux dépenses liées à la prise en charge d'un enfant handicapé ou à celles qui sont nécessaires au soutien apporté à des aidants familiaux.

La mise en place de garanties « *non contributives* » soulève la question de leur financement. En effet, si ces garanties seront versées à titre gratuit ou en contrepartie d'une contribution très faible, il n'en reste pas moins qu'elles doivent être financées par les cotisations des autres personnes relevant du contrat. Le Code de la sécurité sociale prévoit désormais que les accords instituant des régimes « *hautement solidaires* » « *peuvent prévoir que certaines des prestations nécessitant la prise en compte d'éléments relatifs à la situation des salariés ou sans lien direct avec le contrat de travail les liant à leur employeur, sont financées et gérées de façon mutualisée, pour l'ensemble des entreprises entrant dans leur champ d'application* »²⁵⁹. L'utilisation du verbe « *pouvoir* » laisse penser qu'il s'agit d'une simple faculté pour les partenaires sociaux et non d'une condition de validité de la recommandation²⁶⁰. Le financement et la gestion des mécanismes d'action sociale prévus par l'accord seraient donc mutualisés. Les actions mises en œuvre par l'organisme seront financées par l'ensemble des entreprises relevant du champ d'application de l'accord. Certains auteurs ont pu relever le paradoxe. Si les entreprises ne sont pas tenues de souscrire un contrat d'assurance auprès de l'organisme recommandé, elles seront néanmoins tenues de financer les actions sociales prévues par l'accord collectif et justifiant le « *degré élevé de solidarité* »²⁶¹.

131 - La mise en concurrence des organismes assureurs. La seconde condition de validité des clauses de recommandation est liée au respect du droit de la concurrence. La LFSS pour 2014 a organisé une procédure de mise en concurrence préalable des différents organismes et institutions d'assurance « *dans des conditions de transparence, d'impartialité et d'égalité de*

²⁵⁹ CSS, art. L. 912-1, al. 7.

²⁶⁰ B. Serizay, *Un bien curieux amendement*, SSL 2013, n°1610.

²⁶¹ B. Serizay, préc.

traitement entre les candidats »²⁶² via la mise en place d'un appel d'offres dont les conditions ont été précisées par un décret du 8 janvier 2015²⁶³. Cette procédure s'applique lors de la conclusion de l'accord, ou de l'avenant, recommandant un ou plusieurs organismes assureurs ainsi qu'à chaque réexamen de la clause de recommandation²⁶⁴. La première étape de la procédure renvoie à la publication de l'avis d'appel à la concurrence informant les éventuels candidats des conditions de recevabilité des candidatures (délai de dépôts des candidatures, modalités d'envoi), des conditions d'éligibilité (agrément nécessaires), des critères d'évaluation des offres, leur pondération et leur hiérarchisation, et enfin du nombre maximum d'organismes susceptibles d'être recommandés. A ce stade de la procédure, les candidats peuvent demander à la commission le cahier des charges de l'appel d'offres qui comporte les garanties souhaitées ainsi que les modalités d'organisation du régime relatives notamment au financement, à la durée maximale de la recommandation et aux conditions de révision de la clause²⁶⁵. La seconde étape concerne la sélection des candidats elle-même qui doit se dérouler dans le respect d'une stricte égalité de traitement²⁶⁶. Elle débute par l'analyse de l'éligibilité des candidats au regard des conditions définies dans l'avis d'appel à la concurrence. Les candidatures sont ensuite examinées au regard du cahier des charges et classées en fonction des critères d'évaluation. A l'issue de la procédure, sont retenus le ou les candidats évalués le plus favorablement, chaque refus devant être motivé. Le respect de l'ensemble de la procédure de mise en concurrence est contrôlé par une commission paritaire qui veille au respect des principes de transparence de la procédure, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les organismes candidats. La commission a la possibilité de se faire assister par un expert. Ses membres ainsi que les experts auxquels elle a recours sont tenus au respect d'une obligation de confidentialité. Le respect des conditions de validité des clauses de recommandation fait l'objet d'une vérification régulière. Le troisième alinéa de l'article L. 911-1 dispose que l'organisme assureur « *adresse annuellement au ministre chargé de la Sécurité sociale un rapport sur la mise en œuvre du régime, le contenu des éléments de solidarité et son équilibre* ». Ce contrôle étatique aura pour objet de vérifier que les contrats contenant des clauses de recommandation prévoient bien un degré élevé de solidarité et respectent la procédure de mise en concurrence fixée par le décret n°2015-13 du 8 janvier 2015.

II. La portée limitée des clauses de recommandation

²⁶² CSS, art. L. 912, 4^e alinéa, II.

²⁶³ Décret n°2015-13 du 8 janvier 2015 relatif à la procédure de mise en concurrence des organismes dans le cadre de la recommandation prévue par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale.

²⁶⁴ En pratique, ce réexamen a lieu tous les cinq ans (CSS, art. L. 912-1).

²⁶⁵ CSS, art. D. 912-5.

²⁶⁶ CSS, art. D. 912-6.

132 - L'invalidation du forfait social. La loi de financement de la sécurité sociale pour 2014 dans sa rédaction initiale prévoyait un mécanisme d'incitation sociale à l'égard des entreprises qui souscrivaient un contrat d'assurance auprès de l'organisme désigné par la clause de recommandation. Si les entreprises liées par l'accord n'étaient pas juridiquement tenues de respecter la recommandation conventionnelle, le choix d'un autre organisme assureur entraînait une majoration du forfait social de 8 à 20%. Cette majoration permettait au gouvernement d'inciter fortement les entreprises à respecter les clauses de recommandations en préservant la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre qui avaient justifiées l'invalidation des clauses de désignation le 13 juin 2013²⁶⁷. Mais, cette « réintroduction » des clauses de désignation a été partiellement censurée par le Conseil constitutionnel²⁶⁸. En effet, si une simple recommandation, contrairement à une clause de désignation, ne porte pas atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, la différence des taux a été jugée trop importante, caractérisant ainsi une rupture d'égalité devant les charges publiques. L'introduction de cette disposition avait été très critiquée lors des débats parlementaires certains estimant que les clauses de recommandation étaient en réalité des « clauses de désignation déguisées ». Etant donné le caractère particulièrement incitatif de la mesure, il est vrai que la recommandation aurait pu avoir le même rôle que la désignation. Les sénateurs à l'origine de la saisine du Conseil constitutionnel soutenaient que l'article 14 de la LFSS pour 2014 avait pour effet de « contourner » les décisions du Conseil constitutionnel. Ce dernier a aisément écarté le grief tiré de la méconnaissance des libertés contractuelle et d'entreprendre en estimant que l'article 14 ne portait pas en lui même atteinte à ces libertés étant donné que les entreprises n'étaient pas obligées de s'affilier à l'organisme recommandé. En revanche, l'article 14 a été jugé contraire à l'article 13 de la Déclaration de 1789 et à l'égalité devant les charges publiques. Le Conseil constitutionnel a rappelé que la recommandation visant à faciliter l'accès de toutes les entreprises d'une même branche à une protection complémentaire et à assurer un régime de mutualisation des risques poursuivait un but d'intérêt général. Il a toutefois précisé la limite de ce but d'intérêt général en considérant que « *l'incitation des entreprises à adhérer à ce mode de mutualisation par des mesures fiscales ne saurait, au regard de l'égalité devant les charges publiques, justifier une différence de traitement que dans une mesure réduite compte tenu de la limitation du champ de la solidarité ainsi définie* ». Le Conseil constitutionnel constate que la majoration du forfait social aurait des conséquences financières très importantes pour les entreprises. L'objectif d'intérêt général poursuivi par les clauses de recommandation peut permettre au législateur d'assujettir les entreprises à des taux de forfait social différents, mais uniquement dans une

²⁶⁷ Cons. const., 13 juin 2013, préc.

²⁶⁸ Cons. const., 19 déc. 2013, préc.

mesure très limitée²⁶⁹. Le fait de prévoir une majoration de 8% à 20% est disproportionné par rapport au but poursuivi par les clauses de recommandation. Le législateur aurait dû prévoir un mécanisme incitatif moins strict même si celui-ci aurait été moins efficace. En tout état de cause, à la suite de la décision du Conseil constitutionnel le mécanisme incitatif a été supprimé de la rédaction de l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale.

133 - L'absence de sanction. Le non-respect de la recommandation présente dans l'accord instituant des garanties élevées de solidarité n'est donc passible d'aucune sanction financière pour l'entreprise. Dans ces conditions, il est permis de douter de l'efficacité de ce mécanisme et donc de la possibilité pour les régimes de prévoyance de poursuivre un objectif de solidarité. Aucune mutualisation ne peut être assurée puisque les entreprises liées par l'accord sont libres de choisir un organisme différent non seulement lors de la mise en place du régime mais également à chaque réexamen de l'accord. *« De ce fait, le pot commun sur lequel sont prélevés les droits non contributifs ne sera pas suffisamment alimenté et la mission d'intérêt général économique confiée à l'organisme recommandé ne peut être assurée »*²⁷⁰. La solidarité pourrait être réintroduite grâce à l'alinéa 7 de l'article L. 912-1 qui n'a pas été censuré par le Conseil constitutionnel. Selon cet alinéa les accords poursuivant un degré élevé de solidarité peuvent obliger les entreprises relevant de leur champ d'application à participer au financement mutualisé des prestations nécessitant la prise en compte d'éléments relatifs à la situation des salariés ou sans lien direct avec le contrat de travail les liant à leur employeur. Cette disposition permettrait d'imposer aux entreprises de financer les mesures relevant de l'action sociale prévues par l'accord, quand bien même elle n'aurait pas souscrit de contrat d'assurance avec l'organisme recommandé.

Sous-section 2 – Le régime social des cotisations

134 - Les conditions d'exonération. La loi Fillon du 21 août 2003 a prévu un régime d'exonération de cotisations sociales pour les contributions patronales au financement des régimes de prévoyance complémentaire. Sont ainsi exclues de l'assiette des cotisations des assurances sociales, des accidents du travail et des allocations familiales²⁷¹, *« les contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de retraite et de prévoyance versées au bénéfice de leurs salariés, anciens salariés et ayants*

²⁶⁹ Cahiers du Conseil constitutionnel, commentaire de la décision du 13 juin 2013.

²⁷⁰ J. Barthélémy, *Les Sages et les accords de branche sur la prévoyance*, SSL 2014, n°1615.

²⁷¹ L'exonération prévue à l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale ne concerne que les cotisations sociales destinées à alimenter les caisses de la Sécurité sociale. A contrario, les contributions (CSG/CRDS à hauteur de 8%, forfait social à hauteur de 20%, taxe de prévoyance, contributions spécifiques sur les régimes de retraite à cotisations définies) restent dues. Le forfait social s'applique aux sommes exonérées de cotisations sociales mais soumises à CSG/CRDS

droits »²⁷². Ce traitement social de faveur est soumis à un ensemble de conditions. La première condition tient à la formalisation du régime. Pour bénéficier des exonérations de cotisations sociales le régime de protection sociale complémentaire doit obligatoirement être mis en place par accord collectif, par accord référendaire ou par décision unilatérale de l'employeur. Ensuite l'exonération ne peut concerner que les garanties de retraite et de prévoyance à l'exclusion des contributions se substituant à « *d'autres éléments de rémunération au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, à moins qu'un délai de douze mois ne se soit écoulé entre le dernier versement de l'élément de rémunération en tout ou partie supprimé et le premier versement desdites contributions* ». Mais les conditions présentant le plus de difficultés sont celles relatives aux caractères du régime de remboursement de frais de santé lui-même. Ce dernier doit, d'une part, présenter un caractère obligatoire et collectif (§1), et d'autre part, respecter les critères des contrats « solidaires et responsables » (§2).

§1. La mise en place d'un régime collectif et obligatoire

135 - La première condition tenant au caractère collectif et obligatoire du régime a été posée par la loi du 21 août 2003. Sont exclues de l'assiette des cotisations de sécurité sociale les cotisations qui « *revêtent un caractère obligatoire et bénéficient à titre collectif à l'ensemble des salariés ou à une partie d'entre eux sous réserve qu'ils appartiennent à une catégorie établie à partir de critères objectifs déterminés par décret* »²⁷³. Tant le caractère collectif (I) que le caractère obligatoire (II) des garanties ont suscité des difficultés d'interprétation.

I. La condition tenant au caractère collectif du régime

136 - Pour être qualifié de collectif, le régime doit couvrir de manière uniforme (B) l'ensemble des salariés présents dans l'entreprise ou à défaut l'ensemble des salariés formant une catégorie objective (A).

A. L'appartenance à une catégorie objective

137 - **La définition des critères.** Le caractère collectif du régime suppose que tous les salariés placés dans une même situation, eu égard à leur activité professionnelle, bénéficient du même niveau de prestation. Les garanties doivent donc en principe couvrir l'ensemble des

²⁷² CSS, art. L. 242-1, alinéa 6.

²⁷³ CSS, art. L. 242-1, alinéa 6.

salariés. Elles peuvent cependant ne couvrir qu'une catégorie de salariés dès lors qu'il s'agit d'une catégorie définie de manière objective. La notion de catégorie objective a été définie par le décret n°2012-25 du 9 janvier 2012²⁷⁴ récemment complété par un décret du 8 août 2014²⁷⁵. Le pouvoir réglementaire a consacré en grande partie la doctrine administrative antérieure qui résultait d'une circulaire du 30 janvier 2009. Pour être collectives, les garanties de prévoyance complémentaires doivent bénéficier à l'ensemble des salariés ou du moins à une partie d'entre eux sous réserve qu'ils appartiennent à une ou plusieurs catégories objectives de salariés définies par ces textes. Les décrets du 9 janvier 2012 et du 8 juillet 2014 prévoient cinq catégories présumées objectives : il s'agit de l'appartenance aux catégories cadres et non cadres telles que définies par les régimes de retraite complémentaire, le seuil de rémunération, la place dans les catégories professionnelles, la responsabilité du salarié par référence à la nature des fonctions, à l'autonomie ou à l'ancienneté dans le travail et enfin les sous-catégories professionnelles ou l'appartenance du salarié à un régime de sécurité sociale spécifique sous réserve de justifier d'une différence de situation. Sur les cinq critères réglementaires permettant de caractériser une catégorie objective²⁷⁶, seuls les deux premiers sont applicables à la couverture frais de santé, et ce uniquement si tous les salariés bénéficient de la couverture. Les catégories cadres et non cadres sont définies par rapport à l'affiliation aux régimes complémentaires Agirc-Arcco. Cette distinction doit être entendue strictement. Ainsi, les employés, techniciens et agents de maîtrise doivent être intégrés dans la catégorie des cadres ou celle des non cadres mais ne sauraient constituer une catégorie objective de salariés de façon isolée²⁷⁷. En revanche, il n'est pas nécessaire que l'acte instituant les garanties définisse les notions de cadres et de non cadres²⁷⁸.

S'agissant du deuxième critère permettant de caractériser une catégorie objective, le décret du 8 juillet 2014 a modifié les termes du décret précédent. L'article R. 242-1-1 du Code de la sécurité sociale fait désormais référence aux seuils de rémunération, et non plus aux tranches de rémunération, déterminés obligatoirement à partir des limites inférieures des tranches de rémunération fixées par les régimes de retraite complémentaire (Arrco-Agirc). Pour

²⁷⁴ Les dispositions du décret du 9 janvier 2012 ont fait l'objet d'interprétations de la part de l'administration sous la forme d'une circulaire DSS du 25 septembre 2013 et d'une lettre circulaire ACOSS du 4 février 2014.

²⁷⁵ Décret n°2014-1025, 8 sept. 2014 relatif aux garanties d'assurance complémentaire santé des salariés mises en place en application de l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale : JCP S 2014, act. 322.

²⁷⁶ CSS, art. R. 242-1-1 et s.

²⁷⁷ Lettre-circ. ACOSS n°20140000002, 14 févr. 2014, QR 1. En revanche, constituent une catégorie objective les non cadres définis comme les ouvriers et ETAM, ainsi que comme les ouvriers et ETAM à l'exception de ceux mentionnés au § 2 de l'article 36 de l'annexe I de la convention Agirc et à l'article 4 de la même convention.

²⁷⁸ La mention dans un acte des catégories de « cadres » et de « non cadres » sans autre précision ne remet pas en cause les exclusions de l'assiette sociale ; il s'agit alors d'une part des ingénieurs, cadres et dirigeants affiliés au régime général, et d'autre part, des ouvriers et ETAM (Circ. DSS/SD5B/2013/344, 25 sept. 2013).

L'appréciation de la rémunération, il doit être tenu compte de l'ensemble des éléments soumis à cotisations sociales. Il ne peut donc être considéré que seule la partie fixe du salaire, hors primes et hors part variable, serait prise en compte. Par ailleurs, les salariés dont la rémunération excède huit plafonds de la sécurité sociale ne constituent plus une catégorie objective. Or, rien ne permet de considérer que ces salariés ne se trouvent pas dans une situation objectivement différente de celle des autres salariés puisqu'une partie de leur rémunération ne leur permet pas de constituer des droits à la retraite²⁷⁹. Cette restriction permet de restreindre le champ des exonérations de cotisations préservant les fonds de la sécurité sociale.

138 - L'absence de présomption. Le respect des deux premiers critères réglementaires présume le caractère collectif du régime. En revanche, lorsque la présomption ne joue pas, il revient à l'employeur « *de justifier que la ou les catégories établies à partir de critères objectifs permettent de couvrir tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées* »²⁸⁰. L'utilisation des trois autres critères est possible mais elle doit être justifiée, il appartient en effet à l'employeur de démontrer l'existence d'une différence de situation entre salariés en lien direct avec l'objet de la prestation. L'employeur peut également invoquer tout autre élément susceptible d'établir que la différence de traitement est justifiée par une situation objective. S'agissant de la couverture frais de santé, il faudrait par exemple démontrer un degré d'exposition plus important. En revanche, sont exclus les critères relatifs au temps de travail, à la nature du contrat, à l'âge ou encore à l'ancienneté des salariés. Ces critères étant par nature discriminatoires²⁸¹. Par exception, le dernier alinéa de l'article R. 242-1-1 du Code de la sécurité sociale prévoit que les régimes de protection sociale complémentaire peuvent réserver le bénéfice de ce régime aux salariés justifiant d'une ancienneté minimale dans la limite de six mois. Cette condition d'ancienneté ne fait pas perdre au régime le bénéfice des exonérations de cotisations sociales. Cette disposition doit néanmoins être articulée avec la généralisation de la complémentaire santé imposée par la loi du 14 juin 2013. Le droit du travail impose aux employeurs de mettre en place, au plus tard au 1^{er} janvier 2016, un régime complémentaire de remboursement de frais de santé dans leur entreprise. Un régime peut être conforme aux règles d'exonération prévues par le droit de la sécurité sociale tout en étant

²⁷⁹ B. Serizay, *Protection sociale complémentaire : l'incohérence estivale résultant du décret du 8 juillet 2014... et d'autres à venir*, Gaz. Pal. 2014, n°235.

²⁸⁰ Par exemple, présente un caractère collectif un contrat de prévoyance « anti-agression » souscrit par un employeur du secteur de la grande distribution au profit de ses salariés appelés à intervenir en dehors des heures d'ouverture du magasin.

²⁸¹ C. Trav., art. L. 1132-1 et L. 1132-2.

contraire au droit du travail. L'employeur devra alors opérer un arbitrage entre le bénéfice des exonérations sociales et le risque de contentieux prud'homal.

139 - Catégorie objective et cadre dirigeant. Des accords de prévoyance complémentaire ont pu réserver un régime spécifique à certains de leurs salariés identifiés comme « cadres dirigeants » en fonction des niveaux ou des coefficients de rémunération conventionnels. La Cour de cassation a considéré, à propos de faits antérieurs à la loi de 2010 et au décret du 9 janvier 2012, que les cadres dirigeants pouvaient en effet constituer une catégorie objective de salariés. Or, les décrets du 9 janvier 2012 et du 8 septembre 2014 sont susceptibles de remettre en cause cette solution étant donné que la catégorie des cadres dirigeants ne correspond ni au premier critère, l'affiliation au régime Agirc couvrant l'ensemble des cadres, ni au deuxième critère se référant aux tranches de rémunération des régimes Arrco et Agirc. Par ailleurs, le décret du 8 juillet 2014 exclut de l'exonération de cotisations sociales les salariés ayant une rémunération supérieure à huit fois le plafond de la sécurité sociale, ce qui rend difficile la création d'une catégorie objective pour les cadres dirigeants. Cependant, au regard du principe de l'égalité de traitement, les salariés identifiés comme cadres dirigeants se trouvent bien dans une situation objective justifiant une différence de traitement. Le caractère objectif de la catégorie devra néanmoins être prouvé par l'employeur et ne pourra pas être présumé par l'utilisation des critères énoncés par les décrets du 9 janvier 2012 et du 8 juillet 2014.

Avant l'entrée en vigueur du décret du 9 janvier 2012, les entreprises classaient souvent les mandataires sociaux dans la catégorie des « *cadres dirigeants* ». L'administration a condamné cette pratique en considérant que les mandataires sociaux ne peuvent être rattachés à une catégorie objective de salariés, n'étant pas titulaires d'un contrat de travail, peu important qu'ils soient assimilés à des salariés en droit de la sécurité sociale. La Cour de cassation retient cependant une interprétation différente. Elle considère que « *la circonstance qu'en pratique seuls les mandataires sociaux appartiennent à la catégorie des cadres dirigeants ne remet pas en cause le caractère collectif du système de garanties, l'exonération prévue à l'article L. 242-1, al. 6, n'étant pas limitée aux contributions versées au profit de plusieurs salariés bénéficiaires des garanties souscrites* ». Par ailleurs, « *il importe peu que les personnes concernées ne bénéficient pas de l'assurance chômage et ne soient pas liées à l'entreprise par un contrat de travail* »²⁸². Aujourd'hui les mandataires sociaux peuvent donc être rattachés à une catégorie objective de salariés s'ils remplissent le ou les critères retenus pour définir cette catégorie. Par ailleurs, peu importe que les mandataires sociaux soient les

²⁸² Cass. soc., 10 juillet 2014, n°13-21.101.

seuls concernés dès lors que la règle implique l'affiliation obligatoire de tous les travailleurs embauchés ultérieurement et dont la qualification est celle de cadre dirigeant. L'intégration des mandataires sociaux à la catégorie des cadres dirigeants permet de les faire bénéficier du régime de complémentaire santé tout en conservant les exonérations de cotisations sociales. Une fois les salariés répartis en catégorie objective, il faut également s'assurer que les conditions du régime sont les mêmes pour l'ensemble des salariés appartenant à une même catégorie.

B. Le bénéfice d'une couverture uniforme

140 - Des garanties uniformes. Le caractère uniforme de la couverture complémentaire santé s'apprécie tant à l'égard des garanties collectives octroyées, qu'à l'égard du taux de cotisations. Les garanties collectives « *doivent être les mêmes pour tous les salariés ou pour tous ceux d'une même catégorie* »²⁸³. Les textes prévoient des aménagements à ce principe. Ainsi, « *pour les prestations de prévoyance complémentaire, le fait de prévoir des garanties plus favorables au bénéfice de certains salariés en fonction des conditions d'exercice de leur activité ne remet pas en cause le caractère collectif des garanties* »²⁸⁴. La portée de cette disposition peut prêter à confusion étant donné que les garanties de prévoyance sont plus souvent modulées en fonction de la situation familiale que de l'activité professionnelle²⁸⁵. En outre, les salariés ont la possibilité de souscrire pour eux-mêmes ou leurs ayants droits des « *garanties supplémentaires* », cette adhésion ne pouvant être que facultative. En cas de surcotisation versée par les salariés, il est possible d'envisager une majoration éventuelle des contributions de l'employeur mais cette dernière ne saurait être exonérée de cotisations de sécurité sociale²⁸⁶. Un régime complémentaire en matière de frais de santé peut donc prévoir deux volets, un volet obligatoire qui sera exonéré de cotisations, et un volet supplémentaire facultatif qui ne bénéficiera d'aucune exonération. En pratique, cette formule est souvent utilisée par les entreprises.

141 - Un taux de cotisation patronale uniforme. D'autre part, la contribution patronale doit être identique pour l'ensemble des salariés ou pour les salariés relevant d'une même catégorie. Le taux ou le montant de cotisation patronale doivent être uniformes quel que soit le niveau des salaires. En effet, si la rémunération peut être prise en compte pour augmenter ou diminuer le taux de cotisation en matière de retraite complémentaire, tel n'est pas le cas

²⁸³ CSS, art. R. 242-1-3, al. 1.

²⁸⁴ CSS, art. R. 242-1-3, al. 2.

²⁸⁵ P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, préc.

²⁸⁶ CSS, art. R. 242-1-5.

s'agissant des régimes de garanties « *frais de santé*. » Le taux de cotisation ne pourra pas être modulé en fonction des salaires sous peine de perdre le bénéfice attaché au caractère collectif du régime. En revanche, le décret du 8 juillet 2014 précise que le financement patronal des garanties « *frais de santé* » pour les ayants droits des salariés est exonéré de cotisations si leur affiliation est obligatoire. De même un partage du financement patronal est possible lorsque le salarié est sous la subordination de plusieurs employeurs de manière simultanée.

II. La condition tenant au caractère obligatoire du régime

142 - Le principe du caractère obligatoire. Pour que les contributions patronales au financement des garanties complémentaires bénéficient de l'exonération plafonnée de cotisations sociales, les « *complémentaires santé* » doivent être mises en place dans le cadre de régimes auxquels l'adhésion du salarié est obligatoire. Pour être obligatoire, le dispositif doit être ouvert à l'ensemble des salariés de la catégorie qui remplissent les conditions d'accès. En revanche, le respect du caractère obligatoire du régime de prévoyance n'est pas apprécié au regard des éventuels ayants droits du salarié pris en compte par l'accord collectif ou la décision unilatérale ayant institué le régime. Il suffit que la couverture des ayants droits soit uniquement obligatoire ou facultative, pour l'ensemble des bénéficiaires des garanties et non une partie d'entre eux²⁸⁷. Par exception, la mise en œuvre de l'article 11 de la loi Evin, qui prévoit que les salariés présents dans l'entreprise lors de la mise en place du régime par décision unilatérale ne peuvent être contraints à cotiser contre leur gré, ne remet pas en cause le caractère collectif du régime. En tout état de cause, la dispense d'adhésion permet uniquement au salarié de demander à ne pas adhérer au régime. Elle ne saurait autoriser l'employeur à exclure de manière unilatérale les salariés visés par ces dispenses du régime complémentaire de remboursement des frais de santé.

143 - Les hypothèses de dispenses d'adhésion. Le caractère obligatoire du régime de prévoyance n'est cependant pas remis en cause en cas de dispense d'adhésion lorsque les salariés concernés répondent aux conditions énoncées par le Code de la sécurité sociale²⁸⁸. Les facultés de dispense d'adhésion, malgré le caractère obligatoire du régime, peuvent bénéficier aux salariés et apprentis titulaires d'un CDD²⁸⁹, les travailleurs à temps partiel et les apprentis qui seraient conduits, en cas d'adhésion au régime obligatoire en vigueur dans l'entreprise, à payer une cotisation au moins égale à 10% de leur rémunération brute, les

²⁸⁷ CSS, art. R. 242-1-6 issu du décret D. n°2012-25, 9 janv. 2012 : JO, 11 janv.

²⁸⁸ CSS, R. 242-1-6.

²⁸⁹ Si la durée du contrat est d'au moins 12 mois, les salariés devront néanmoins justifier par écrit d'une couverture individuelle souscrite pour le même type de garanties.

salariés bénéficiaires de la CMU-C ou de l'ACS et les salariés couverts par une « *assurance individuelle frais de santé* » au moment de la mise en place des garanties (jusqu'à l'échéance de leur contrat individuel) et enfin les salariés qui « *sont déjà couverts par ailleurs* », notamment en tant qu'ayants droits, par une couverture collective trouvant sa source dans un dispositif de prévoyance conforme à l'un de ceux fixés par arrêté²⁹⁰. Il s'agit principalement des régimes d'entreprise prévoyant un caractère collectif et obligatoire au sens du Code de la sécurité sociale, des régimes du secteur public, ou encore des contrats d'assurance groupe des travailleurs non-salariés éligibles au régime fiscal de la loi Madelin²⁹¹. Le décret du 8 septembre 2014 prévoit qu'un salarié pourra demander une dispense d'obligation d'affiliation pour la couverture de ses ayants droit dans les mêmes conditions. En tout état de cause, l'acte fondateur du régime doit avoir prévu ces cas de dispense. Dans le cas contraire, les salariés ne pourront pas se prévaloir de la dispense d'affiliation, ou si cette dispense leur est néanmoins accordée, le régime perd son caractère obligatoire et donc le bénéfice d'un régime social favorable. S'agissant du processus de généralisation de la complémentaire santé, le décret du 8 septembre 2014 précise les conditions dans lesquelles certains assurés peuvent demander une dispense de l'obligation d'affiliation lorsque le régime frais de santé est mis en place par décision unilatérale de l'employeur²⁹². Le décret ne crée pas de nouveau cas de dispense, il reprend simplement le droit d'option offert par l'article 11 de la loi Evin aux salariés employés par l'entreprise lors de la mise en place par voie de décision unilatérale de l'employeur d'un système de garanties collectives.

144 - Le régime des dispenses d'adhésion. Le décret du 8 juillet 2014, sans modifier les cas de dispense issus du décret du 9 janvier 2012, est venu préciser le régime des dispenses d'adhésion. Avant 2014, seul un accord collectif ou un référendum, à l'exclusion de la décision unilatérale, pouvaient prévoir des dispenses d'adhésion. Désormais, cette faculté est ouverte de manière générale quel que soit l'acte juridique utilisé pour instituer les garanties de prévoyance. En tout état de cause, les facultés de dispense doivent être expressément énumérées dans l'acte juridique sous peine de la perte du caractère obligatoire du régime et de la réintégration du financement patronal dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale. Par ailleurs, le bénéfice de la dispense d'adhésion doit toujours relever du choix du salarié. La liberté du consentement du salarié est protégée par les textes qui précisent que la demande du salarié doit être accompagnée de la mention selon laquelle « *le salarié a été préalablement*

²⁹⁰ CSS, art. R. 242-1-6 issu du décret n°2012-25 du 9 janvier 2012.

²⁹¹ Arrêté du 26 mars 2012, relatif aux facultés de dispense d'adhésion à des systèmes de prévoyance collectifs et obligatoires mis en place dans les entreprises, JO 8 mai, p. 8494.

²⁹² CSS, art. D. 911-2.

informé par l'employeur des conséquences de son choix »²⁹³. Selon le décret du 8 juillet 2014, l'employeur est débiteur d'une obligation d'information et de conseil à l'égard du salarié relative d'une part, à l'existence de dispense d'affiliation, et d'autre part, aux enjeux et conséquences attachés à cette dispense (perte du bénéfice des garanties prévues par l'accord). Il est possible de s'interroger sur l'étendue et la portée de cette obligation : s'agit-il d'une simple information ou plus largement d'un devoir de conseil de l'employeur ? En tout état de cause, l'employeur qui manquerait à son devoir d'information pourrait être contraint d'indemniser le préjudice du salarié lié à la perte de chance d'avoir adhéré ou de ne pas avoir adhéré au contrat de prévoyance.

La loi de sécurisation de l'emploi a créé une obligation de négocier à l'égard des branches professionnelles sur la mise en place d'une couverture complémentaire en matière de frais de santé. Plusieurs accords de branche ont été conclus depuis le 14 juin 2013, et un certain nombre le seront peut-être encore, imposant que l'ensemble des salariés du secteur d'activité soient couverts par un régime frais de santé. L'articulation de ces accords de branche avec les accords d'entreprise antérieurs risque de poser des difficultés lorsque l'accord conclu au niveau de l'entreprise (ou la décision unilatérale prise par l'employeur) prévoit des dispenses d'adhésion au régime. Faut-il considérer que l'entrée en vigueur de l'accord de branche remet en cause ces dispenses d'adhésion ? Le principe de la hiérarchie des normes travaillistes semble conduire à une réponse positive sous réserve de l'application du principe de faveur. Or, la difficulté tient à l'appréciation du caractère plus favorable de la dispense d'adhésion. Pour certains auteurs, cela dépend « *selon que l'on considère que la dispense est une liberté laissée au salarié, par définition plus favorable que la contrainte ou au contraire que l'obligation d'adhérer protège le collaborateur en lui-même* »²⁹⁴. En tout état de cause, si l'accord collectif ou la décision unilatérale est globalement plus favorable que l'accord de branche il trouvera à s'appliquer.

§2. La mise en place d'un régime « solidaire et responsable »

145 - La responsabilisation des acteurs. Les contrats « *responsables* » sont apparus en 2004²⁹⁵ dans le cadre du parcours de soins coordonné qui avait pour finalité de responsabiliser les assurés, les praticiens et les organismes complémentaires d'assurance maladie. Sous réserve de respecter les règles dites de contrat responsable, les contributions des employeurs finançant des garanties portant sur le remboursement de frais de soins occasionnés par une

²⁹³ CSS, R. 242-1-6, avant dern. al.

²⁹⁴ F. Wismer, *De quelques problèmes d'application*, Semaine sociale Lamy 2015, n°1669.

²⁹⁵ CSS, art. L. 871-1 du Code de la sécurité sociale introduit par la loi n°2004-810 du 13 août 2004.

maladie, une maternité ou un accident bénéficient d'une exonération plafonnée de cotisations sociales²⁹⁶. Le respect du cahier des charges conditionne également la déductibilité fiscale de la cotisation salariale ainsi que l'application d'un taux de taxe sur les conventions d'assurance minoré de 7%. Le décret du 18 novembre 2014²⁹⁷, très attendu par les professionnels de l'assurance, formalise une seconde finalité : « limiter la solvabilisation par les organismes complémentaires des pratiques tarifaires excessives de certains professionnels ». Les contrats responsables ont également pour objet de limiter les pratiques de certains professionnels disposant d'une liberté tarifaire et abusant du dépassement d'honoraires. Ils prévoient des obligations de prise en charge et des dispositifs de plafonnement de certaines garanties dont les modalités d'application ont été précisées par une circulaire interprétative de la Direction de la sécurité sociale en date du 30 janvier 2015²⁹⁸.

146 - Obligations minimales de couverture. S'agissant du contenu obligatoire, pour être qualifiés de « responsables » les contrats collectifs doivent prévoir l'intégralité du remboursement du ticket modérateur²⁹⁹ ; des dépassements tarifaires des médecins n'ayant pas adhéré au contrat d'accès aux soins dans la double limite de 100% du tarif de responsabilité et du montant pris en charge pour les dépassements des médecins ayant adhéré au contrat d'accès aux soins, minoré d'un montant égal à 20% du tarif de responsabilité ; des dépenses optiques, de manière forfaitaire et du forfait journalier hospitalier. Le ticket modérateur peut être défini comme la différence entre le tarif de l'acte et le montant remboursé par la sécurité sociale. En d'autres termes, dès lors que la sécurité sociale prend en charge une partie seulement des dépenses de santé, le reste à charge constitue un ticket modérateur devant être pris en charge par le « contrat responsable » quelle que soit la nature des frais de santé concernés. Sont également concernés les tickets modérateurs afférents aux actes de prévention, ainsi que la participation forfaitaire de 18 euros appliquée au cours d'une hospitalisation dont les actes sont affectés d'un coefficient et/ou d'un tarif particulièrement élevés, dès lors qu'il s'agit bien d'un ticket modérateur. Les seules exceptions concernent les médicaments d'homéopathie ou dont le service médical rendu est faible ou modéré et les frais de cure. Le remboursement du forfait hospitalier appliqué par la Sécurité sociale doit être pris en charge par le « contrat responsable » sans limitation de durée possible, ce qui semble exclure l'application d'une période dite de « carence » ou des clauses d'exclusion³⁰⁰. La circulaire du 20 janvier 2015 précise que ne sont concernés que les tarifs appliqués par les

²⁹⁶ CSS, art. L. 871-1, R. 871-1 et R. 871-2.

²⁹⁷ Décret n°2014-1374, du 18 nov. 2014 : JO 19 nov. 2014 ; JCP S 2014, act. 428.

²⁹⁸ Circ. n°DSS/SD2A/SD3C/SD5D/-2015/30 du 30 janvier 2015.

²⁹⁹ Tel que défini à l'article R. 322-1 du Code de la sécurité sociale.

³⁰⁰ C. Bertrand, Est-ce bien responsable ?, Semaine sociale Lamy, 2015, n°1669.

établissements de soins et non ceux appliqués par les établissements médico-sociaux telles que les Maisons d'accueil spécialisées (MAS) ou les Etablissements d'hébergement pour personnes dépendantes (EHPAD). Par ailleurs, sont condamnées les clauses d'exclusion de risques, par exemple en cas de consommation de drogue ou d'alcool, sous réserve des cas de force majeure³⁰¹.

147 - Plafonds de prise en charge. En revanche, les contrats « frais de santé » doivent exclure du remboursement la participation forfaitaire de 1 € au tarif de consultation médicale, la majoration du ticket modérateur due par les patients qui omettent de désigner un médecin traitant, les dépassements d'honoraires que peuvent pratiquer les médecins spécialistes consultés sans prescription préalable d'un médecin traitant et la franchise médicale annuelle. Ces interdictions de remboursement sont destinées à assurer le respect du parcours de soins coordonné introduit par la loi du 13 août 2004 et destiné à responsabiliser les assurés. Le contrat d'accès aux soins (CAS) prévu par l'avenant n°8 de la convention nationale médicale a créé un encadrement des dépassements d'honoraires en contrepartie de réductions de charges personnelles au profit des médecins de secteur 2. Si le praticien n'adhère pas au CAS le remboursement du dépassement d'honoraires est limité au plus bas des deux plafonds entre 100 % du tarif opposable de la Sécurité sociale ou le tarif de responsabilité, au remboursement garanti au titre d'honoraires de médecins adhérents au CAS diminué de 20%. De même, s'agissant des équipements d'optique médicale, si le contrat frais de santé décide de rembourser plus que le ticket modérateur, il doit respecter une série de plafonds et de planchers de prise en charge. Ces nouvelles dispositions relatives aux contrats responsables vont rendre nécessaires une modification des contrats de frais de santé.

148 - Contrats multiples. La question s'est posée de savoir si le cahier des charges des contrats responsables devait s'apprécier au regard de chaque contrat frais de santé pris isolément ou, au contraire, pouvait faire l'objet d'une approche globale en cas de contrats multiples dans l'entreprise. La circulaire de la DSS du 30 janvier 2015 apporte une réponse claire : les critères du contrat responsable doivent s'apprécier contrat par contrat. Ainsi le fait que l'entreprise ait mis en place des garanties supplémentaires ou plus favorables en souscrivant un second contrat d'assurance qui dépassent les plafonds des critères de responsabilité n'est pas de nature à remettre en cause le caractère responsable du premier contrat d'assurance. *« Encore faut-il qu'il s'agisse véritablement de contrats juridiquement distincts, l'un dénommé « contrat socle » et l'autre « contrat sur complémentaire », stipulant expressément intervenir en complément de la Sécurité sociale et d'un ou plusieurs autres*

³⁰¹ Lettre-circ. ACOSS n°2006-126, du 20 déc. 2006.

contrats d'assurance »³⁰². Seul le contrat sur complémentaire perdra le bénéfice des exonérations sociales peu important que les deux contrats aient été souscrits auprès du même assureur ou auprès de deux assureurs différents. *A contrario*, pour contrôler le respect des planchers de garanties minimales la DSS accepte de procéder à une appréciation globale prenant en compte l'ensemble des contrats d'assurance souscrits par l'entreprise³⁰³. Cette interprétation permet au contrat sur complémentaire de ne pas reprendre les garanties déjà prévues par le contrat socle.

149 - Modalités d'entrée en vigueur. La date d'entrée en vigueur des nouveaux contrats responsables a été fixée initialement par la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2014 du 23 décembre 2014³⁰⁴, avant même la parution du décret définissant les nouvelles conditions, puis modifiée par la loi de financement rectificative de la Sécurité sociale pour 2014 du 8 août 2014. Si la date d'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions est passée du 1^{er} janvier 2015 au 1^{er} avril 2015, une période d'adaptation transitoire a été mise en place pour les contrats collectifs souscrits par les entreprises. Il aurait paru sévère d'imposer aux entreprises de se conformer en quelques mois au nouveau décret alors même que le pouvoir réglementaire a mis près d'un an pour prendre les mesures d'application relatives aux contrats solidaires et responsables, d'autant que les contrats d'assurance ne sont pas révisés au 1^{er} avril mais au 1^{er} janvier de chaque année. Pour bénéficier de la période transitoire, les contrats collectifs doivent être conformes aux anciennes règles. Ils doivent également résulter d'un acte de droit du travail visé par l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale qu'il s'agisse d'un accord collectif de branche ou d'entreprise, d'un accord référendaire ou d'une décision unilatérale. Enfin, ces contrats doivent être antérieurs au 9 août 2014, date de la publication de la LFRSS pour 2014. Les entreprises ayant conclu ces contrats collectifs auront jusqu'à la date de modification de l'acte, et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2017, pour prendre en compte les nouvelles conditions des contrats solidaires et responsables. Une circulaire DSS du 30 janvier 2015³⁰⁵ est venue préciser l'appréciation de la période transitoire. Compte tenu de la date de publication du décret intervenue le 19 novembre, toutes les modifications antérieures au 19 novembre ne font pas sortir les entreprises de la période transitoire. De même le jeu de la clause d'évolution des cotisations, ainsi que les modifications de l'acte de droit du travail qui ne concernent pas les régimes de frais de santé n'ont pas d'effet sur le

³⁰² C. Bertrand, préc.

³⁰³ Circ. n°DSS/SD2A/SD3C/SD5D/-2015/30 du 30 janvier 2015.

³⁰⁴ Art. 56 de la LFSS pour 2014.

³⁰⁵ Circ. n°DSS/SD2A/SD3C/SD5D/2015/30 du 30 janvier 2015 relative aux contrats d'assurance maladie complémentaire bénéficiant d'aides fiscales et sociales. Pour apprécier la sortie de la période transitoire il convient de prendre en compte la modification de l'acte de droit du travail et la mise en conformité du contrat d'assurance avec ces modifications.

bénéfice de la période transitoire. Pour apprécier la sortie de la période transitoire il convient de prendre en compte la modification de l'acte de droit du travail et la mise en conformité du contrat d'assurance avec ces modifications. La plupart des contrats étant conclus pour une année civile, ils devraient prendre en compte ces règles à compter de leur renouvellement c'est à dire au 1^{er} janvier 2016, ce qui correspond à l'échéance imposée aux entreprises pour mettre en place un régime « *frais de santé* ».

CHAPITRE 2 LA COMPLEMENTAIRE SANTE LORS DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL

150 - La rupture du contrat de travail du salarié, quelque soit la cause de cette rupture, emporte en principe la disparition de la complémentaire santé mise en place dans l'entreprise (Section 1). Des mécanismes légaux et conventionnels ont été progressivement mis en place pour organiser, dans une certaine mesure, le maintien des garanties dont le salarié était bénéficiaire (Section 2).

Section 1 - Le principe : la disparition de la couverture

151 - L'affiliation d'un salarié au régime complémentaire de frais de santé en vigueur dans l'entreprise est liée à l'existence d'un contrat de travail. Selon l'article L. 141-1 du Code des assurances, les adhérents du contrat d'assurance groupe « *doivent avoir un lien de même nature avec le souscripteur* ». Le « *lien de même nature* » qui unit les adhérents au souscripteur du contrat d'assurance groupe renvoie immédiatement au contrat de travail et à la notion de salarié au sens du droit de la sécurité sociale ce qui permet d'inclure les travailleurs assimilés aux salariés, alors même qu'ils ne sont pas titulaires d'un contrat de travail, tel que le mandataire social³⁰⁶. La rupture du lien contractuel qui unissait le salarié à l'entreprise entraîne sa sortie du contrat d'assurance groupe et la perte des garanties souscrites par l'employeur. La rupture du contrat de travail emporte également des conséquences dans la relation entre l'employeur et l'organisme assureur. La disparition de l'obligation de garantie entraîne la disparition de l'obligation de paiement des cotisations afférentes. La plupart des contrats d'assurance prévoient ainsi que l'obligation de couverture cesse au jour de la rupture du contrat, sous réserve des dispositifs légaux de maintien des garanties.

152 - Protection du salarié. Afin d'atténuer les conséquences de la rupture du contrat de travail sur le bénéfice d'un régime de frais de santé, le droit commun, le droit du travail et le

³⁰⁶ L'article L. 931-2 renvoie en effet aux articles L. 311-2 et L. 311-3 du même code. Sont donc concernés non seulement les salariés titulaires d'un contrat de travail caractérisé par un lien de subordination mais également les travailleurs assimilés à des salariés par l'article L. 311-3.

droit des assurances ont été utilisés afin de protéger les droits du salarié. La Cour de cassation retient le mécanisme de la responsabilité contractuelle de l'employeur sur le fondement des articles 1134 et 1147 du Code civil et L. 121-1 (nouveau L. 1221-1) du Code du travail. La rupture fautive du contrat de travail est une violation de l'obligation d'exécuter ses obligations de bonne foi. Le préjudice du salarié résultant de la perte de la couverture lié à la rupture du contrat de travail est réparé par l'indemnité de licenciement. Plus généralement, la Cour de cassation a consacré, par plusieurs arrêts du 17 avril 2008, le principe selon lequel « lorsque des salariés sont garantis collectivement contre les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, le risque décès ou les risques d'incapacité ou d'invalidité, la cessation de la relation de travail est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant cette relation »³⁰⁷. Cette jurisprudence fondée sur l'article 1134 du Code civil, est construite sur le modèle de l'article 7 de la loi Evin qui prévoit, en cas de rupture du contrat d'assurance groupe, le maintien des prestations acquises au cours de l'exécution de ce contrat. Il peut paraître surprenant que la loi du 31 décembre 1989 n'ait pas elle-même prévu le maintien des garanties immédiates ou différées au titre d'un risque antérieurement à la rupture du contrat de travail, alors même qu'elle envisage cette solution en cas de rupture du contrat d'assurance groupe. Cette solution jurisprudentielle permet de couvrir la période de transition entre deux contrats de travail.

Section 2 - L'atténuation : le maintien de la couverture

153 - La loi du 31 décembre 1989 a prévu une disposition spécifique aux régimes de frais de santé organisant le maintien de la couverture, en cas de rupture du contrat de travail, à travers la souscription d'un nouveau contrat d'assurance individuel (Sous-section 1). Ce dispositif restant limité, les partenaires sociaux, puis le législateur ont institué une véritable portabilité des garanties de frais de santé (Sous-section 2).

Sous-section 1 - La conclusion d'un nouveau contrat d'assurance

154 - Le nouveau contrat d'assurance conclu entre l'ancien salarié et l'organisme assureur organise un maintien des garanties « *frais de santé* » dont bénéficiait l'ancien salarié. Ce contrat, dont la conclusion est subordonnée à des conditions particulières (§1), emporte des effets différents de ceux du contrat d'assurance groupe (§2).

³⁰⁷ Cass. 2^e civ., 17 avril 2008 : JCP S 2008, 1458, note D. Asquinazi-Bailleux ; JCP G 2008, 10112, note L. Mayaux.

§1. L'effet du maintien des garanties

155 - Le premier mécanisme de maintien de la couverture en matière de prévoyance et de frais de santé résulte de l'article 4 de la loi Evin du 31 décembre 1989. *« Lorsque les salariés sont garantis collectivement, dans les conditions prévues à l'article 2 de la présente loi, en vue d'obtenir le remboursement ou l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident, le contrat ou la convention doit prévoir, sans condition de période probatoire ni d'examen ou de questionnaires médicaux, les modalités et les conditions tarifaires des nouveaux contrats ou conventions par lesquels l'organisme maintient cette couverture au profit des anciens salariés bénéficiaires d'une rente d'incapacité ou d'invalidité, d'une pension de retraite ou, s'ils sont privés d'emploi, d'un revenu de remplacement, sans condition de durée, sous réserve que les intéressés en fassent la demande dans les six mois qui suivent la rupture de leur contrat de travail »*³⁰⁸. Ce texte impose à l'organisme assureur, en cas de rupture du contrat de travail du salarié, de proposer à ce dernier un nouveau contrat d'assurance individuel reprenant les mêmes garanties que le régime collectif en vigueur dans l'entreprise. Il s'applique aux anciens salariés bénéficiaires d'un revenu de remplacement (rente d'incapacité, d'invalidité, retraite ou chômage), ainsi qu'aux ayants droits d'un salarié décédé, sous réserve d'en faire la demande dans un délai de douze mois. En réalité, le maintien des garanties de frais de santé et de prévoyance s'adresse principalement aux chômeurs et aux retraités. Ces derniers disposent d'un délai de six mois, à compter de la rupture de leur contrat de travail, pour exiger de l'organisme assureur la conclusion d'un nouveau contrat d'assurance individuel, l'assureur ne pouvant refuser. L'idée est de permettre à des personnes susceptibles de représenter un « mauvais risque » de conserver un régime de remboursement complémentaire dans des conditions acceptables. Le nouveau contrat d'assurance est un contrat individuel dont l'adhésion est facultative pour le salarié. Il a vocation à poursuivre une vie juridique autonome de celle de l'accord de groupe en vigueur dans l'ancienne entreprise. Ainsi, la modification ou la disparition du contrat ou de la convention de groupe n'aura aucun impact sur le nouveau contrat d'assurance. Il s'agit d'une relation contractuelle bilatérale, et non plus triangulaire, entre l'ancien salarié et le seul organisme assureur.

§2. Les conditions du maintien des garanties

156 - L'article 4 de la loi du 31 décembre 1989 prévoit, au bénéfice de l'ancien salarié, le maintien de la couverture assurance groupe souscrite par l'employeur pour la garantie frais de

³⁰⁸ L. n°89-1009, 31 déc. 1989, art. 4 (LO 2 janv. 1990).

santé. Ce texte appelle deux précisions : l'une relative de la détermination des garanties maintenues (I), l'autre au financement du maintien de ces garanties (II).

I. La détermination des garanties

157 - Une interprétation restrictive. La couverture maintenue doit être celle relative au remboursement ou à l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident, ce qui vise directement les frais de santé. Le texte vise le maintien de « cette couverture », c'est à dire le régime de remboursement ou d'indemnisation des frais occasionnés par une maladie instauré dans l'ancienne entreprise. Une question s'est néanmoins posée en doctrine afin de savoir si les garanties prévues par le nouveau contrat d'assurance devaient être strictement identiques ou simplement similaires à celles du contrat d'assurance groupe. La Cour de cassation s'est prononcée en faveur d'une interprétation restrictive, considérant qu' « *il ne peut être dérogé par voie de conventions aux dispositions d'ordre public de la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 qui prévoient le maintien à l'ancien salarié privé d'emploi de la couverture d'assurance groupe souscrite par l'employeur pour la garantie des frais de santé* »³⁰⁹. En l'espèce, les garanties offertes par le contrat individuel étaient très proches mais non identiques à celles du contrat collectif et ne prévoyaient pas le remboursement des dépenses optiques. Les juges ont considéré que le législateur avait eu l'intention d'imposer le maintien des garanties à l'identique. Une telle interprétation est contestable dans la mesure où l'article 4 de la loi Evin précise expressément que les modalités et les conditions tarifaires du maintien de la couverture sont déterminées par l'accord ou la convention instituant le régime collectif. Cette disposition aurait pu être interprétée comme laissant aux partenaires sociaux une certaine marge de manœuvre quant à la détermination des garanties maintenues. L'interprétation retenue par la Cour de cassation est beaucoup plus stricte. Cette rigidité a été critiquée par certains auteurs redoutant une réduction significative des droits des anciens salariés³¹⁰. Le reproche incombe peut être moins à la jurisprudence qui a permis la protection des droits des anciens salariés qu'à la rédaction des textes. En tout état de cause, il est à craindre que les organismes assureurs augmentent les cotisations d'assurance groupe voire les résilient complètement si l'équilibre du régime ne peut plus être assuré³¹¹. Une solution subsidiaire a été mise en place par certaines conventions collectives à travers la

³⁰⁹ Cass. 2^e civ., 7 févr. 2008 : JCP S 2008, 1227, note F. Kessler et Y. E. Logeais ; JCP E 2008, 1611, note L. Lautrette et D. Piau ; JCP 2008 II, 10059, note D. Noguéro ; Resp. civ. et assur. 2008, comm. 151, note G. Courtieu ; adde chron. B. Serizay in SSL 15 sept. 2008, n°1366, p. 8.

³¹⁰ B. Serizay, *La portabilité des droits en matière de prévoyance*, préc. Cet auteur considère que cette interprétation fait dépendre la situation des anciens salariés de celle des salariés en activité et qu'elle conduit à établir une solidarité entre les actifs de l'entreprise et ses anciens salariés.

³¹¹ P. Morvan, préc.

mise en place d'un fond collectif alimenté par une cotisation supplémentaire de l'employeur et des salariés finançant le maintien de la couverture.

158 - L'article 6 de la loi Evin : la modification ultérieure du contrat individuel. Les conséquences de l'interprétation stricte des arrêts du 7 février 2008 peuvent également être tempérées par l'application de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1989. Cet article prévoit, pour les opérations individuelles, que l'« *organisme (assureur) ne peut refuser de maintenir aux intéressés le remboursement ou l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident* »³¹². Il interdit également à l'assureur d'augmenter ultérieurement le tarif d'un assuré ou d'un adhérent en se fondant sur l'évolution de son état de santé à moins que cette hausse des tarifs soit uniforme pour l'ensemble des assurés ou adhérents souscrivant ce type de garantie ou de contrat. *A contrario*, l'augmentation ultérieure du coût de la garantie est autorisée à condition qu'elle soit répercutée de la même manière sur l'ensemble des assurés. Une partie de la doctrine considère que ces dispositions peuvent être appliquées aux contrats relevant de l'article 4 de la loi Evin. « *On ne voit pas [...] ce qui interdirait à un organisme assureur de relever ses tarifs, y compris dans les régimes de prolongation de garantie dès lors que cette évolution tarifaire s'imposera à tous* »³¹³. Le lien entre les garanties et les cotisations n'est donc pas figé au jour de la conclusion du contrat individuel mais est susceptible d'être réévalué ultérieurement. La protection offerte aux anciens salariés par l'article 4 de la loi Evin reste imparfaite. Si le maintien de la garantie « *frais de santé* » est à durée indéterminée, le coût du maintien de cette garantie reste très élevé pour le bénéficiaire.

II. Le financement des garanties

159 - Le coût du maintien. L'article 4 de la loi Evin offre à l'ancien salarié la garantie d'être couvert pour les risques frais de santé mais cette couverture sera nécessairement plus coûteuse pour l'assuré puisque la sortie du contrat d'assurance groupe emporte la disparition du mécanisme de solidarité. Dans le cadre d'un contrat individuel, l'assuré est seul à cotiser, l'employeur ne participant plus au financement du régime, sauf expression d'une volonté contraire. En pratique, l'employeur peut décider de prendre à sa charge une partie du financement du maintien de la garantie frais de santé notamment dans le cadre d'une rupture conventionnelle ou d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Dans cette hypothèse, les cotisations

³¹² Loi n°89-1009 du 31 décembre 1989, article 6.

³¹³ F. Vincens, G.-B. Laffont, *Maintien de la couverture « frais de santé » aux anciens salariés : les contraintes de l'article 4 de la Loi Evin*, JSL 2009, n°249, p.4. V., dans le même sens, P. Morvan, préc. et V. Roulet, *L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés*, Ed. Panthéon Assas.

patronales ne sauraient prétendre au bénéfice des exonérations de cotisations sociales puisqu'il ne s'agit pas d'un régime collectif. L'employeur peut également décider de manière plus favorable de maintenir le versement d'une cotisation patronale. Lorsque ce financement a été maintenu par usage, l'employeur reste libre de dénoncer celui-ci, soit en respectant les règles de la dénonciation des usages (information des salariés et des représentants du personnel, délai de préavis), soit en concluant un accord collectif portant sur le même objet. La Cour de cassation considère que « *lorsqu'un accord collectif ayant le même objet qu'un usage d'entreprise est conclu entre l'employeur et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives qui ont vocation à négocier pour l'ensemble des salariés et anciens salariés, cet accord a pour effet de mettre fin à cet usage* »³¹⁴. En l'espèce, le nouvel accord excluait les anciens salariés du champ des bénéficiaires du régime frais de santé. Si le maintien du financement au bénéfice des anciens salariés devient trop lourd pour l'employeur celui-ci peut donc y mettre un terme en excluant ces salariés du champ de la couverture. La prise en charge par l'entreprise de la cotisation de frais de santé de ses anciens salariés ne pouvait être qualifiée d'avantage de retraite, droit viager et intangible. Dès lors, elle peut être remise en cause postérieurement à la liquidation de la retraite³¹⁵.

160 - Une augmentation limitée. Afin d'éviter que le maintien de la garantie ne se réalise dans des conditions trop lourdes financièrement pour le salarié, ce qui priverait d'intérêt le dispositif de l'article 4, l'augmentation de la cotisation du salarié est plafonnée à 50% des « *tarifs globaux applicables aux salariés actifs* »³¹⁶ dans le régime collectif. La cotisation versée par l'ancien salarié doit être au plus égale à 150% de la cotisation dont il était tenu dans le cadre du régime applicable dans l'ancienne entreprise. Mais cette limite est trompeuse. Le respect du plafond de 50% d'augmentation est calculé uniquement en fonction de la part de cotisations salariales acquittée par le salarié en application du contrat collectif, sans prendre en compte les cotisations patronales. Or, l'employeur n'est nullement contraint de contribuer au financement du contrat d'assurance individuel. Le salarié devra donc supporter, en sus de l'augmentation du niveau des cotisations, la part correspondant aux cotisations patronales. L'augmentation réelle du coût du financement de la couverture frais de santé pour le salarié peut donc représenter 3 à 4 fois le montant des cotisations dont il était tenu dans le cadre du régime collectif³¹⁷. La question s'est également posée de savoir si le

³¹⁴ Cass. soc., 20 mai 2014, n°12-26.322. La Cour de cassation avait déjà considéré que l'employeur pouvait cesser de prendre en charge une partie de la cotisation au régime frais de santé d'un ancien salarié retraité par la voie de la dénonciation (Cass. soc., 4 juill. 2012, n°10-24.082).

³¹⁵ Cass. soc., 12 mai 2009, n°07-44.625 : JCP S 2009, 1409, note G. Vachet : jugé à propos d'une prime exceptionnelle versée aux collaborateurs chaque année.

³¹⁶ Décret n° 90-769, 30 août 1990.

³¹⁷ P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 6^e éd., 2013.

plafond des cotisations s'appliquait uniquement lors de la conclusion du nouveau contrat d'assurance individuel ou également lors de son exécution. En d'autres termes, l'assureur est-il en droit d'augmenter, ultérieurement, le montant de la cotisation de l'ancien salarié même si cette augmentation représente plus de 50% de la cotisation salariale en vigueur dans l'ancienne entreprise ? Si l'on considère que l'assureur ne peut jamais dépasser cette limite, une difficulté risque de se présenter en cas de modification voire de suppression du régime collectif d'origine. Toute comparaison devenant impossible, le respect de cette condition ne pourra pas être vérifié.

161 - Les conséquences pour les actifs. Le plafonnement de l'augmentation de la cotisation des inactifs est susceptible d'impacter indirectement la situation des actifs. La limite de 50% peut contraindre les assureurs à appliquer un taux qui ne représente pas le coût réel du contrat individuel des inactifs et à répercuter par la suite cette différence sur les cotisations des contrats collectifs couvrant les salariés actifs. Ce système de mutualisation ne permet l'équilibre que si le rapport entre le nombre d'inactifs et celui des actifs de l'entreprise se maintient. En pratique, les organismes assureurs utilisaient deux types de contrat. Soit le régime donnait lieu à l'établissement d'un contrat propre à l'entreprise, les garanties offertes aux anciens salariés étaient identiques à celle du contrat collectif mais une mutualisation était alors nécessaire entre les actifs et les inactifs. Soit les assureurs élaboraient des contrats types dit de « *sortie de groupe* » ou « *d'accueil* » spécifiques aux anciens salariés et offrant des garanties similaires mais parfois moindres que celles bénéficiant aux actifs³¹⁸. Le respect de la règle des 50% était alors difficilement vérifiable puisque les garanties n'étaient pas identiques. Mais, cette pratique a été remise en cause par la Cour de cassation le 7 février 2008³¹⁹ qui a exigé une identité parfaite entre le contenu du contrat individuel et celui du contrat d'assurance groupe. Désormais, le contrat individuel doit reprendre à la virgule près le contenu des garanties prévues par le contrat de groupe souscrit par l'entreprise. Cela signifie que le financement des garanties ne peut être assuré que par l'établissement d'une solidarité entre les actifs de l'entreprise et les anciens salariés. « *Afin de supporter le coût généré par la couverture de ses anciens salariés, l'entreprise sera obligée soit d'accepter et de faire supporter par ses salariés en activité, une augmentation considérable des cotisations - augmentation qui se répercutera nécessairement sur les anciens salariés- soit, précisément parce cette augmentation ne sera pas supportable, de résilier le contrat d'assurance, privant ainsi les salariés et les anciens salariés de toute couverture* »³²⁰. Certains auteurs ont plaidé

³¹⁸ B. Serizay, *La portabilité des droits en matière de prévoyance*, Semaine sociale Lamy, n°1366, 2008.

³¹⁹ Cass. 2^e civ., 7 févr. 2008, préc.

³²⁰ B. Serizay, préc.

pour une réforme de l'article 4 de la loi Evin proposant soit la conclusion d'un contrat propre aux retraités dont les garanties minimales ainsi que les modalités de financement seraient fixées par voie réglementaire, soit l'autorisation pour l'accord collectif instaurant le régime des « contrats inactifs » d'imposer non pas le contenu du contrat mais les conditions dans lesquelles celui-ci est élaboré³²¹. La conclusion d'un contrat particulier ainsi que la possibilité de modifier celui-ci postérieurement à sa conclusion, qu'il s'agisse de la modification des garanties ou de leur financement permettrait davantage de flexibilité³²². Le droit applicable en 2008, ainsi que l'interprétation jurisprudentielle qui en a été faite, ne permettait pas d'assurer aux anciens salariés l'accès à une complémentaire santé dans les meilleures conditions. Afin d'accompagner au mieux la perte d'emploi, les partenaires sociaux, puis le législateur ont mis en place un autre dispositif organisant la « portabilité » des droits des anciens salariés.

Sous-section 2 - La portabilité des droits

162 - La portabilité des garanties de prévoyance participe de l'idée selon laquelle les parcours professionnels ne sont pas toujours linéaires : à des périodes d'activité peuvent succéder des périodes de chômage. Ce mécanisme a été introduit par les partenaires sociaux signataires de l'ANI du 11 janvier 2008 « *sur la modernisation du marché du travail* ». Le principe est de maintenir le maintien de certains droits liés au contrat de travail en cas de rupture de celui-ci à la suite d'un licenciement. Ce dispositif a été repris et perfectionné par la loi du 14 juin 2013 tant en ce qui concerne son domaine (§1), que sa mise en œuvre (§2).

§1. Le domaine de la portabilité

163 - Le domaine de la portabilité a été élargi par la loi du 14 juin 2013 qu'il s'agisse des entreprises concernées (I) ou des bénéficiaires de la portabilité (II).

I. Les entreprises concernées

164 - **Extension du champ d'application.** L'extension du dispositif de la portabilité résulte de la nature de la norme le prévoyant. Le champ de la portabilité conventionnelle était limité par l'application du régime juridique des conventions et accords collectifs de travail. En application de ce régime, l'ANI du 11 janvier 2008 n'était applicable qu'aux seules entreprises représentées par des organisations patronales signataires ou adhérentes (MEDEF,

³²¹ V. Roulet, *Pour une réforme de l'article 4 de la loi Evin*, Dr. social 2012, p. 1060.

³²² La hausse des cotisations serait plafonnée à la hausse pratiquée sur le contrat collectif, ou dans l'hypothèse d'une remise en cause, à la hausse pratiquée en moyenne sur l'ensemble des contrats collectifs de l'organisme assureur (V. Roulet, préc.).

CGPME, UPA). Un arrêté d'extension du 23 juillet 2009 avait par la suite étendu ses dispositions à l'ensemble des salariés et employeurs entrant dans son champ d'application³²³. En pratique, restaient exclues, les professions agricoles, les professions libérales, de l'économie sociale, de la presse, de l'enseignement privé et les VRP. Or, si des différences de traitement peuvent exister entre les salariés appartenant à un secteur d'activité ou à une région différente, cette inégalité est « *moins acceptable* » lorsqu'il s'agit d'un « *dispositif plus proche de la politique publique de l'emploi et de la sécurité sociale que de l'avantage catégoriel* »³²⁴. La légalisation de la portabilité en matière de frais de santé et de prévoyance par la loi du 14 juin 2013 a eu pour effet de généraliser l'application de ce dispositif à l'ensemble des salariés. Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} juin 2014 pour le remboursement des « *frais de santé* » et le 1^{er} juin 2015 pour la prévoyance « *lourde* » (incapacité, invalidité et décès)³²⁵.

II. Les bénéficiaires concernés

165 - Enoncé des conditions. La portabilité de la couverture frais de santé bénéficie aux salariés garantis collectivement, dans les conditions prévues à l'article L. 911-1 en cas de cessation du contrat de travail non consécutive à une faute lourde, ouvrant droit à prise en charge par le régime d'assurance chômage, lorsqu'ils justifient avoir bénéficié des droits à couverture complémentaire chez le dernier employeur et être titulaires d'un dernier contrat de travail d'une durée supérieure à un mois. Le salarié doit justifier de ces conditions auprès de son organisme assureur, à l'ouverture et au cours de la période de maintien des garanties.

166 - L'ouverture des droits à l'indemnisation chômage. La première condition de la portabilité tient à la rupture du contrat de travail du salarié peu important le mode de la rupture, dès lors que celui-ci ouvre droit au bénéfice de l'assurance chômage³²⁶. Le droit à indemnisation suppose une rupture involontaire du contrat travail ou une rupture assimilée à une rupture volontaire. Sont considérés comme des modes de rupture involontaires, le licenciement, à l'exception du licenciement pour faute lourde, le non renouvellement du contrat à durée déterminée et la rupture conventionnelle homologuée. A contrario, une rupture volontaire du contrat de travail n'ouvre pas droit à l'assurance chômage. Par exception, la

³²³ A. 23 juill. 2008 portant extension de l'ANI. - A. 7 oct. 2009 portant extension de l'avenant n°3. - JCP S 2009, 1400, note X. Lagarde.

³²⁴ V. Roulet, *La portabilité des droits de prévoyance au vu de la sécurisation de l'emploi*, Dr. soc. 2013, p.901.

³²⁵ La pertinence d'un tel calendrier a pu être critiquée étant donné que les mécanismes de protection sociale garantis par des contrats d'assurance sont « généralement d'une périodicité annuelle courant du 1^{er} janvier au 31 décembre » (P. Baron et X. Pignaud, Généralisation de la couverture « frais de santé » et de la portabilité, JCP S 2013, étude 1269).

³²⁶ CSS, art. L. 911-8.

démission considérée comme « *légitime* » ne prive pas le salarié du droit à prestations³²⁷. Est notamment réputée légitime la démission du salarié qui rompt son contrat pour suivre son conjoint qui change de lieu de résidence pour exercer un nouvel emploi, ou pour cause de non paiement des salaires³²⁸ ou à la suite d'un acte délictueux dont le salarié déclare avoir été victime à l'occasion de son contrat de travail.

Si le salarié doit justifier de sa prise en charge par le régime d'assurance chômage, la loi n'impose pas que le salarié perçoive effectivement l'ARE. Il est simplement précisé que « *le maintien des garanties est applicable à compter de la date de cessation du contrat de travail* »³²⁹. Selon une interprétation littérale de ce texte peu importe que le salarié perçoive effectivement l'ARE dès lors qu'il est en mesure de justifier de ses droits à l'assurance chômage. Sous l'empire de la portabilité conventionnelle, certaines mutuelles avaient retenu une interprétation restrictive de l'expression « *ouvrant droit à prise en charge par le régime d'assurance chômage* » en exigeant le versement effectif des indemnités chômage. Or, entre la fin du contrat de travail et la prise en charge effective du salarié un laps de temps plus ou moins long peut s'écouler pendant lequel le salarié ne bénéficiera pas des garanties offertes par les couvertures complémentaires santé et prévoyance. Cela concerne notamment le cas où l'arrêt de travail pour maladie débute pendant la période de préavis et se poursuit après la rupture du contrat, puisqu'il n'est pas possible de s'inscrire en tant que demandeur d'emploi avant l'expiration de l'arrêt maladie, où lorsque l'arrêt maladie débute immédiatement après la fin du contrat. Le ministre du travail s'est prononcé explicitement en faveur de la première interprétation, plus favorable au salarié privé d'emploi. Pour éviter toute rupture de prise en charge le dispositif entre en vigueur dès la cessation du contrat de travail, et non à partir du moment où le salarié est indemnisé par l'assurance chômage. Le salarié en arrêt maladie pendant le préavis ou immédiatement après la fin du contrat de travail continue à bénéficier des couvertures complémentaires santé et prévoyance. Etant donné qu'il ne pourra pas justifier de sa prise en charge qu'à l'issue de son arrêt de travail, le ministre recommande aux organismes assureurs de prévoir les modalités spécifiques pour les salariés se trouvant dans ces situations consistant notamment dans un différé de la présentation du document justifiant du droit au bénéfice de l'assurance chômage³³⁰. Puisque la date de versement de l'ARE importe peu, il ne sera pas tenu compte du « *délai de carence* » et du « *différé d'indemnisation* » qui retardent son versement. De même, lorsque le salarié ayant accepté un

³²⁷ Accord d'application n°14 du 14 mai 2014 pris pour l'application du règlement général annexé à la convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation du chômage.

³²⁸ A condition que l'intéressé justifie d'une ordonnance de référé lui allouant une provision de sommes correspondant aux arriérés de salaire.

³²⁹ CSS, art. L. 911-8, al. 2.

³³⁰ Rép. Min. Travail : JOAN Q 23 mars 2010, p. 3484 ; JCP S 2010, 187.

congé de reclassement à la suite d'un licenciement économique ou le salarié placé en arrêt de travail au cours de son délai de préavis bénéficie de la portabilité dès le premier jour de la rupture de son contrat de travail³³¹.

167 - L'ouverture des droits chez l'ancien employeur. Enfin, le bénéfice de la portabilité est subordonné à l'ouverture des droits à une couverture complémentaire santé chez l'ancien employeur. Cette condition renvoie à l'existence d'un régime frais de santé dans l'entreprise. Or, à partir du 1^{er} janvier 2016 elle sera nécessairement remplie puisqu'à cette date toutes les entreprises devront être couvertes par une complémentaire santé par décision unilatérale à défaut d'accord collectif. Par ailleurs, au moment de la rupture du contrat de travail, l'ancien salarié doit pouvoir prétendre au bénéfice de la couverture. Cela signifie qu'il doit remplir les conditions posées par la norme de droit du travail instituant le régime et notamment la condition d'ancienneté, cette dernière ne pouvant être supérieure à six mois.

168 - Mécanisme d'information. A la suite du contrat de travail la couverture frais de santé sera de fait étendue à des personnes extérieures à l'entreprise ce qui fait peser sur l'employeur une obligation d'information au profit du salarié et au profit de l'organisme assureur. La loi du 14 juin 2013 a amélioré la qualité de l'information due aux salariés. A leur égard l'employeur est débiteur d'une obligation d'information tant au moment de la conclusion, qu'au moment de la rupture du contrat de travail. Tout d'abord, il a l'obligation de remettre au salarié, au début de la relation contractuelle, une notice d'information, établie et fournie par l'organisme assureur mentionnant les conditions et les effets de la portabilité. La loi impose ensuite à l'employeur d'indiquer le maintien des garanties dans le certificat de travail qu'il remet au salarié lors de la rupture du contrat de travail³³². La violation de ces obligations est sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts au profit du salarié qui aurait dû bénéficier du maintien des garanties. Enfin, l'employeur doit informer l'organisme assureur de la cessation du contrat de travail afin que celui-ci ait connaissance de son devoir de faire bénéficier du régime de frais de santé un salarié tiers à la communauté de travail. Une fois l'information délivrée, la portabilité est détachée du contrat de groupe en vigueur dans l'entreprise d'accueil dont bénéficient les salariés appartenant à l'entreprise³³³. Dans ce cadre, il appartient à l'ancien salarié de justifier auprès de l'organisme assureur qu'il répond à l'ensemble des conditions ouvrant droit au maintien des garanties telles qu'elles sont

³³¹ P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, préc.

³³² CSS, art. L. 911-8.

³³³ A cet égard, la situation de l'ancien salarié bénéficiaire de la portabilité consitue une exception à l'article L. 141-4 alinéa 2 du Code des assurances prévoyant que les adhérents d'un contrat d'assurance groupe doivent avoir « un lien de même nature » avec le souscripteur.

énoncées par l'article L. 911-8, et notamment son indemnisation au titre de l'assurance chômage.

§2. La mise en œuvre de la portabilité

169 - La portabilité permet le maintien au bénéfice de l'ancien salarié des garanties dont il bénéficiait dans le cadre du contrat d'assurance groupe (I), sans pour autant avoir à supporter le coût du financement de ces garanties (II).

I. Le maintien des garanties

170 - Garanties maintenues. L'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale précise que « *les garanties maintenues au bénéfice de l'ancien salarié sont celles en vigueur dans l'entreprise* ». Sur ce point aucun changement n'a été apporté au dispositif de la portabilité conventionnelle mis en place par l'ANI du 11 janvier 2008. Une identité parfaite est exigée entre les garanties prévues par le contrat de groupe et celles dont bénéficie l'ancien salarié. La référence aux garanties « *en vigueur dans l'entreprise* » est susceptible de poser certaines difficultés notamment en cas de remise en cause de l'acte fondateur du régime ou de la disparition de l'entreprise elle-même. Du fait de la révision de l'acte de droit du travail ou du contrat d'assurance, le contenu des garanties frais de santé en vigueur dans l'entreprise peut être modifié. Dans ces conditions se pose la question des conséquences de cette modification sur les garanties dont bénéficie l'ancien salarié. Une première hypothèse consisterait à aligner la situation du salarié inactif sur celle des actifs de l'entreprise en modifiant les garanties maintenues au titre de la portabilité. Or, le salarié inactif, à la suite de son contrat de travail, est tiers à la norme de droit du travail qui unit l'employeur et les salariés présents dans l'entreprise et à au contrat d'assurance conclu entre l'employeur et l'organisme assureur. Il faudrait accepter que les évolutions de ces rapports contractuels puissent affecter les droits de l'ancien salarié, ce qui va à l'encontre du principe de l'effet relatif des contrats consacré par l'article 1156 du Code civil. Au contraire, il serait possible de considérer que l'ancien salarié n'ayant plus aucun lien avec l'entreprise, la couverture frais de santé doit être maintenue aux conditions qui étaient celles en vigueur dans l'entreprise le jour de la rupture du contrat de travail. Les droits de l'ancien salarié seraient « *figés* » pour toute la durée de la portabilité. Le texte, et notamment l'utilisation du présent de l'indicatif, semblent valider la première hypothèse. Une partie de la doctrine a pu se prononcer en ce sens. « *Comme auparavant les garanties maintenues sont celles en vigueur dans l'entreprise. Ainsi, les salariés « portés » devraient se voir appliquer les évolutions de garanties mises en œuvre au sein de*

l'entreprise »³³⁴. Il est cependant précisé que les droits garantis par le régime ne peuvent conduire l'ancien salarié à percevoir des indemnités d'un montant supérieur à celui des allocations chômage qu'il aurait perçu au titre de la même période. Il n'est pas possible de percevoir un revenu de remplacement supérieur à l'ARE.

S'agissant des ayants du droit de l'assuré, le texte précise que la portabilité leur est applicable « *aux mêmes conditions* » lorsqu'ils « *bénéficient effectivement des garanties mentionnées au premier alinéa à la date de cessation du contrat de travail* »³³⁵. Il est logique que les conditions requises pour l'ouverture du droit de l'ancien salarié ne soient pas imposées aux ayants droits³³⁶. Le dernier alinéa de l'article L. 911-8 limite cependant le maintien des garanties aux ayants droits couverts au moment de la rupture du contrat de travail. Cela signifie que les nouveaux ayants droits ne pourront pas bénéficier de la portabilité.

171 - Durée du maintien. La portabilité conventionnelle résultant de l'ANI du 11 janvier 2008 prévoyait que les salariés concernés conservaient le bénéfice des garanties des couvertures complémentaires santé et prévoyance appliquées dans leur ancienne entreprise pendant leur période de chômage et pour des durées égales à la durée de leur dernier contrat de travail, appréciée en mois entiers, dans la limite de neuf mois de couverture. La loi du 14 juin 2013 améliore ce dispositif en augmentant la durée maximale de la période de la portabilité qui passe de neuf à douze mois. Par ailleurs, sont pris en compte l'ensemble des derniers contrats de travail et non uniquement le dernier contrat ainsi que le prévoyait l'ANI du 11 janvier 2008. Sous réserve du plafond prévue par la loi les garanties frais de santé et prévoyance sont maintenues pour une durée égale à celle du dernier contrat de travail « *appréciée en mois, le cas échéant arrondie au nombre supérieur* ». L'expression « *appréciée en mois* » est source d'incertitude. Deux interprétations sont envisageables : soit considérer que toute période travaillée, même d'une demi-journée, valide un droit minimal à la portabilité d'un mois ; soit exiger la justification d'au moins un mois d'activité plein pour accéder à un mois de portabilité. Une première pratique permettrait aux anciens salariés dont la durée du contrat est inférieure à un mois de bénéficier de la portabilité. Cette première interprétation aurait des implications en terme de coût et de gestion (affiliation des nouveaux adhérents, déclaration à l'organisme assureur) notamment dans les secteurs d'activité pour lesquels il est d'usage de recourir à des contrats de courte durée : intérimaires, contrat de travail à durée déterminée. Les assureurs peuvent être amenés à demander des primes plus

³³⁴ P. Baron et X. Pignaud, *Généralisation de la couverture « frais de santé » et de la portabilité*, JCP S, 2013, 1269.

³³⁵ CSS, art. L. 911-8.

³³⁶ P. Baron et X. Pignaud, préc.

importantes, or cela ne profite pas nécessairement à l'ancien salarié qui est souvent dans une situation de multi emploi et bénéficie d'une couverture complémentaire santé auprès d'un autre employeur. Un remède peut être trouvé dans l'instauration d'une durée minimale d'ancienneté. L'article R. 242-1-1 dernier alinéa prévoit que le contrat d'assurance groupe peut subordonner le bénéfice du régime complémentaire de frais de santé et de prévoyance à une condition minimale d'ancienneté au sein de l'entreprise dans la limite de six mois. Cette condition facultative ne fait pas perdre au régime son caractère collectif et obligatoire conditionnant l'exonération des cotisations sociales. Cependant, le cumul de missions de courte durée permet au salarié d'entrer dans le champ du contrat d'assurance groupe nonobstant la clause d'ancienneté. Une seconde pratique est envisageable si l'on retient que l'expression « *appréciée au mois* » renvoie à un mois d'activité entier. Dans ce cas il serait possible de refuser le bénéfice de la portabilité aux salariés ne justifiant pas d'au moins un mois de travail dans l'entreprise concernée. Cette pratique avantageuse en terme de coût et de charge de gestion présente un risque de contentieux. « *Quelque soit la position arrêtée, souvent guidée par les assureurs, il faut en tout état de cause qu'elle soit identique pour l'ensemble des garanties. Choisir la seconde interprétation suppose donc d'arbitrer, en toute connaissance, entre un moindre coût de la portabilité et un risque de contestation, qui suppose d'affûter ses arguments pour convaincre les tribunaux* »³³⁷.

172 - Articulation avec l'article 4 de la loi Evin. La portabilité consacrée à l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale présente des différences majeures avec le maintien des garanties organisé par l'article 4 de la loi Evin. Une première différence concerne les garanties maintenues. L'article 4 de la loi Evin vise le « *remboursement ou l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident* », c'est à dire uniquement le remboursement des frais de santé, tandis que la portabilité de l'article L. 911-8 concerne la prévoyance (risques incapacité, invalidité et décès). Ensuite, dans le premier cas le salarié conclue un nouveau contrat d'assurance de nature individuelle et non plus collective, reprenant les mêmes garanties que le contrat de groupe mais dont le financement peut être augmenté dans la limite de 50% ; dans le second, les salariés restent affiliés au contrat d'assurance groupe applicable dans l'entreprise. Enfin, la différence fondamentale entre les deux régimes réside dans leur financement. Alors que l'article 4 porte sur la conclusion d'un contrat d'assurance financé exclusivement par des primes versées par l'ancien salarié, la portabilité organise un maintien « *à titre gratuit* » des garanties frais de santé et prévoyance. Cette brève comparaison permet de constater que la portabilité instituée

³³⁷ Caroline Letellier, *La portabilité par intermittence*, Semaine sociale Lamy 2015, n°1669.

par la loi du 14 juin 2013 organise des conditions de maintien de la couverture santé plus favorables que celles de l'article 4 de la loi Evin. Ce dernier conserve néanmoins un intérêt : contrairement à la portabilité légale, ce dispositif n'est pas limité dans le temps. Le contrat individuel offert à l'ancien salarié peut être conclu pour plusieurs années. Une articulation entre la portabilité à durée déterminée et l'article 4 de la loi Evin s'imposant, la loi du 14 juin 2013 a modifié la loi Evin pour tenir compte de la période de portabilité. Il est désormais prévu que l'organisme assureur maintient la couverture au profit des anciens salariés dans les six mois suivant la rupture de leur contrat de travail « *ou, le cas échéant, dans les six mois suivant l'expiration de la période durant laquelle ils bénéficient à titre temporaire du maintien de ces garanties* »³³⁸. Le salarié dont le contrat de travail est rompu pourra, s'il justifie des conditions prévues par l'article L. 911-8, bénéficier du maintien des garanties frais de santé « à titre gratuit » pour une période maximale de douze mois et demander, à l'expiration de cette période, la conclusion d'un nouveau contrat d'assurance reprenant les mêmes garanties. La protection offerte au salarié en situation de précarité se trouve renforcée.

II. Le financement du maintien des garanties

173 - Le maintien à « titre gratuit ». Le principal avantage de la portabilité légale est de prévoir le maintien de la garantie frais de santé sans engendrer de coût supplémentaire pour le salarié. « *Les salariés garantis collectivement (...) contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité bénéficient du maintien à titre gratuit de cette couverture en cas de cessation du contrat de travail* »³³⁹. L'expression « à titre gratuit » est trompeuse et ne doit pas être interprétée strictement. Elle signifie simplement que le salarié dont le contrat de travail a été rompu bénéficie de la portabilité de ses droits en matière de frais de santé et de prévoyance sans verser de cotisations postérieurement à la rupture de son contrat de travail. En réalité, le coût du maintien de la couverture est nécessairement répercuté sur les cotisations versées par l'employeur et les salariés de l'entreprise. Les rédacteurs du texte ont simplement voulu signifier que le maintien des garanties est gratuit pendant la période de portabilité. Cependant, un risque de contentieux n'est pas exclu. Il serait envisageable que des organisations syndicales agissent en justice pour contester la part de cotisation payée par les actifs et consacrée au financement de la portabilité en exigeant un financement exclusif par l'employeur.

³³⁸ Loi du 31 déc. 1989 art. 4, al. 2.

³³⁹ CSS, art. L. 911-8.

Avant le 1^{er} juin 2014, l'ANI du 11 janvier 2008 prévoyait que le dispositif de la portabilité pouvait être financé par un « *système de mutualisation* » défini par accord collectif. A défaut d'accord collectif le financement devait être assuré conjointement par l'employeur et le salarié dans les limites et dans les proportions applicables aux salariés de l'entreprise. En pratique, trois solutions étaient envisageables : 1) la collecte en totalité des cotisations lors de la rupture du contrat de travail³⁴⁰ ; 2) le financement individuel via un précompte durant les neuf mois que durait la portabilité ; 3) la mutualisation impliquant une hausse du taux des cotisations pour l'employeur et les salariés de l'entreprise. Certaines branches professionnelles ont choisi une voie subsidiaire en puisant dans leurs actifs les fonds nécessaires au financement de la portabilité. Le système de la mutualisation était sans doute le plus avantageux pour le salarié et le plus aisé à organiser. Il présentait cependant l'inconvénient de ne pouvoir être mis en place que par accord collectif. En l'absence de système de mutualisation, l'ancien salarié devait supporter le coût de la portabilité postérieurement à la rupture de son contrat de travail. L'Ani prévoyait en conséquence que les salariés pouvaient renoncer à la portabilité dans un délai de 10 jours à compter de la cessation de la rupture contractuelle. La renonciation devait être expresse et non équivoque, et totale (il n'était pas possible d'opérer une sélection entre les garanties que le salarié désirait voire maintenues et les autres). Ces dispositifs issus de l'Ani du 11 janvier 2008 étaient applicables jusqu'au 1^{er} juin 2014, date de prise d'effet de la loi de sécurisation de l'emploi. Des contentieux relevant de l'ancien régime peuvent encore se présenter.

La loi du 14 juin 2013 a permis de généraliser la portabilité en simplifiant ses modalités de financement. Il est désormais prévu que le maintien de la couverture frais de santé se réalise « à titre gratuit » pour le salarié. La loi du 14 juin 2013 généralise le dispositif de la mutualisation à l'ensemble des régimes peu important que l'acte travailliste instituant la couverture frais de santé dans l'entreprise soit un accord collectif, une décision unilatérale ou un accord référendaire. Par conséquent, l'option offerte au salarié a disparu. Désormais le dispositif de la portabilité est obligatoire pour tous les anciens salariés justifiant des conditions prévues par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale. Si le texte ne prévoit pas les modalités de financement de la portabilité, la gratuité du dispositif pendant la période de portabilité implique un précompte des primes et cotisations pendant la période d'exécution du contrat de travail. Il convient de se référer à l'article 2 de l'Ani du 11 janvier 2013 selon lequel « *les signataires conviennent de généraliser, au niveau des branches professionnelles et des entreprises, le système de mutualisation du financement du maintien des garanties de*

³⁴⁰ Cette solution tolérée par l'ANI par une note de bas de page présente un risque de remboursement en cas de trop plein perçu si le coût de la portabilité a été surévalué.

couverture frais de santé et de prévoyance »³⁴¹. Les dispositions de l'Ani permettent de confirmer que le pré financement de la portabilité renvoie nécessairement à un « système de mutualisation »³⁴². « Une garantie d'assurance n'est jamais gratuite, c'est d'ailleurs interdit par la loi puisque l'assureur doit couvrir le risque en constituant les provisions techniques suffisantes. Par conséquent, deux questions sont d'ores et déjà posées autour des tables de négociation : - l'employeur doit-il supporter l'intégralité du surcoût du maintien de la garantie « gratuite », alors même qu'il est le plus souvent à l'origine de la rupture du contrat de travail ouvrant droit à l'assurance chômage ? - cette expression permet-elle le financement a posteriori ? »³⁴³. Les organismes assureurs répercuteront le coût de la portabilité sur le taux des primes et cotisations du contrat d'assurance groupe. Les actifs financeront donc le maintien de la couverture santé des inactifs. Certains employeurs peuvent néanmoins choisir de prendre à leur charge la totalité du coût de maintien de la garantie, lors de la rupture du contrat de travail du salarié pour un motif ouvrant droit à la portabilité. L'augmentation significative des primes et cotisations, justifiée par les organismes assureurs par le coût de fonctionnement du dispositif, incite les entreprises à privilégier le système du paiement total au cas par cas³⁴⁴.

174 - Traitement social et fiscal favorable. Les sommes versées au titre du financement de la portabilité bénéficient d'un régime social et fiscal favorable. S'agissant de ce régime deux points sont à préciser. D'une part, les contributions au financement des régimes de prévoyance, y compris la cotisation salariale, sont exonérées de cotisations sociales, et ce même si la portabilité continue au-delà du délai de douze mois en vertu d'un régime plus favorable³⁴⁵. Le plafond des exonérations, fixé par la loi en pourcentage de la rémunération, doit être calculé, selon l'Acoss, par référence à un salaire mensuel reconstitué à partir de la rémunération moyenne des douze derniers mois. En revanche, la CSG et la CRDS restent dues. D'autre part, pour le salarié, la cotisation due au titre du financement de la portabilité est déductible de l'assiette de l'impôt sur le revenu³⁴⁶. Ce régime favorable participe de la volonté des pouvoirs publics de faciliter l'accès à une protection sociale complémentaire dans les meilleures conditions pour les salariés.

³⁴¹ Ani du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels, art. 2.

³⁴² Cette interprétation est confirmée par le rapport du 27 mars 2013 établi au nom de la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale.

³⁴³ G. Briens, *La nouvelle portabilité des garanties de protection sociale complémentaire*, Dr. soc. 2013, p. 895.

³⁴⁴ G. Briens, préc.

³⁴⁵ Circ. Acoss n°2001-036, 24 mars 2011, question-réponse n°10 et Circ. n°DSS/5B/2009/32, 30 janv. 2009, Fiche n°1.

³⁴⁶ RES n°2011/25 (FP), 2 août 2011 : JCP E 2011, 454.

175 - Les obligations de l'entreprise en matière de généralisation de la complémentaire santé ne se limitent pas à sa mise en place par accord ou par décision unilatérale. Une fois le régime de remboursement complémentaire en matière de frais de santé mis en place, l'employeur doit veiller, dans son application, à respecter les règles spécifiques prévues par le droit de la protection sociale complémentaire et ainsi que les règles générales issues du Code du travail, puisque la complémentaire santé constitue un élément de la rémunération de ses salariés. Pourtant, le risque le plus important pour l'entreprise n'est pas le risque prud'homal mais le risque de redressement Urssaf impliquant une attention particulière aux conditions d'exonérations fiscale et sociale. La difficulté tient au manque de lisibilité des textes et à l'absence, parfois, de cohérence entre les règles issues du droit du travail et celles relevant de la Sécurité sociale en matière d'assujettissement à cotisation.

CONCLUSION

176 - Maîtrise des coûts. La généralisation de la complémentaire santé dans le secteur privé marque une nouvelle étape du désengagement de la sécurité sociale légale en transposant les coûts de l'assurance maladie sur les régimes professionnels. Cette volonté des pouvoirs publics de préserver les dépenses de l'assurance maladie, et plus largement les finances publiques, s'est traduite par l'encouragement de la négociation de branche et de la mise en place de régimes professionnels de complémentaire santé. A terme la mise en place obligatoire d'un régime de frais de santé pourra avoir une incidence sur les aides - notamment fiscales et sociales - octroyées aux branches et aux entreprises qui avaient institué un tel dispositif avant la loi de sécurisation de l'emploi. Puisque toutes les entreprises ont vocation à être couvertes avant le 1^{er} janvier 2016 les dispositifs incitatifs, notamment l'exonération de cotisations sociales pour les régimes collectifs et obligatoires, qui représentent un manque à gagner important pour les régimes de sécurité sociale légale, n'auront plus lieu d'être. La mutation d'un système incitatif à un système impératif est susceptible d'entraîner une disparition de ces dispositifs. En tout état de cause, les conditions permettant de bénéficier d'un régime social favorable se sont durcies obligeant les entreprises à davantage de réflexion et de stratégie lors de la mise en place et de la révision de leur régime complémentaire santé.

177 - Contrainte ou opportunité. Face à l'obligation de faire bénéficier leurs salariés d'une complémentaire santé, une alternative s'offre aux entreprises : subir cette nouvelle obligation relevant du droit du travail et son régime complexe, ou se saisir de cette opportunité pour améliorer leur politique sociale au sein de l'entreprise dans une réflexion d'ingénierie sociale. D'aucuns ont estimé que l'article 1^{er} de la loi du 14 juin 2013 n'aurait qu'un faible impact étant donné que la plupart des branches et des entreprises étaient d'ores et déjà dotées d'un régime de remboursement complémentaire en matière de frais de santé. Cette remarque, quoique fondée, est insuffisante. Si une complémentaire était instituée par la convention de branche ou un accord d'entreprise, elle n'était pas nécessairement conforme aux nouvelles conditions énoncées par la loi de sécurisation de l'emploi et ses décrets d'application qu'il s'agisse de son caractère collectif et obligatoire, de son financement ou du contenu des garanties qui doivent désormais respecter un panier de soins minimum. La généralisation de la complémentaire santé ne s'adressait donc pas uniquement aux entreprises et aux branches dépourvues de régime « *frais de santé* » mais également aux régimes pour lesquels une mise en conformité avec la nouvelle législation était nécessaire.

178 - Vigilance nécessaire. La mise en place et l'adaptation de la complémentaire santé au sein de l'entreprise ou de la branche nécessite de connaître et d'articuler des dispositions complexes, parfois dispersées et souvent peu intelligibles. Il s'agit d'appliquer les règles issues du droit du travail, tout en tenant compte des spécificités des régimes de protection sociale complémentaire, et d'articuler ces règles aux mécanismes d'exonération explicités (ou complexifiés) par un nombre croissant de circulaires et de textes réglementaires. La diversité des sources et des règles applicables en matière de complémentaire santé requiert une vigilance particulière de la part des entreprises. Cette vigilance est d'autant plus nécessaire que les sommes en jeu sont importantes. Lorsque travail et protection sociale sont difficilement conciliables, il n'est pas rare de voir les entreprises risquer un contentieux prud'homal si cette prise de risque peut les préserver d'un redressement Urssaf dont les conséquences financières pour l'entreprise peuvent être très lourdes, notamment en matière de prévoyance. Néanmoins, la multiplication des conditions permettant de prétendre à une exonération de charges et de cotisations sociales rend de plus en plus difficile la mise en conformité des régimes « *frais de santé* » d'entreprise.

179 - La nécessité d'une démarche pluridisciplinaire. Au delà de l'optimisation sociale et de l'ingénierie juridique, la généralisation de la complémentaire santé illustre la nécessité d'adopter une approche pluridisciplinaire. Droit, politique, histoire, sociologie, finances publiques, intelligence économique, autant de domaines nécessaires à la compréhension des enjeux de l'entreprise et à la création d'un dispositif adapté répondant aux besoins de la pratique sociale. Le droit social, lui même droit spécial issu du droit civil, est en soi insuffisant. Un décloisement est nécessaire. La réalité économique et sociale l'impose. Il est heureux que certaines organisations, prenant la forme de think tank ou de cercles de réflexion, aient saisi l'importance de cette approche pluridisciplinaire.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

- Brun et Galland, Droit du travail, 2^e ed., t. 1, n°293.
- G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, éd. PUF.
- J.-J. Dupeyroux, M. Borgetto, R. Lafore, *Droit de la sécurité sociale*, Précis Dalloz, 2011, 17^e ed.
- E. Gerstner, P. Langlois, *Lamy protection sociale*, 2009.
- G. Lyon-Caen, traité de G.-H. Camerlynck, t. 2 : *Le salaire*, 2^e ed., n°191.
- P. Morvan, *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 6^e ed.
- J. Péliissier, G. Auzero, E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 27^e ed.
- B. Teyssié, *Droit du travail - Relations collectives*, LexisNexis, 8^e éd.

OUVRAGES SPECIAUX

- P.-H. Antonmattéi, *Conservation des avantages individuels acquis, in Révision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail* : Litec 1996, T, VII, coll. Droit.
- J.-F. Cesaro, « La subordination », in *Les notions fondamentales de droit du travail* (Dir. B. Teyssié), éd. Panthéon Assas, 2009.
- A. Cippe, *La communautarisation du droit de la protection sociale*, thèse Paris II, 2004.
- P. Langlois, « Les accords de prévoyance » in « *Sur l'entreprise et le droit social* », Etudes offertes à Jacques Barthélémy, « *Droit du travail et Sécurité sociale* », Semaine juridique, hors série, 1994.
- P. Morvan : *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3^e éd.
- V. Roulet, *L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés*, Ed. Panthéon Assas.

ARTICLES

- P.-A. Antonmattei, *La qualification de salaire*, Dr. soc. 1997.
- D. Asquinazi-Bailleux :
 - o *Les avantages sociaux requalifiés en salaire*, Dr. soc. 2014.
 - o *L'exonération de cotisations sociales et sa conjugaison avec le principe d'égalité de traitement*, Dr. soc. 2013.
- P. Baron et X. Pignaud, *Généralisation de la couverture « frais de santé » et portabilité*, JCP S 2013, 1269.
- J. Barthélémy :
 - o *Peut-on dissocier droit du travail et droit de la sécurité sociale ?*, Dr. soc. 2007.
 - o *Les fondamentaux du droit de la PSC*, Dr. soc. 2013.
 - o *L'ingénierie juridique de la prévoyance collective au niveau de l'entreprise*, Les Cahiers du DRH.
 - o *Restructurations et sort de la protection sociale complémentaire*, Gaz. Pal. 2013.
 - o *Les Sages et les accords de branche sur la prévoyance*, SSL 2014, n°1615.
- C. Bertrand, *Est-ce bien raisonnable ?*, SSL 2015, n°1669.
- G. Briens, *La nouvelle portabilité des garanties de protection sociale complémentaire*, Dr. soc. 2013.
- E. Caniard, *Les limites de la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé*, RDSS 2014.
- R.-E., Carigiet, J. - P. Fragnière, *Le concept des trois piliers a-t-il un avenir ?*, Réalités sociales, 2001.
- J. - P. Chauchard, *L'évitement du salaire*, Dr. soc. 2011.
- Ph. Coursier :
 - o *Quelle généralisation pour quelle couverture frais de santé ?*, JCP S 2013, 1268.
 - o *De la sécurisation de l'emploi par la généralisation de la couverture complémentaire santé*, Gaz. Pal. 2013, n°293-295.
 - o *De l'égalité de traitement des régimes catégoriels*, JCP 2013, 1144.
 - o *Protection sociale et droit de la concurrence : une problématique faussement simple*, Gaz. Pal. 2014.

- *Rémunération et protection sociale : un couple infernal ?*, Gaz. Pal., 2011, n°351.
- G. Couturier, *De quoi le salaire est-il la contrepartie ?*, Dr. soc. 2011.
- J. Dupeyroux :
 - *Les exigences de la solidarité*, Dr. social. 1990.
 - *Sur les accords collectifs relatifs à la PSC des salariés*, Dr. social 1994, p. 820.
- C. Letellier, *La portabilité par intermittence*, SSL 2015, n°1669.
- C. Millet-Ursin, *Enjeux et mutations en matière de rémunération*, JCP S 2010, 1321.
- P. Morvan :
 - *Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration*, Dr. soc. 2006.
 - *Les transferts d'entreprise et les régimes de protection sociale*, Dr. soc. 2005.
- H. Ouaisi, *Le devenir des régimes de retraite supplémentaire et de prévoyance lors des fusions d'entreprises*, JCP S 2006, n°1858.
- V. Roulet, *La portabilité des droits en matière de prévoyance au vu de la sécurisation de l'emploi*, Dr. soc. 2013, p. 901.
- B. Petit, *Généralisation des complémentaire santé : une approche davantage sociale que sociétale ?*, JCP S 2009, n°30.
- B. Serizay :
 - *Droit du travail et protection sociale complémentaire*, Dr. soc. 1998.
 - *Un bien curieux amendement*, SSL 2014, n°1610.
 - *Protection sociale complémentaire : l'incohérence estivale résultant du décret du 8 juillet 2014 et d'autres à venir*, Gaz. Pal. 2014, n°235.
 - *La portabilité des droits en matière de prévoyance*.
- B. Serizay et Ph. Coursier, *Protection sociale complémentaire : trop c'est trop !*, JCP S 2014, n°1413.
- A. Supiot, *Avenir d'un vieux couple : travail et Sécurité sociale*, Dr. soc. 1995.
- B. Teyssié, *La mise en place de la protection sociale complémentaire et le droit du travail*, Dr. soc. 1986, p. 296.
- I. Vacarie, *L'assurance maladie complémentaire : élément du statut social de la personne ?*, RDSS 2014.
- F. Vincens, G.-B. Laffont, *Maintien de la couverture « frais de santé » aux anciens salariés : les contraintes de l'article 4 de la Loi Evin*, JSL 2009, n°249.

- F. Wismer :
 - *Prévoyance collective et clause de désignation d'organisme assureur : application de la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013*, SSL 2014, n°366.
 - *De quelques problèmes d'application*, SSL 2015, n°1699.

ETUDES ET RAPPORTS

- M. Perronin, A. Pierre et Th. Rochereau, *Panorama de la complémentaire santé collective en France en 2009 et opinions des salariés sur le dispositif : Questions d'économie de la santé 2012*, n°181.
- P. Askenazy, B. Dormont, P.-Y. Geoffard et V. Paris, *Pour un système de santé plus efficace, Les notes du Conseil d'analyse économique*, 2013.
- M.-A. Le Garrec, M. Bouvet, *Comptes nationaux de la santé*, Série stat. n°184, DREES, 2013.
- Rapport annuel de la COMAREP pour 2013.

INDEX ALPHABETIQUE

A

accord collectif · 11, 12, 13, 14, 16, 18, 19, 22, 23, 25, 27, 29, 30, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 40, 45, 47, 50, 51, 54, 62, 63, 65, 66, 68, 69, 70, 75, 77, 78, 81, 85, 90, 91, 92, 95, 101, 103, 106, 111

- accord de branche · 8, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 27, 28, 29, 34, 72, 78, 92
- accord d'entreprise · 11, 12, 13, 24, 25, 27, 28, 34, 47
- dénonciation · 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 39, 40, 48, 50, 51, 52, 101, 116
- négociation dérogatoire · 23, 27
- remise en cause · 14, 17, 29, 32, 33, 37, 39, 40, 45, 48, 50, 51, 52, 53, 60, 101, 102, 103, 107
- révision · 20, 29, 30, 31, 32, 34, 37, 40, 41, 50, 51, 82, 107, 114

accord de substitution · 32, 33
assurance maladie · 2, 3, 7, 9, 30, 67, 92, 114
avantage catégoriel · 104
avantages individuels acquis · 37, 38, 40

C

cadre dirigeant · 88, 89
catégorie objective · 63, 64, 85, 86, 87, 88, 89
changement d'assureur · 43, 44
clause de désignation · 77, 78, 83
clause de recommandation · 82, 83
contrats solidaires et responsables · 16, 95

D

décision unilatérale · 11, 12, 13, 23, 33, 40, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 61, 62, 64, 66, 68, 69, 85, 90, 91, 92, 95, 106, 111, 113
dispense d'adhésion · 90, 91, 92

E

égalité de traitement · 19, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 82, 88
exonération · 1, 7, 12, 58, 61, 63, 70, 84, 85, 87, 88, 89, 90, 93, 109, 114, 115
extension · 14, 17, 18, 19, 20, 78, 103, 104

F

financement · 3, 5, 29, 38, 46, 52, 55, 59, 61, 62, 64, 67, 68, 69, 71, 72, 73, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 90, 91, 95, 99, 100, 101, 102, 103, 107, 109, 110, 111, 112, 114

G

garanties sociales · 10, 15

L

loi Evin · 7, 8, 24, 43, 44, 48, 49, 50, 53, 90, 91, 97, 98, 99, 100, 103, 109, 110

M

maintien des garanties · 96, 97, 98, 99, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111
mandataires sociaux · 88, 89

N

notice d'information · 41, 43, 49, 106

59, 60, 62, 63, 64, 65, 72, 74, 76, 85, 87,
112, 113, 115, 117

O

obligation d'information · 24, 42, 43, 45,
46, 92, 106

Ordre public · 25, 26, 99

R

rémunération · 11, 38, 39, 49, 55, 56, 57,
58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 85, 86, 87,
88, 89, 90, 112, 113

P

panier de soins · 10, 16, 22, 23, 46, 68, 69,
70, 114

portabilité · 97, 99, 103, 104, 105, 106,
107, 108, 109, 110, 111, 112, 117

protection sociale complémentaire · 1, 2, 6,
7, 8, 10, 12, 13, 15, 18, 24, 26, 27, 28,
29, 30, 32, 35, 37, 38, 39, 49, 53, 55, 57,

S

sélection médicale des risques · 43

T

transfert · 15, 35, 36, 37, 42, 51, 52, 53, 79

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION.....	1
I. La notion de complémentaire santé	2
II. Les étapes de la généralisation	4
III. Les incidences de la généralisation de la complémentaire santé en droit du travail	10
TITRE 1 - LA COMPLEMENTAIRE SANTE ET LE STATUT COLLECTIF.....	13
CHAPITRE 1 LA PRIORITE : LA NORME NEGOCIEE.....	14
Section 1. La conclusion de l'accord collectif.....	14
Sous-section 1 La négociation au niveau du secteur d'activité	14
§1. La mise en place de l'accord de branche	14
I. Les avantages de la mise en place de régimes professionnels.....	14
II. Les obstacles à la mise en place de régimes professionnels.....	16
§2. La portée de l'accord de branche.....	17
I. Les conditions de l'extension et de l'élargissement	18
II. La procédure d'extension et d'élargissement	19
Sous-section 2 - La négociation au niveau de l'entreprise.....	21
§1. L'organisation de la négociation d'entreprise	22
I. Le périmètre de la négociation d'entreprise	22
II. Les modalités de la négociation.....	23
§2. La portée de la négociation d'entreprise	25
I. L'accord d'entreprise et la loi et le règlement	25
II. L'accord d'entreprise et la convention collective de branche.....	27
Section 2 L'évolution de l'accord collectif.....	29
Sous-section 1 - Les hypothèses de remise en cause de l'accord	29
§1. La remise en cause volontaire.....	29
I. La remise en cause partielle : la révision.....	29
II. La remise en cause totale : la dénonciation.....	32
§2. Le transfert d'entreprise	35
Sous-section 2 - Les conséquences de la remise en cause de l'accord	37
§1. La garantie des droits en cas de modification de régime de prévoyance	37
I. La conservation des avantages individuels acquis	37
II. La responsabilité personnelle de l'employeur	40
§2. La garantie des droits en cas de changement d'organisme assureur	42
I. L'obligation d'information de l'employeur.....	42
II. Les obligations de l'assureur.....	43
CHAPITRE 2 - L'ALTERNATIVE : LA NORME UNILATÉRALE.....	45
Section 1 - Le principe.....	45
Sous-section 1 - L'offre.....	46
§1. Le contenu de l'offre : la garantie d'une protection minimale	46
§2. Le régime de l'offre : l'obligation d'information de l'employeur.....	46
I. L'information des institutions représentatives du personnel.....	46
II. L'information individuelle des salariés	47

Sous-section 2 – L’acceptation	49
Section 2 – La remise en cause.....	50
Sous-section 1 –La remise en cause volontaire	51
Sous-section 2 – Le transfert d’entreprise.....	52
TITRE 2 – LA COMPLEMENTAIRE SANTÉ ET LE CONTRAT DE TRAVAIL.....	55
CHAPITRE 1 – LA COMPLEMENTAIRE SANTÉ AU COURS DE L’EXÉCUTION DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	55
Section 1 – La qualification de la complémentaire santé	55
Sous-section 1 – L’opération de qualification.....	55
§1. Les contours de la notion de rémunération	55
§2. La complémentaire santé comme élément de rémunération	57
Sous-section 2 – Les enjeux de la qualification.....	61
§1. L’égalité de traitement en matière de prévoyance	61
I. Le principe de l’égalité de traitement.....	61
II. Les aménagements du principe de l’égalité de traitement	63
§2. Les obligations de l’employeur	66
I. Le contenu des obligations de l’employeur	66
II. La sanction des obligations de l’employeur	69
Section 2 – Le financement de la complémentaire santé.....	72
Sous-section 1 – Le choix de l’organisme assureur	72
§1. La liberté de choix de l’organisme assureur	72
I. La fin des clauses de désignation.....	73
II. La survie des clauses de désignation.....	76
§2. Les limites du choix de l’organisme assureur	79
I. Les conditions de validité des clauses de recommandation	79
II. La portée limitée des clauses de recommandation.....	82
Sous-section 2 – Le régime social des cotisations	84
§1. La mise en place d’un régime collectif et obligatoire	85
I. La condition tenant au caractère collectif du régime	85
II. La condition tenant au caractère obligatoire du régime	90
§2. La mise en place d’un régime « <i>solidaire et responsable</i> ».....	92
CHAPITRE 2 LA COMPLEMENTAIRE SANTE LORS DE LA RUPTURE DU CONTRAT DE TRAVAIL.....	96
Section 1 - Le principe : la disparition de la couverture	96
Section 2 - L’atténuation : le maintien de la couverture	97
Sous-section 1 - La conclusion d’un nouveau contrat d’assurance	97
§1. L’effet du maintien des garanties	98
§2. Les conditions du maintien des garanties.....	98
I. La détermination des garanties	99
II. Le financement des garanties	100
Sous-section 2 - La portabilité des droits.....	103
§1. Le domaine de la portabilité	103
I. Les entreprises concernées	103
II. Les bénéficiaires concernés.....	104
§2. La mise en œuvre de la portabilité.....	107

I. Le maintien des garanties	107
II. Le financement du maintien des garanties	110
CONCLUSION	114
BIBLIOGRAPHIE	116
INDEX ALPHABETIQUE	120