



UNIVERSITÉ
PANTHÉON-ASSAS
- PARIS II -

BANQUE DES MEMOIRES

Master 2 Droit et Pratique des Relations de Travail

Dirigé par Monsieur le Professeur Bernard Teyssié

2015

***La place de l'accord dans les régimes de
protection sociale complémentaire***

Gaëtan Lefrançois

Sous la direction de Monsieur Emeric Jeansen

La place de l'accord dans les régimes de protection sociale complémentaire

par Gaëtan Lefrançois
sous la direction de Emeric Jeansen

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

Promotion UIMM

Année universitaire 2014-2015

A Balbou

Remerciements

Je tiens en premier lieu à remercier le Professeur Bernard Teyssié pour sa confiance et la chance qu'il m'a donnée. Cette année fut enrichissante et m'a appris à toujours aller au-delà des limites que l'on se fixe. Je tiens également à remercier Monsieur Emeric Jeansen pour la direction de ce mémoire.

Je remercie Maître Philippe Rozec et l'ensemble de l'équipe du département droit social du cabinet DE PARDIEU BROCAS MAFFEI et notamment Vincent Manigot pour son soutien et la richesse de ses explications.

Je remercie également l'ensemble de l'équipe du Laboratoire de Droit social notamment Madame Catherine Lebret et Mademoiselle Lydie Dauxerre.

Je remercie l'ensemble de la Promotion U.I.M.M pour son imperturbable concentration.

Je remercie Pierre Anfray pour son insolente tolérance et Guillaume Moity pour ses leçons de courage.

Je remercie mes frères et mes parents pour leur soutien.

Enfin, je remercie Pascaline pour sa présence à mes côtés avant, pendant et après cette belle année au Master DPRT.

Liste des abréviations

Arch. phil. : Archive de Philosophie du Droit.

Art. : Article.

Al. : Alinéa.

Bull. civ. : Bulletin civil de la Cour de Cassation.

Cass. 2^{ème} Civ : Cour de Cassation, 2^{ème} Chambre Civile.

Cass. com. : Cour de Cassation, Chambre commerciale.

Cass. crim. : Cour de Cassation, Chambre criminelle.

Cass. soc. : Cour de Cassation, Chambre sociale.

CE : Conseil d'État.

C.J.C.E : Cour de Justice des Communautés Européennes.

C.J.U.E. : Cour de Justice de l'Union Européenne.

C. ass. : Code des assurances.

C. civ. : Code civil.

C. mut. : Code de la mutualité.

C. trav. : Code du travail.

CA : Cour d'appel.

Circ. : Circulaire.

Cons. Const. : Conseil constitutionnel.

CSS : Code de la sécurité sociale.

D. : Dalloz Recueil.

Dr. soc. : Droit social.

GAJC : Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile.

Gaz. Pal. : Gazette du Palais.

Ibid. : *Ibidem*.

JCI : JurisClasseur.

JCP E : La Semaine Juridique Édition Entreprise et Affaires.

JCP S : La Semaine Juridique Édition Sociale.

J.O.R.F. : Journal Officiel de la République Française.

Ord. : Ordonnance.

p. : Page.

PUAM : Presse Universitaire d'Aix-Marseille.

R.D.T. : Revue de Droit du Travail.

RGDA : Revue Générale du Droit des Assurances.

Rép. Civ. Dalloz : Répertoire Civil Dalloz.

R.J.S. : Revue de Jurisprudence Sociale.

RTD Civ. : Revue Trimestrielle de Droit Civil.

RTD Com. : Revue Trimestrielle de Droit Commercial.

Spéc. : Spécialement.

V. : Voir.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	7
TITRE 1. LA PLACE DE L'ACCORD AU TEMPS DE LA FORMATION DES REGIMES DE PROTECTION SOCIALE COMPLEMENTAIRE.....	17
<i>Chapitre 1. L'accord des parties dans l'opération collective d'assurance</i>	<i>18</i>
<i>Chapitre 2. L'accord des parties dans le support de l'opération collective d'assurance.....</i>	<i>49</i>
TITRE 2. LA PLACE DE L'ACCORD AU TEMPS DE L'APPLICATION DES REGIMES DE PROTECTION SOCIALE COMPLEMENTAIRE.....	74
<i>Chapitre 1. La place de l'accord de volonté au temps de l'exécution du régime de protection sociale complémentaire.....</i>	<i>75</i>
<i>Chapitre 2. La place de l'accord de volonté au temps de l'extinction du régime de protection sociale complémentaire.....</i>	<i>101</i>
CONCLUSION GENERALE.....	135

Introduction

*« nous sommes tous semblables, et donc tous identiques ;
et nous sommes aussi tous différents, car tous uniques »¹.*

1. « Ne cherchez point à gêner les cœurs et tous les cœurs seront à vous »².

L'histoire de la famille Calas³ permis à Voltaire de raconter la tolérance. Il exposa comment des peuples pouvaient vivre ensemble sans pour autant prier le même Dieu. Il conclut son étude en constatant qu'il n'est nullement nécessaire de nuire à l'autre pour accomplir son dessein et ne pas être damné dans l'autre monde.

2. Pureté.- Alain Supiot, prolongeant la pensée de Voltaire, a mis en évidence l'égalité entre les hommes dans sa forme la plus pure. Les hommes seraient tous identiques *et* tous uniques. Le binaire fait ainsi partie intégrante de l'homme en tant qu'être. La traduction juridique de cette égalité, dans sa forme la plus moderne et la plus laïcisée, se trouve à l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et de Citoyen de 1789 : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit ». L'homme en tant qu'individu identique aux autres doit avoir droit de bénéficier au même titre que ses semblables d'une protection. Ce n'est que la manifestation pratique du principe théorique mais fondamental énoncé à l'article 1^{er} de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Si l'homme est un individu identique aux autres, il n'en est pas moins unique. Unique tant qualitativement que quantitativement, complète Alain Supiot⁴. Qualitativement car l'homme est, à l'image du

¹ A. SUPIOT, Homo juridicus, *Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Seuil, 2005, p. 50.

² VOLTAIRE, *Traité sur la Tolérance*, Gallimard, éd. 2012 Folio, p. 32.

³ Marc-Antoine, le fils aîné d'un négociant toulousain du nom de Jean Calas, fut retrouvé pendu après un repas familial. La famille Calas étant protestante et Marc-Antoine Calas s'étant converti au catholicisme, l'affaire prit une ampleur désastreuse et Jean Calas fut accusé puis exécuté publiquement le 9 mars 1762 (V. *Traité sur la Tolérance*, Gallimard, éd. 2012 Folio).

⁴ A. SUPIOT, *Ibid.*

Dieu des monothéistes, un être unique. Quantitativement car l'homme est insécable. Le fait qu'il soit unique a donc pour conséquences qu'il a des propriétés physiques et intellectuelles qui lui sont propres. En conséquence, il doit être en droit de pouvoir bénéficier d'une protection lui permettant de prendre en compte ses carences et sa force. Parce qu'ils sont identiques, tous doivent avoir le droit à une protection. Mais parce qu'ils sont uniques, tous doivent avoir le droit à une protection adaptée.

Section 1. L'intérêt de la protection sociale complémentaire

3. La protection sociale s'inscrit dans cette recherche de pureté en prémunissant les hommes contre les conséquences néfastes que peut entraîner la réalisation d'un ou plusieurs risques. Le système français est relativement récent puisqu'il remonte au début du XXe siècle. La loi du 5 avril 1928, modifiée et complétée par la loi du 30 avril 1930 institue les assurances sociales. Il était inscrit à l'article 1^{er} de cette loi que « *les assurances sociales couvrent les risques maladie, invalidité prématurée, vieillesse, décès et comportement une participation aux charges de famille et de maternité dans les conditions déterminées par la présente loi* »⁵. Il faut attendre 1945 pour que la base du système français prenne réellement forme. L'ordonnance-cadre du 4 octobre 1945 prévoit qu'il est « *institué une organisation de la sécurité sociale destinée à garantir les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain, à couvrir les charges de maternité et les charges de famille qu'ils supportent* »⁶. La Sécurité sociale de 1945 peut se traduire sommairement comme un système se finançant par des cotisations sociales et versant des prestations proportionnelles aux revenus sous réserve de certains plafonds ou planchers⁷. L'ordonnance de 1945 s'inscrit parfaitement dans le cadre du Préambule de la Constitution de 1946 qui proclame la protection contre les risques de l'existence⁸.

⁵ Loi sur les assurances sociales du 28 avril 1928 complétée et modifiée par la loi du 30 avril 1930. www.gallica.bnf.fr.

⁶ Ord. n°45-2250 du 4 octobre 1945, art. 1^{er}.

⁷ P. MORVAN, Droit de la protection sociale, LexisNexis 2013, p. 6, n°11.

⁸ Constitution du 27 oct. 1946, al. 11 : « *Elle 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*

4. Pluralité des systèmes.- Le système français est calqué sur la pensée bismarckienne. Chancelier impérial allemand au cours de la deuxième moitié du XXe siècle, Otto von Bismarck a permis le développement d'un système de protection sociale par la publication d'une série de lois de 1883 à 1889. Voyant la montée du socialisme, il décida d'instituer, avant que les socialistes n'y parviennent, des assurances maladie, accidents du travail, invalidité et vieillesse. Le système développé par Bismarck rend obligatoire l'affiliation à un régime. Les cotisations sont proportionnelles aux salaires et sont partagées entre salariés et employeurs⁹. Face au système bismarckien s'érige le système dit Beveridge. Lord William Beveridge est l'initiateur d'un régime de sécurité sociale qui soit à la fois universel – qui bénéficie à toute la population – et uniforme – sans qu'il n'y ait de conditions de ressources. Il écrit en 1942, dans le rapport de la commission qu'il préside, que la sécurité sociale doit être pérennisée par la coopération entre l'Etat et les individus¹⁰. Aux Etats-Unis est mis en place le Social Security Act par le Président Roosevelt permettant de mettre en place un « *bien-être général par un système de retraite fédéral* »¹¹.

5. Retraite complémentaire.- Bien que contestée par les libéraux, la sécurité sociale permet de donner un nouveau souffle aux populations de l'après Seconde Guerre Mondiale. Cependant, il est apparu rapidement une insuffisance du coup de pouce étatique et notamment en matière de retraites. Partant de ce constat, les partenaires sociaux se sont une première fois réunis et ont abouti, le 14 mars 1947 à la création d'un nouveau régime complémentaire de retraite destiné aux salariés cadres géré par l'Association Générale des Institutions de Retraite des Cadres (AGIRC). Ce régime complémentaire, ayant la nature juridique d'une convention collective (du moins au début), est le fruit d'une fracture entre cadres et non cadres qui n'a cessé de grandir tout au long de la première moitié du XXe

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 ».

⁹ V. P. MORVAN, Droit de la protection sociale, LexisNexis 2013, p. 4, n°7.

¹⁰ W. BEVERIDGE, « Social insurance and allied services », 1942, Report p. 6 : « *The third principle is that social security must be achieved by co-operation between the State and individual* ».

¹¹ The Social Security Act, 1935, Preamble : « *An act to provide for the general welfare by establishing a system of Federal old-age benefits* »(V. www.ssa.gov).

siècle. En effet, les lois de 1928 et de 1930¹² et l'ordonnance-cadre du 4 octobre 1945 ne permettaient aux cadres de bénéficier d'un régime de retraite satisfaisant, dans la mesure où avait été fixé un plafond réglementaire des cotisations patronales et salariales¹³. Les salariés non-cadres ne bénéficiaient pas de la Convention collective nationale de 1947 réservés aux seuls cadres n'ont pas bénéficié d'un régime de retraite complémentaire immédiatement après l'édition de celui des cadres. Plusieurs accords sectoriels ou professionnels ont fleuri sans aucune généralisation à l'ensemble des salariés non cadres¹⁴. Finalement c'est par un accord national et interprofessionnel du 8 décembre 1961 que l'ARRCO¹⁵ fut instituée. Malgré ces deux régimes de dimension nationale, le constat est fait au début des années 1970 que près d'un million de salariés et 600 000 retraités ne bénéficiaient pas d'un régime de retraite complémentaire¹⁶. Dans cette perspective, la loi du 29 décembre 1972 portant généralisation de la retraite complémentaire au profit des salariés et des anciens salariés¹⁷ a rendu obligatoire l'adhésion à l'un des deux régimes (cadres ou non-cadres) pour tous les salariés relevant du régime général de la sécurité sociale (au titre de l'assurance vieillesse). L'article L. 921-1 du Code de la sécurité sociale dispose désormais « *Les catégories de salariés soumis à titre obligatoire à l'assurance vieillesse du régime général de sécurité sociale (...) sont affiliés obligatoirement à une de ces institutions* ».

6. Le développement d'un cadre institutionnel en matière de retraite complémentaire est certain. Mais est-il suffisant ? La réponse, évidemment négative, appelle le développement de ce que l'on désigne comme étant la protection sociale complémentaire. Cette notion a tendance à être confondue avec la prévoyance. La prévoyance se divise en deux sous-catégorie : d'abord il y a la prévoyance couvrant les risques dits *lourds* que sont l'incapacité, l'invalidité et le décès ; ensuite il y a la prévoyance couvrant les risques dits *courts* que sont

¹² V. *supra* §3.

¹³ Ord. n°45-2250 du 4 octobre 1945, art. 31.

¹⁴ Citons à titre d'illustration l'accord du 1^{er} janvier 1953 réservé aux agents de maîtrise, techniciens et assimilés de l'industrie des métaux ou encore cela du 1^{er} janvier 1955 réservé aux salariés du bâtiment (V. JCI, Protection sociale Traité, Fasc. 810).

¹⁵ Association des Régimes de Retraite Complémentaire.

¹⁶ JCI, Protection sociale Traité, Fasc. 810

¹⁷ L. n°72-1223, 29 déc. 1972.

l'accident, la maladie, la maternité et les frais médicaux¹⁸. Dans la présente étude, les termes de protection sociale complémentaire et de prévoyance seront utilisés sans qu'aucune différence ne les distingue l'un de l'autre.

7. L'institutionnalisation des régimes de retraites dits complémentaires n'a pas pour effet d'entraîner, dans son sillage, une institutionnalisation de la protection sociale complémentaire. Ce constat ne va pas en s'améliorant dans la mesure où les dépenses de la Sécurité sociale atteignant des sommes extraordinaires au cours des dernières années¹⁹, les politiques publiques voient à la baisse ces dépenses pour l'avenir ce qui, corrélativement, entraîne une baisse de la prise en charge. Face à ce repli de la Sécurité sociale et à l'explosion des déficits, la protection sociale complémentaire paraît représenter une réponse adaptée. Mais cette réponse n'est pas nouvelle. En 1989 fut votée la loi visant à « *renforcer les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques* »²⁰ dite loi « Evin ». Cette loi constitue la preuve d'un développement maintenant ancien des régimes de protection sociale complémentaire constituant un véritable plancher sous les pieds des salariés²¹. De même, la loi du 8 août 1994 n°94-678 ajoutant un livre IX dans le Code de la sécurité sociale spécialement consacré aux garanties collectives a considérablement renforcé le rôle de la protection sociale complémentaire dans les entreprises françaises.

8. **Mise en œuvre.**- Même si la protection sociale complémentaire n'est pas récente, son développement s'est accéléré au cours des dernières années²². Reste à savoir comment les acteurs de la protection sociale complémentaire sont en mesure de mettre en place une

¹⁸ P. KLEIN, L'opération de prévoyance, Thèse dactyl. 2011.

¹⁹ Rappelons qu'en 2007 le déficit du seul régime général atteignait les 9,5 milliards d'euros et passa à près de 24 milliards en 2010. En 2014, le déficit est cependant repassé sous la barre des 10 milliards (V. Rapport Annuel sur la Sécurité sociale pour 2014, Cour des comptes ; LesEchos, « *Le déficit de la Sécurité sociale repasse sous les 10 milliards* »).

²⁰ L. n°89-1009, 31 déc. 1989.

²¹ Pour reprendre l'expression de Sir William Beveridge qui, dans son rapport de 1942, avait précisé que le système de sécurité sociale qu'il souhaitait mettre en place n'était destinée qu'à « *glisser un plancher sous la société libérale* ».

²² Ph. COURSIER, B. SERIZAY, La protection sociale complémentaire en questions, Litec 2011.

telle protection. L'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale offre la possibilité à l'employeur de mettre en place un régime de protection sociale complémentaire de trois façons différentes : la convention ou l'accord collectif, l'accord référendaire et la décision unilatérale. Lorsque l'un de ces trois fondements sera utilisé, il constituera pour l'avenir le socle, la base du régime de protection sociale complémentaire. Ainsi, la qualification emportant un régime, chacun des modes énoncés à l'article L. 911-1 sera soumis à des règles différentes qu'il sera nécessaire d'étudier. Une fois l'acte fondateur édicté, reste à savoir comme le régime de protection sociale complémentaire peut être géré. En matière de retraite complémentaire, que ce soit pour les cadres (AGIRC) ou pour les non-cadres (ARRCO), la gestion d'un régime se fait en répartition : une solidarité professionnelle est mise en place dans la mesure où les cotisations des actifs financent immédiatement les prestations servies aux inactifs²³. En matière de prévoyance, la question s'est posée de savoir s'il valait mieux recourir à la technique de la répartition – comme c'est le cas pour la retraite complémentaire AGIRC/ARRCO – ou bien à la capitalisation, permettant aux cotisations de se transformer en droits individuels. La loi du 8 août 1994²⁴ a interdit la gestion en répartition aux institutions ayant la qualité de tiers assureur.

9. Seules les institutions de prévoyance, les mutuelles et les entreprises d'assurance sont « *habilitées à mettre en œuvre les opérations de couvertures* »²⁵ issues de l'acte fondateur de droit du travail. La question se pose alors de savoir quelle forme va prendre la concrétisation des couvertures évoquées. C'est à ce moment qu'intervient l'opération de prévoyance²⁶ : lorsqu'un système d'assurance privée vient en complément ou en supplément

²³ P. MORVAN, Droit de la protection sociale, Lexis Nexis 2013, p. 284 et s., n°345.

²⁴ L. n°94-678, 8 août 1994.

²⁵ L. n°89-1009, 31 déc. 1989.

²⁶ Sur la notion d'opération de prévoyance, V. P. KLEIN, L'opération de prévoyance, Thèse dactyl. 2011. Dans cette étude, l'auteur distingue trois modèles de protection sociale complémentaire. Le premier étant l'assurance substitutive, c'est-à-dire que le salarié opte pour l'assurance sociale légale ou pour une assurance privée. La deuxième est l'assurance dite duplicative en ce que les salariés bénéficient des mêmes garanties que le régime de base mais celles-ci sont délivrées par des prestataires différents. Enfin, la dernière catégorie est celle de l'opération de prévoyance : il s'agit d'un complément ou d'un supplément venant s'ajouter à ce qui est délivrée par le régime de base.

de ce qui est déjà assurée par les assurances sociales obligatoires. Se dessinent peu à peu les contours de la triangulation juridique propre à l'opération de prévoyance et à la protection sociale complémentaire de manière plus générale. Cette triangulation juridique constitue une confluence de plusieurs droits : droit du travail, droit de la sécurité sociale, droit des obligations, droit des assurances etc. Chacun apportant aux divers actes juridiques composant l'opération de prévoyance des mécanismes qui lui sont propres. Le tout créant une matière en perpétuelle renouvellement : le droit de la protection sociale complémentaire.

10. Nœud.- De la triangulation, véritable nœud gordien juridique, plusieurs actes juridiques peuvent être extraits. D'abord, il y a l'acte fondateur qui peut être une convention ou un accord collectif, l'accord référendaire et la décision unilatérale de l'employeur, chacun répondant à un régime juridique propre. Dans la mesure où le contrat-cadre peut se définir comme « *un accord de base qui encadre les conventions à intervenir de liens juridiques plus ou moins lâches selon qu'il comporte ou non d'obligation de contracter* »²⁷, l'acte fondateur de droit du travail est un contrat-cadre. Toutefois, ce contrat-cadre ne peut satisfaire le besoin de protection sans être accompagné d'un second acte juridique dont l'existence est tout aussi importante : il s'agit du contrat d'assurance de groupe. Ces deux actes forment le régime de protection sociale complémentaire dans la mesure où est créé un « *système de règles considéré comme un tout* »²⁸. Ce régime est à l'origine de nombreuses zones d'ombre dans la compréhension de la technique juridique étudiée.

Section 2. La légitimité de la protection sociale complémentaire

11. Autonomie de la volonté.- Les historiens du droit s'accordent à penser que l'Ancien régime et notamment l'Ancien droit constituaient une entrave au développement de l'autonomie de la volonté individuelle. L'encadrement par le pouvoir royal de la vie économique empêchait le développement de relations contractuelles individuelles. La Révolution française et la philosophie des lumières marquèrent le point de départ d'une nouvelle ère en droit des obligations. La doctrine de la fin du XIXe siècle s'accorda pour

²⁷ Contrat-cadre *in* Vocabulaire juridique, G. CORNU, PUF.

²⁸ Régime *in* Vocabulaire juridique, G. CORNU, PUF.

désigner ce mouvement comme étant celui de l' « *autonomie de la volonté* »²⁹. La théorie de l'autonomie de la volonté est le fruit de deux mouvements majeurs. D'abord, la philosophie individualiste issue des Lumières fait de l'homme un être fondamentalement libre. Cette liberté de fait a pour conséquence que l'homme ne peut être lié s'il n'y a pas consenti. La volonté est donc la source essentielle de sa liberté ou de son asservissement contractuel³⁰. Ensuite, le libéralisme économique fait du contrat la source du droit par excellence. Etant la résultante de deux volontés aux intérêts différents mais complémentaires, le contrat ne peut être que juste³¹. Le libéralisme économique pourrait se résumer ainsi : « *Si une obligation imposée peut être injuste, une obligation acceptée ne peut pas l'être* »³². De cette autonomie de la volonté, trois conséquences découlent : la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et l'effet relatif du contrat. Ces trois conséquences ont, aujourd'hui encore, une place importante dans le droit des obligations français du 21^e siècle. L'article 1134 rappelle la liberté contractuelle et la force obligatoire du contrat³³ ; l'article 1165 évoque le caractère relatif du contrat conclu³⁴.

12. Cependant, la beauté des principes n'est pas inaltérable. Comme le relève certains auteurs, il serait erroné de croire que le contrat est un instrument immuable hérité du droit romain³⁵. En vérité, le contrat n'est que le reflet de la pensée philosophique, politique, économique et sociale de l'époque dans laquelle il s'inscrit. Le libéralisme économique soutenant un équilibre naturel mis en œuvre par le concours spontané des libertés

²⁹ Le terme, purement doctrinal, a été créé par une partie de la doctrine à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle pour désigner le mouvement né de la Révolution française et du Code civil (V. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE Droit civil - Les obligations : Dalloz, 2009).

³⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE Droit civil - Les obligations : Dalloz, 2009, p. 30, n°21.

³¹ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *préc.* Les auteurs reprenant la formule du philosophe Fouillée selon lequel « qui dit contractuel, dit juste ».

³² F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *préc.*, p. 31, n°22.

³³ L'article 1134 alinéa 1 dispose : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faite* ». A condition que les cocontractants respectent les règles impératives (« légalement formées »), il leur loisible de se lier (« tiennent lieu de loi »).

³⁴ La première partie de l'article 1165 du Code civil est rédigé comme suit : « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* ».

³⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *préc.*, p. 29, n°18.

individuelles, le contrat y trouve un milieu favorable à son épanouissement. De l'autre côté, l'étatisation de la vie économique influencée par le socialisme³⁶, impose un cadre au contrat qui le prive de l'influence qu'il aurait dans une économie libéralisée.

13. Confrontation.- La compréhension de la philosophie dans laquelle s'inscrit le contrat est indispensable pour appréhender l'opération de prévoyance. La protection sociale complémentaire ne peut être assimilée à la protection sociale contre laquelle lutte le libéralisme du fait de l'interventionnisme de l'Etat dans sa réalisation. La protection sociale complémentaire, quant à elle, fait intervenir la libre concurrence entre les organismes assureurs³⁷ et libère les lois du marché. Toutefois, et selon Jacques Barthélémy, le centre de la triangulation juridique propre à l'opération de prévoyance « *est à l'évidence la solidarité* »³⁸. Cette solidarité décrite par Jacques Barthélémy fait du droit de la protection sociale complémentaire une matière évoluant dans une logique assurantielle et ouverte à la voie du libéralisme économique tout en étant éprise de solidarité. Cette confrontation directe entre des principes qui pourraient s'avérer être antagonistes se traduit par des situations originales. Les principes issus de la philosophie des lumières et du libéralisme économique sont ébranlés par la solidarité, la mutualisation et parfois même l'égalité³⁹. L'accord de volonté des parties à l'opération de prévoyance se trouve affecté par le jeu de la liberté économique et par celui lié aux impératifs de la solidarité et de la mutualisation.

³⁶ Au sens philosophique du terme et sans prendre en compte les multiples formes qu'il peut prendre, le socialisme consiste en l'affirmation de la priorité du bien général de la société sur l'intérêt particulier de l'individu (V. HANSEN-LOVE (dir), *La philosophie de A à Z*, Hatier, 2004).

³⁷ Sur ce point, V. le débat sur les clauses de désignation et les clauses de recommandation (*infra* §52). V. également J. BARTHELEMY, « *Protection sociale complémentaire : de la conception institutionnelle à la conception assurantielle* », JCP S 2006, 1810.

³⁸ J. BARTHÉLÉMY, *Solidarité et accord de protection sociale complémentaire*, in *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Etudes offertes à Jean Pélissier, Dalloz 2004, in P. KLEIN, *L'opération de prévoyance*, Thèse dactyl. 2011.

³⁹ V. P. KLEIN, *L'opération de prévoyance*, Thèse dactyl. 2011, p. 21, n°20 ; V. également sur l'égalité, Libéralisme in V. HANSEN-LOVE (dir) *préc.*, dans lequel il est expliqué que le libéralisme poursuit l'égalité des droits et non pas l'égalité sociale qui se traduirait par une intervention de l'Etat dans la société civile, signe funeste pour la liberté.

14. Plan.- La présente étude sera consacrée à l'examen de ces perturbations affectant l'opération de prévoyance en son entier. Il s'agira ainsi de déterminer la place donnée par le droit positif à l'accord de volonté dans les régimes de protection sociale complémentaire, tant au temps de leur formation (**Titre 1**) qu'au temps de leur exécution (**Titre 2**).

Titre 1. La place de l'accord au temps de la formation des régimes de protection sociale complémentaire

15. De l'accord de volonté entre plusieurs acteurs naît un régime de protection sociale complémentaire. Plus précisément, l'accord de volonté de ces acteurs est double : l'un prend place dans l'opération collective d'assurance (**Chapitre 1**), l'autre dans son support (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. L'accord des parties dans l'opération collective d'assurance

16. La mise en place d'un régime de protection sociale complémentaire suppose, de prime abord, qu'un accord de volonté existe (**Section 1**). Pourtant, et aussi singulier que cela puisse paraître, l'accord de volonté peut être absent (**Section 2**).

Section 1. L'accord de volonté présent

17. **Plan.**- Les volontés de l'employeur et du salarié se manifestent dans l'hypothèse où un régime de protection sociale complémentaire est mis en place par acte collectif (**Sous-section 1**) ou par accord référendaire (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. L'existence de l'accord de volonté dans l'acte collectif

18. Selon l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale, les garanties collectives dont peuvent bénéficier les salariés d'une entreprise peuvent être instituées « *par voie de conventions ou d'accords collectifs* »⁴⁰. L'acte collectif constitue donc l'un des trois modes d'édition d'un régime de protection sociale complémentaire. Sa nature est ambiguë (§1) et son régime ouvre la voie à de nombreuses possibilités quant à son contenu (§2).

§1. La nature ambiguë de l'acte collectif de protection sociale complémentaire

19. **Débat historique.**- La fin des années 1950 marque le début d'un débat. Paul Durand écrit ainsi en 1960 que « *l'ordre juridique ne s'établit jamais dans la confusion, et l'imprécision des mots retentit sur le fond même du droit* »⁴¹. La réalité selon laquelle la qualification emporte application d'un régime particulier trouve ici toute son importance. De ce débat, des interrogations sont nées (I). Des réponses ont été apportées (II).

⁴⁰ CSS, art. L. 911-1

⁴¹ P. DURAND, « *Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale* », Dr. soc., 1960, 42.

I. Les interrogations nées

20. Définitions.- La lecture du Dictionnaire juridique Cornu laisse le lecteur circonspect. Celui-ci opère une distinction entre la convention collective de travail et la convention collective de prévoyance. Alors qu'il définit la première comme la convention conclue en vue de déterminer les conditions de travail et de rémunération, la seconde est définie comme étant un "*dérivé(e) de la convention collective de travail, mais portant seulement sur les garanties sociales complémentaires auxquelles auront droit les salariés*"⁴². Cette distinction révèle l'existence, *a priori*, d'une différence entre ces deux actes collectifs. Cette différence d'objet, aux yeux de certains auteurs, souligne des distinctions fondamentales.

21. Légitimité⁴³.- La première critique adressée à l'application du droit commun des actes collectifs aux conventions de prévoyance siège dans la légitimité des partenaires sociaux signataires. Il apparaît aujourd'hui certain que la représentativité syndicale accordée à certains partenaires sociaux constitue un instrument du dialogue social⁴⁴. Par le biais des conventions et accords collectifs, les représentants des salariés et des employeurs donnent naissance à un corps de règles qui leur sont applicables. Remettre en cause la légitimité des partenaires sociaux, dont on sait qu'elle s'est accrue par la loi du 20 août 2008 dite de modernisation de la démocratie sociale, est excessif. Mais ce discours s'applique-t-il également aux conventions de prévoyance ? Le débat doctrinal est ouvert.

22. L'existence d'un régime de protection sociale complémentaire suppose un financement. L'article L. 112-1 du code des assurances précise que « *le souscripteur d'une assurance contractée pour le compte de qui il appartiendra est seul tenu de la prime envers l'assureur* »⁴⁵. Cette disposition montre que l'employeur s'engage seul, au moment de la souscription du contrat d'assurance, à verser à l'organisme assureur les primes ou cotisations

⁴² Convention collective de prévoyance *in* Vocabulaire Juridique, G. CORNU, PUF.

⁴³ J-J DUPEYROUX, « *Sur les accords collectifs relatifs à la protection sociale complémentaire* », Dr. soc., 1994, p. 820.

⁴⁴ L. DAUXERRE, La représentativité syndicale instrument du dialogue social, Thèse PUAM, 2004

⁴⁵ C. ass. art. L. 112-1, al. 3.

dues au titre du contrat d'assurance. Il pourra financer seul ou avec le salarié le régime. Si le choix a été retenu de financer le régime par le mécanisme du précompte, le salarié est directement concerné. Dans cette situation, la question de la légitimité des partenaires sociaux jaillit.

23. Lorsque les négociateurs décident de répartir les cotisations entre l'employeur et les salariés, les cotisations dues par ces derniers sont déduites de leur salaire. Cette atteinte à l'« *élément essentiel* », pour reprendre une expression de Jacques Barthélémy⁴⁶ est problématique au sens du droit des obligations.

24. Il a été écrit que « *dans le système individualiste du Code, la liberté existe pour entrer dans la contrainte mais non pour en sortir. Si l'homme n'est jamais obligé par la volonté des autres, il est obligé par lui-même. Les contraintes extérieures sont remplacées par la contrainte intérieure, par l'autonomie de la volonté, c'est à dire par la dépendance de la volonté vis-à-vis d'elle même une fois qu'elle s'est exprimée* »⁴⁷. Selon Jacques Ghestin⁴⁸, c'est en ce sens que l'article 1134 alinéa 1 du Code civil doit être compris : de l'article 1134 alinéa 1 du code civil naît la force obligatoire du contrat.

25. Corollaire inévitable de l'article 1134 du code civil, l'article 1165 du même code dispose « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ». Les partenaires sociaux qui concluent un acte collectif, dont le Conseil d'Etat a reconnu la valeur de contrat de droit privé⁴⁹, ne peuvent, au sens du droit des obligations, imposer aux salariés une cotisation ; le salarié qui a la qualité de tiers ne peut pas y être obligé. Imaginons un salarié bénéficiant du SMIC et se faisant amputer d'une cotisation qu'il n'a pas souhaité. La cotisation ne constitue-t-elle pas pour lui, une contrainte ?

⁴⁶ J. BARTHELEMY, « *Le référendum en droit social* », Dr. soc., 1993, p. 91.

⁴⁷ G. MORIN, « *La désagrégation de la théorie contractuelle du code* », Arch. phil. dr., 1940, p. 7 et s.

⁴⁸ J. GHESTIN, *La formation du contrat*, Tome 1 : Le contrat - Le consentement, LGDJ, 4e Edition, 2013, p. 157.

⁴⁹ CE, Section, 4 mars 1960, Société anonyme Le peignage de Reims, n° 39554, 168.

26. Les contestations voyant dans ce mécanisme une atteinte à un élément essentiel du patrimoine du salarié prennent toute leur ampleur. C'est l'un des éléments qui a poussé certains auteurs (notamment J-J Dupeyroux) à juger nécessaire l'existence d'un régime spécifique aux conventions et accords de prévoyance, ceux-ci créant des "problèmes beaucoup trop originaux"⁵⁰.

27. **Garanties sociales et régimes.**- La question n'est plus d'actualité. La loi emploie indistinctement les notions de garanties sociales⁵¹ et de régime⁵² Tel ne fut pas le cas auparavant. Le débat sur cette distinction conduisit une partie de la doctrine⁵³ à, là encore, établir une distinction entre la nature des actes de prévoyance et ceux relatifs aux conditions de travail. Alors que les garanties sociales ne seraient que les prestations assurées directement par l'employeur (telles que les indemnités journalières de maladie), le régime serait un circuit financier assuré par une institution. C'est parce que la création d'un régime conduit à recourir à une institution extérieure qu'une différence de nature entre les conventions serait à consacrer. La Cour de cassation elle-même a employé le terme de « régime » sans pour autant se positionner sur une éventuelle différence de nature juridique⁵⁴.

II. Les réponses apportées

28. **Des questions sans réponse ?**- Si des auteurs n'ont cessé d'affirmer l'existence d'une différence fondamentale entre les conventions de droit du travail et celles de prévoyance, il n'apparaît pas que ceux-ci aient apporté des réponses concrètes à la véritable nature des actes collectifs de prévoyance. La solidarité apparaît comme l'une des réponses que l'on peut apporter aux interrogations autrefois soulevées (A). Le législateur, au nom de tous, a lui aussi tranché (B).

⁵⁰ J-J DUPEYROUX, « *Les exigences de la solidarité* », Dr. soc., 1990, 741.

⁵¹ V. par ex., L. 2221-1 c. trav.

⁵² V. par ex. L. 2242-11 c. trav.

⁵³ J-J. DUPEYROUX « *Sur les accords collectifs relatifs à la protection sociale complémentaire des salariés* », Dr. soc., 1994, 820.

⁵⁴ Cass. soc., 19 mars 1994, n°91-11516

A. La solidarité : une réponse appropriée

29. L'obscurité éclairée.- Certains auteurs ont conclu qu'il était « *souhaitable de sortir les accords de prévoyance de la qualification de convention collective de travail pour leur conférer une nature spécifique, celle justement que favorise la solidarité* »⁵⁵. Cette affirmation, qui répond aux contestations du Professeur Dupeyroux, ne convainc pas. En effet, la solidarité trouve écho dans le droit du travail ainsi que dans le droit de la protection sociale complémentaire.

30. Solidarité et droit du travail.- Définie par le Vocabulaire juridique comme étant un « *lien d'entraide unissant les membres d'une communauté* »⁵⁶, la solidarité peut, dans le cadre de l'étude du droit social, se retrouver en droit du travail. Selon Lydie Dauxerre, « *la solidarité en droit du travail ne relève pas du domaine de l'évidence ; elle n'existe pas par elle-même ; elle n'est pas le fruit du hasard ; elle se crée ; elle se pense. Elle ne se présume pas. La solidarité n'est pas une qualité inhérente à la personne mais à la société ; les actes et les faits dont elle constitue la cause en portent témoignage* »⁵⁷. Ainsi, la solidarité aurait des implications concrètes dans les relations de travail - grèves de solidarité, groupements d'employeurs - et ce, qu'elle soit voulue ou contrainte⁵⁸.

31. Solidarité et droit de protection sociale complémentaire.- Le Professeur Barthélémy associe la solidarité au droit de la protection sociale complémentaire⁵⁹. Il déclare,

⁵⁵ J. BARTHELEMY, "Regardes croisés sur les clauses de désignation et de migration", les cahiers du DRH, 2012, n°185

⁵⁶ Solidarité in Vocabulaire juridique, PUF.

⁵⁷ L. DAUXERRE, "La solidarité en droit du travail" in La cause en droit du travail (dir. B. TEYSSIE), Ed. Panthéon-Assas 2013, p. 270.

⁵⁸ V. P. PIC, Traité élémentaire de législation industrielle – les lois ouvrière, Edition A. ROUSSEAU, 3^e éd. 1909, p. 45 et s. : Pour Paul Pic, l'école solidariste « *ne fait intervenir l'Etat que pour compléter l'œuvre des groupements libres, et réaliser les réformes reconnues nécessaires, que seule la contrainte légale peut, en l'état actuel de nos mœurs, accomplir avec méthode et succès* ».

⁵⁹ J. BARTHELEMY, *ibid.*, n°185.

reprenant une formule empruntée à Jean-Michel Berlogey, que la « *solidarité est consanguine de la Sécurité sociale* »⁶⁰. Sur ce point, la lumière de Léon Bourgeois, partisan du solidarisme, nous est utile puisqu'il considérait que l'obligation pour les plus favorisés d'assister les plus démunis est strictement juridique⁶¹. En droit de la protection sociale complémentaire, cela signifierait que les salariés représentent une communauté. Lorsque l'un des membres est victime d'un risque social, les autres doivent contribuer à son rétablissement. La solidarité nationale, socle de la Sécurité sociale, est donc la mère des solidarités des régimes de protection sociale complémentaire.

32. Solidarité et consentement.- Si la solidarité n'est pas une qualité inhérente à l'homme mais doit être pensée par lui et pour lui, lorsqu'elle est concrétisée, ses effets dépassent les espérances mais aussi les craintes. L'écho que renvoie la solidarité en droit du travail se retrouve inéluctablement en droit de la protection sociale complémentaire. Les principes fondateurs du droit des obligations subissent des altérations au profit de l'entraide entre les membres d'une communauté. La beauté théorique des principes est rattrapée par la réalité de la pratique. Point de consentement, seulement une entraide, rien qu'une entraide.

B. La réponse du législateur

33. Le général prévaut sur le spécial.- Dès 1960, Paul Durand, s'interroge sur la nature de conventions de prévoyance et conclut à l'existence évidente d'une « *configuration différente* »⁶². Mais celle-ci ne justifiait pas, selon lui, un régime dérogatoire : sans différence profonde, un seul régime uniforme suffit.

34. Cette conclusion a depuis été entérinée par le législateur qui, dans une formule dénuée de tout ambiguïté, a établi en 1994 que « *les dispositions du titre III du livre Ier du code du*

⁶⁰ J. BARTHELEMY, « *La libre concurrence à l'épreuve de la solidarité* » Les cahiers du DRH, 2012, n°185.

⁶¹ L. BOURGEOIS in J-J DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, Précis de droit de la sécurité sociale : Dalloz, 2008.

⁶² P. DURAND, « *Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale* », Dr. soc., 1960, p. 42.

travail sont applicables aux conventions et accords collectifs mentionnés à l'article L. 911-1 »⁶³. Prenant acte de cette précision, la jurisprudence a précisé à propos d'un système complémentaire de retraite que l'accord conclu au niveau de l'entreprise devait être conclu conformément à l'article L. 132-19 du code du travail (nouvel article L. 2232-16 c. trav.)⁶⁴. Si une réponse désormais certaine est apportée, l'appréciation de ses fondements est malaisée (les travaux préparatoires étant trop laconiques sur ce point...⁶⁵). Notons toutefois, et comme le relève le Professeur Barthélémy, que le législateur a prévu un mode particulier d'extension et d'élargissement⁶⁶, ce qui laisse penser qu'il existe tout de même une spécificité⁶⁷.

§2. Le régime de l'acte collectif de protection sociale complémentaire

35. Strates.- L'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale ne vise que les conventions et accords collectifs sans autre précision quant à leur champ d'application. Dans le silence des textes, il faut donc entendre de manière large la notion de conventions et d'accord collectifs. Les actes collectifs pourront donc être mis en place au niveau de la branche⁶⁸ **(I)** et au niveau de l'entreprise **(II)**.

I. Le régime de l'acte collectif de branche

36. Pluralisme.- Des conventions et actes collectifs de prévoyance au niveau de la branche deux types sont à identifier : les conventions collectives orientatrices **(A)** et les conventions collectives directrices **(B)**.

⁶³ L. n° 94-678 du 8 août 1994, art. 1er.

⁶⁴ Cass. soc., 2 déc. 1998, Bull. civ. V, n°532 ; RJS 1999, n°78.

⁶⁵ Rapport n°510 (1993-1994) de Monsieur B. SEILLIER fait au nom de la commission des affaires sociales déposé le 15 juin 1994.

⁶⁶ Cf. *infra* §164 et s.

⁶⁷ J. BARTHELEMY, « *Restructurations et sort de la protection sociale complémentaire* », Gazette du Palais, 2013 n°234, p. 24 et s.

⁶⁸ J. BARTHELEMY, « *Restructurations et sort de la protection sociale complémentaire* », Gazette du Palais, 2013 n°234, p. 24 et s.: l'auteur relève que rien n'interdit les accords de protection sociale complémentaire au niveau interprofessionnel mais que ceux-ci se construisent majoritairement au niveau de la branche.

A. Les conventions collectives orientatrices

37. Désengagement.- Le développement de la protection sociale complémentaire, tantôt appelée « *sécurité sociale parallèle* »⁶⁹, tantôt « *sécurité sociale bis* »⁷⁰ est la conséquence directe d'un désengagement progressif de la Sécurité sociale. Les partenaires sociaux, conscients de ce phénomène, initient au niveau de la branche une négociation en vue d'imposer aux entreprises appartenant à leur périmètre la mise en place d'un régime de prévoyance permettant de prémunir au mieux leurs salariés.

38. Certaines conventions peuvent être qualifiées d'orientatrices ; elles aiguillent les partenaires sociaux au niveau de l'entreprise dans la négociation d'un acte collectif de prévoyance (certains auteurs ont évoqué la place laissée au « *volontarisme d'entreprise* »⁷¹). De ces conventions, aucune obligation stricte ne ressortira. Deux types de conventions orientatrices peuvent être identifiées : les conventions imposant une cotisation minimale **(1)** et celle imposant un niveau de couverture **(2)**.

1.) Les conventions imposant une cotisation minimale

39. Liberté.- Les partenaires sociaux instaurant un régime de prévoyance au niveau de la branche peuvent inciter les partenaires au niveau de l'entreprise à entrer dans une démarche active. Ces conventions laissent ainsi une importante marge de manœuvre au niveau des entreprises de manière à engager un mouvement de responsabilisation des partenaires sociaux. Ceux-ci jouiront d'une liberté, presque totale, dans la détermination des modalités de leur régime.

⁶⁹ M. LUCAS, « *Les enjeux de la protection sociale complémentaire* », Dr. soc., 1986, p. 286.

⁷⁰ Ph. COURSIER, B. SERIZAY, « *Protection sociale complémentaire : trop c'est trop!* », JCP S, 2014, 1413.

⁷¹ B. TEYSSIE, « *La mise en place de la protection sociale complémentaire et le droit du travail* » Dr. soc., 1986, p. 296.

40. Modalités.- Des auteurs ont constaté que la convention imposant une cotisation minimale se rapprochait, dans son principe, de l'article 7 de la convention AGIRC de 1947⁷². En effet, l'article 7 de cette convention prévoit que « *les employeurs s'engagent à verser, pour tout bénéficiaire visé aux articles 4 et 4 bis de la Convention ou à l'annexe IV à cette Convention, une cotisation à leur charge exclusive, égale à 1,50 % de la tranche de rémunération inférieure au plafond fixé pour les cotisations de Sécurité sociale* »⁷³. Les partenaires sociaux ont donc ici fait le choix de rendre l'employeur seul débiteur de la cotisation. Mais il est aussi envisageable pour les négociateurs de prévoir que l'employeur et les salariés seront codébiteurs de la cotisation.

41. Les garanties sont ensuite déterminées librement par les négociateurs au niveau inférieur. Il s'agit alors de préciser l'objet du régime, c'est-à-dire s'il est à « *cotisations définies* » ou à « *prestations définies* ». L'assureur est lui aussi librement choisi au niveau de l'entreprise.

42. Le choix de cette convention par les partenaires sociaux au niveau de la branche laisse une voie importante à la rencontre des volontés au plus près des bénéficiaires. Un certain esprit de coopération est créé entre le haut, c'est-à-dire la branche, avec une incitation à la négociation en jouant sur la liberté d'action, et la base, où les partenaires, affranchis de la tutelle de la branche, pourront créer, un régime de protection sociale complémentaire adapté à leur situation.

2.) Les conventions imposant un niveau de couverture

43. Liberté amoindrie.- Au niveau de la branche, les négociateurs peuvent également opter pour des conventions qui imposeront aux négociateurs à l'échelle de l'entreprise un certain niveau de couverture. Cette seconde alternative orientatrice permet encore une fois de doper le dialogue social au plus proche des salariés tout en s'assurant que les négociations

⁷² Ph. COURSIER, B. SERIZAY, La protection sociale complémentaire en questions : Litec, 2011, p. 16

⁷³ Art. 7 CCN AGIRC, 17 mars 1954

mèneront à des accords sensibles à la prise en charge des effets faisant suite à la réalisation d'un risque.

44. Modalités.- Les négociateurs de branche désignent tout ou partie des risques sociaux en les assortissant d'une couverture minimale plancher⁷⁴. L'entreprise négocie librement le contrat avec l'assureur qu'elle a choisi en fonction des conditions qu'il propose. Sur ce point, les partenaires sociaux au niveau de la branche tentent de limiter les effets que leur accord de volonté pourrait avoir dans les entreprises. En créant simplement un niveau de couverture, ils s'assurent d'une protection accrue tout en laissant ceux directement concernés déterminer les conditions auxquelles ils seront soumis.

B. Les conventions collectives directrices

45. Liberté évincée.- Les négociateurs au niveau de la branche peuvent préférer, plutôt que des conventions orientatrices, des conventions qualifiées de directrices. La volonté des partenaires sociaux de branche se substitue alors presque totalement à celle des partenaires au niveau de l'entreprise.

46. Modalités.- Les négociateurs déterminent les garanties offertes par le régime de protection sociale complémentaire. La fixation d'un niveau de garantie permet d'uniformiser les garanties offertes pour un ensemble d'entreprises au niveau d'une branche. Peuvent également être déterminés le taux de cotisation de l'employeur ainsi que celui pesant sur les salariés. On retrouve ici l'esprit de la convention AGIRC de 1947 et notamment son article 7 imposant une cotisation, uniquement patronale, à hauteur de « *1,50% de la tranche de rémunération inférieure au plafond fixé pour les cotisations de Sécurité sociale* ».

⁷⁴ Ainsi, ils pourront déterminer que telle indemnisation sera due en cas d'incapacité ou encore que telle rente devra être versée en cas d'invalidité, tel capital etc.

§2. Le régime de l'acte collectif d'entreprise

47. Entre volonté et soumission.- La doctrine tend à distinguer les régimes de protection sociale complémentaire voulus (I) des régimes subis (II)⁷⁵.

I. Les régimes de protection sociale complémentaire voulus

48. « Perspective dynamique »⁷⁶. - Face aux difficultés financières rencontrées par la Sécurité sociale et, en conséquence, à son repli progressif, la protection sociale complémentaire se développe. Les entreprises, conscientes de ce mouvement, se sont trouvées une vocation⁷⁷ : le développement de la prévoyance.

49. « Instruments d'une politique de gestion du personnel »⁷⁸ - Le constat est dressé que l'entreprise ne doit pas venir compenser l'érosion des régimes obligatoires et notamment celle de la Sécurité sociale. Pourtant, la mise en place d'un régime de prévoyance constitue sans nul doute un avantage concurrentiel. La prévoyance devient alors, aux côtés de l'épargne salariale, un instrument de la politique sociale sur lequel l'entreprise doit compter. Certains préconisent de faire en sorte que le dispositif de prévoyance soit supporté par une politique de gestion des ressources humaines sensible à l'implication professionnelle⁷⁹.

50. Consentement victorieux.- Selon le Professeur Teyssié, les conventions et accords d'entreprise permettent d'éviter « *l'arbitraire de l'unilatéral, donnant aux salariés - ou du moins à leurs représentants - la possibilité d'intervenir efficacement dans la vie de l'entreprise* »⁸⁰. L'accord peut donc être négocié par les délégués syndicaux⁸¹ ou à défaut par

⁷⁵ B. TEYSSIE, « *La mise en place de la protection sociale complémentaire et le droit du travail* » Dr. soc., 1986, p. 296.

⁷⁶ B. TEYSSIE, *ibid.*, p. 296.

⁷⁷ Ph. COURSIER, B. SERIZAY, *La protection sociale complémentaire en questions*, Propos introductifs : Litec, 2011,

⁷⁸ B. TEYSSIE, *ibid.*, p. 296.

⁷⁹ « *Epargne, Retraite, Prévoyance d'entreprise* », Editions L'Argus de l'assurance, 2011.

⁸⁰ B. TEYSSIE, *Droit du travail*, t. 2, Relations collectives : Lexis Nexis, 2014, 9e édition, p.728, n°1333

les représentants élus du personnel⁸² ; en l'absence de représentants élus du personnel, la négociation sera confiée à un salarié mandaté par une organisation syndicale⁸³.

51. Ce cas de figure permet d'assurer au mieux la préservation du consentement des salariés et de l'employeur puisque nulle différence de périmètre n'est en mesure de se placer entre eux et la réalité de l'entreprise comme cela peut être le cas lorsqu'un accord est négocié au niveau de la branche. Le concept de démocratie sociale trouve alors toute sa signification puisque les salariés consentiront, par leurs représentants, à l'accord collectif. Leurs représentants étant une émanation d'un vote, ils sont les plus aptes à négocier les garanties les plus adaptées aux risques sociaux susceptibles de frapper les salariés de l'entreprise en question.

II. Les régimes de protection sociale complémentaire subis

52. Définitions.- Des conventions et accords collectifs de branche, des clauses de désignation et de migration peuvent ressortir. La clause de désignation se définit comme celle en vertu de laquelle les partenaires sociaux de branche désignent au préalable un organisme assureur avec lequel les entreprises de la branche doivent conclure un contrat d'assurance. La clause de migration se définit quant à elle comme la clause obligeant les entreprises ayant déjà mis en place un régime de prévoyance à conclure un nouveau contrat avec un organisme assureur désigné.

53. Tensions.- Ces clauses ont, depuis plusieurs décennies, donné lieu à des décisions croisées et contrastées des juridictions européennes et nationales⁸⁴. Ces tergiversations résultent d'une tension entre, d'une part, la libre concurrence et la liberté d'entreprendre et, d'autre part, les exigences sociales. Pour le Professeur Barthélémy, cette tension est le fruit

⁸¹ C. trav. art. L. 2232-16.

⁸² C. trav., art. L. 2232-21.

⁸³ C. trav. art. L. 2232-24.

⁸⁴ J-F. AKANDJI-KOMBE, « *Clauses de désignation et de migration en matière de prévoyance et de retraite, droit de négociation collective et liberté économique* », Dr. soc., 2013, p. 880.

des acteurs du marché de l'assurance voyant dans les garanties collectives de prévoyance un produit de consommation et des partenaires sociaux qui préfèrent y voir l'expression de la protection sociale complémentaire⁸⁵.

54. Hier, la reconnaissance.- La Cour de cassation a tranché la question de la validité de ces clauses en 1994 dans un arrêt *Bayer*. C'est la « *mission sociale* » des institutions de prévoyance qui a permis aux juges du droit de justifier les clauses de désignation⁸⁶. Plus récemment, la Cour a admis que l'adhésion à un organisme assureur désigné par accord est d'ordre public⁸⁷. Par la loi du 8 août 1994, le législateur en a également admis la validité⁸⁸.

55. Par la suite, ce fut à la Cour de Justice des Communautés Européennes puis et à la Cour de Justice de l'Union européenne de reconnaître l'existence de ces clauses et leur légalité⁸⁹. La Cour de Justice de l'Union Européenne reconnaissait leur bien fait en raison de la mutualisation et du « *degré élevé de solidarité* »⁹⁰ que ces clauses apportaient. Commentant l'arrêt AG2R Prévoyance, Jacques Barthélémy a reconnu, à propos de la clause de migration, qu' « un *degré élevé de solidarité justifie une clause de migration sans laquelle les missions d'intérêt général économique, qui lui sont confiées par les partenaires sociaux, ne pourraient pas être assumées par l'assureur* »⁹¹.

56. Aujourd'hui, le désaveu.- En juin 2013, alors que les clauses de désignation et de migration étaient entrées dans le paysage juridique, le Conseil Constitutionnel les jugea

⁸⁵ J. BARTHELEMY, « *Protection sociale complémentaire. La survie des clauses de désignation* », Dr. soc., 2014, p. 1057.

⁸⁶ Cass. soc., 10 mars 1994, *Bayer*., n°91-11516 ; les clauses de migration ne sont pas visées par l'arrêt du 10 mars 1994, mais la réponse de la Cour de cassation doit leur être étendue.

⁸⁷ Cass. soc., 5 déc., 2012, n°11-18716.

⁸⁸ L. n°94-678 du 8 août 1994, art. 2 créant l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale.

⁸⁹ CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-67/06 *Albany* ; CJUE, 3 mars 2011, aff. C-437/09, *AG2R Prévoyance c./ Beaudout Père et fils SARL*.

⁹⁰ CJUE, 3 mars 2011, *ibid.*, *supra* §52. ; Le décret n°2014-1498 du 11 décembre 2014 a défini la notion de degré élevé de solidarité. v. JCP S n°52, 2014, act. 467.

⁹¹ J. BARTHELEMY, « *Regards croisés sur les clauses de désignation et de migration* » Les cahiers du DRH, 2012, n°185.

contraire à la liberté d'entreprise ainsi qu'à la liberté contractuelle⁹². Après ce coup d'arrêt porté aux clauses, le Ministre de la Santé et des Affaires Sociales déclarait publiquement vouloir réécrire l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale sans en changer le sens⁹³. Pourtant, la décision du Conseil constitutionnel se comprend. La philosophie individualiste postule que l'homme, fondamentalement libre, ne peut s'assujettir à un autre que par sa volonté, source essentielle de cette situation⁹⁴. En découle, au côté de la force obligatoire du contrat et son effet relatif, la liberté contractuelle. Au regard de ce qui précède, les clauses de désignation et de migration ne pouvaient subsister plus longtemps. Une convention de branche imposant à toutes les entreprises qu'elle vise d'adhérer à tel ou tel organisme ou de migrer vers tel autre paraît constituer une violation manifeste de la liberté contractuelle. Que les conventions engagent ceux qui y sont parties est juridiquement juste, mais qu'elles forcent ceux qui y sont parties à s'engager à nouveau envers un organisme assureur tiers par le biais d'un contrat (d'assurance) ne satisfait pas.

57. Dans la continuité de la déclaration du Ministre, l'article 7 du projet de loi de financement de la Sécurité sociale prévoyait « *les accords peuvent organiser la couverture des risques concernés en recommandant un ou plusieurs organismes* »⁹⁵. Mais la « *recommandation* » valait plutôt comme une désignation masquée puisque si l'entreprise ne respecte pas la recommandation faite par la branche, le forfait social dont elle doit s'acquitter n'est alors plus de 8%, mais de 20%. De nouveau saisi, le Conseil constitutionnel a déclaré les nouvelles clauses conformes à la Constitution tout en jugeant que le forfait social prévu caractérisait une rupture devant les charges publiques⁹⁶.

58. Demain, l'incertitude ?.- Malgré la condamnation récente des clauses de désignation par quelques juridictions du fond⁹⁷, Jacques Barthélémy se contente, une fois de plus, de

⁹² Cons. constit. Décision n°2013-672 DC, 13 juin 2013

⁹³ Les Echos. Santé, prévoyance : vers le retour des désignations. 8/10/2013

⁹⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE Droit civil - Les obligations : Dalloz, 2009.

⁹⁵ Art. 14 PFLSS pour 2014.

⁹⁶ Conseil constit., Décision n°2013-682 DC, 19 déc. 2013, considérant 55.

⁹⁷ CA Paris, 2e ch., 16 oct. 2014, CFDT c/ Féd. Syndicats pharmaceutiques de France, UNPF. Autrement dit, et pour reprendre une expression de Jacques Barthélémy, « *les contrats en cours sont [...] sanctuarisés jusqu'à*

déclarer qu' « *interdire les clauses de désignation rendant impossible la poursuite d'un objectif de solidarité revient à bafouer le droit fondamental de la négociation collective résultant des textes de l'Union européenne mais aussi de l'Europe* »⁹⁸. L'auteur conclut en invitant les partenaires sociaux à construire une « *véritable convention collective de sécurité sociale fondée sur la solidarité professionnelle et donc de procéder à une désignation en vue de donner de l'efficacité au fonds mutualisé nécessaire à la concrétisation de droits non contributifs* »⁹⁹.

59. Seules les clauses de désignation insérées dans les contrats collectifs avant le 13 juin 2013 demeurent valables¹⁰⁰. Dorénavant, reste à savoir ce qu'en disent la Cour de Justice de l'Union Européenne, la Cour Européenne des Droits de l'Homme ainsi que le Comité européens des droits sociaux...

60. Par la parution du décret n°2015-13 du 8 janvier 2015 relatif à la procédure de mise en concurrence, le « *cadre juridique des clauses de recommandation a été finalisé* »¹⁰¹. Désormais, et comme le rappelle la notice du décret, la transparence de la procédure l'égalité de traitement et l'impartialité du choix de l'organisme assureur devront faire au centre de l'attention¹⁰².

leur terme » (V. J. BARTHELEMY, « *Restructurations et sort de la protection sociale complémentaire* », Gazette du Palais 2013, n°234, p. 24.).

⁹⁸ J. BARTHELEMY, « *Protection sociale complémentaire. La survie des clauses de désignation* », Dr. soc., 2014, p. 1062.

⁹⁹ J. BARTHELEMY, *ibid.*, p. 1063.

¹⁰⁰ Cass. soc., 4 juin 2014, n°12-19953, Pascal Talbourdet / AG2R Prévoyance, décision n°10.5371. Rapport, p. 3 : « les dispositions conventionnelles conclues avant le 13 juin 2013 demeurent donc bien régies par l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale ». ; CA Paris, 2e ch., 16 oct. 2014, CFDT c/ Féd. Syndicats pharmaceutiques de France, UNPF ; Cass. soc., 11 fév. 2015, n°14-13538. ; Sur ce point, la théorie développée par Paul Roubier selon laquelle dans l'hypothèse où une loi nouvelle modifie la législation alors applicable, la loi ancienne survie à la loi nouvelle pour les relations contractuelles en cours a vocation à s'appliquer.

¹⁰¹ C. MILLET-URSIN, « *Clauses de recommandation d'organisme assureur. Mode d'emploi et questions en suspens* », Semaine Sociale Lamy, 2015, n°1669.

¹⁰² Notice du décret n°2015-13 du 8 janvier 2015 : « *les partenaires sociaux qui recommandent un ou plusieurs organismes assureurs pour assurer la gestion des garanties obligatoires de protection sociale complémentaire*

Sous-section 2. L'existence de l'accord de volonté dans l'accord référendaire

61. Plan.- L'accord référendaire, prévu par l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale, n'a jamais connu le succès qu'on aurait pu lui promettre. En tant que traduction du concept de démocratie au microcosme de l'entreprise, il tend à justifier toute décision prise sur son fondement. L'accord référendaire a la particularité de faire en sorte que les volontés de l'employeur et des salariés se rencontrent, mais de manière différée (§1). Cette particularité peut paraître ambiguë (§2).

§1. La rencontre des volontés différée

62. Choix.- L'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale laisse à l'employeur désireux de mettre en place un régime de protection sociale complémentaire une marge de manœuvre importante quant au choix de l'instrument juridique. En effet, il peut opter pour l'accord collectif, moyen permettant d'épargner les susceptibilités de chacun, la décision unilatérale ou l'accord référendaire. Le recours à l'accord référendaire révèle un choix stratégique particulier. Il est en effet nécessaire que l'employeur dispose d'un "*plan de communication pédagogique parfaitement étudié*"¹⁰³. L'accord référendaire participe à la confection de ce plan. Les enjeux de la protection sociale complémentaire devront être expliqués, en amont, aux salariés de l'entreprise de manière à ce que ceux-ci entrent dans l'isolement en étant imprégnés d'une démarche active. Ainsi, il sera opportun pour l'employeur de faire

qu'ils instituent doivent procéder à une mise en concurrence préalable de ces organismes.

Le présent décret a pour objet de définir la procédure applicable, afin notamment d'en garantir la transparence. Ainsi, les organisations syndicales de salariés et les organisations professionnelles d'employeurs devront publier un avis d'appel à la concurrence qui comprendra les conditions de recevabilité et d'éligibilité des candidatures ainsi que les critères d'évaluation des offres.

Le décret prévoit également des règles visant à assurer l'égalité de traitement des candidats tout au long de la procédure et l'impartialité des organisations syndicales de salariés et des organisations professionnelles d'employeurs lors du choix du ou des organismes recommandés, notamment en prohibant les situations de conflits d'intérêts ».

¹⁰³ "La prévoyance en entreprise", Numéros juridiques, Liaisons Sociales, 2014, p. 37.

communiquer aux salariés l'article L. 911-2 expliquant ce que revêtent les garanties collectives¹⁰⁴ afin que ceux-ci manifestent leur volonté de la façon la plus éclairée qui soit.

63. Modalités.- L'article L. 911-5 du Code de la sécurité sociale introduit par la loi du 8 août 1994 prévoit, au sujet de l'accord référendaire, que *“les conditions dans lesquelles ce projet d'accord est ratifié et adopté et les conditions dans lesquelles l'accord est ensuite modifié [...] sont définies par décret en Conseil d'Etat”*. Aujourd'hui, ce décret promis par le législateur n'a toujours pas été publié, ni même écrit. Il s'agit donc, pour l'employeur épris de démocratie, de faire preuve de courage, ou d'inconscience, selon le point de vue. Dans un premier temps, il rédige une note dans laquelle l'ensemble des garanties collectives qu'il entend faire assurer par l'intermédiaire d'un organisme assureur seront reprises et détaillées. Il s'agit de déterminer les cotisations, le niveau de la couverture, l'organisme assureur qui prendra en charge la réalisation des risques etc.

64. Votants insaisissables.- Une fois la note établie, l'employeur doit la soumettre à l'ensemble des salariés de son entreprise. Pour ce faire, un vote est organisé, comme il peut l'être dans le cadre des élections professionnelles. Il est nécessaire que les propositions de l'employeur aient été ratifiées à la *« majorité des intéressés »*. Cette expression, qui passe inaperçue, a fait l'objet de nombreux débats. Jacques Barthélémy écrivait à l'occasion : *« Qui participe au scrutin ? Voilà une question apparemment facile qui, pourtant, ne manque pas de poser de sérieuses difficultés »*¹⁰⁵. Dans un premier temps, l'article 51 du décret du 8 juin 1946 évoquait les *« travailleurs intéressés »*¹⁰⁶. D'après la rédaction, seuls les salariés

¹⁰⁴ CSS, L. 911-2 : *“Les garanties collectives mentionnées à l'article L. 911-1 ont notamment pour objet de prévoir, au profit des salariés, des anciens salariés et de leurs ayants droit, la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de 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 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”*.

¹⁰⁵ J. BARTHELEMY, « Le référendum en droit social », Dr. soc., 1983, p. 93.

¹⁰⁶ Décret n°46-1378 du 8 juin 1946, art. 51 : *« Les obligations et avantages des adhérents et les obligations des employeurs peuvent être révisés soit par accord entre employeurs et la majorité des travailleurs intéressés constaté par un vote à bulletin secret, soit par une convention collective.*

présents dans l'entreprise pouvaient prendre part au vote car eux seuls avaient la qualité de travailleurs. Cependant, le législateur est revenu sur cette notion en substituant aux travailleurs les « *personnes intéressées* »¹⁰⁷. Cette nouvelle notion ne rendait pas l'identification plus aisée : était-ce le personnel en activité ? les anciens salariés de l'entreprise étaient-ils inclus ? La loi du 8 août 1994 a inséré un article L. 911-5 dans le Code de la sécurité sociale, dont la rédaction n'a depuis pas changée, selon lequel « *les conditions dans lesquelles ce projet d'accord est ratifié [...] sont définies par décret en Conseil d'Etat* »¹⁰⁸. Plus de vingt ans après la loi, aucun décret n'a été publié, et aucun ne le sera sûrement jamais. En l'absence de l'aiguillage décrétable attendu, certains plaideurs ont espéré que la majorité des votants serait retenue. Mais la Cour de cassation en a décidé autrement en retenant la majorité des électeurs inscrits¹⁰⁹.

65. Démocratie.- Les salariés qui se sont vus remettre la note, que l'on désigne aussi par l'expression de « *règlement de protection sociale complémentaire* », peuvent alors en connaissance de cause voter pour ou contre l'instauration du régime élaboré par les soins de l'employeur. Cette méthode permet de privilégier la démocratie directe au sein de l'entreprise. Ainsi, la représentativité, notion chère aux organisations syndicales, laisse place à la légitimité « *qui ne peut éviter la référence à la majorité de la population concernée* »¹¹⁰.

66. Volonté.- L'accord référendaire est un instrument juridique efficace permettant la conservation du consentement des parties à l'opération collective d'assurance. En rédigeant sa

A défaut d'entente, le différend est réglé conformément à la procédure applicable en matière de conflits collectifs de travail ».

¹⁰⁷ Loi n°89-474 du 10 juillet 1989.

¹⁰⁸ CSS, art. L. 911-5 al 1^{er} : « *Les dispositions des articles L. 132-4, L. 132-6 et L. 423-15 du code du travail s'appliquent au projet d'accord proposé par le chef d'entreprise mentionné à l'article L. 911-1. Les conditions dans lesquelles ce projet d'accord est ratifié et adopté et les conditions dans lesquelles l'accord est ensuite modifié, mis en cause à raison notamment d'une fusion, d'une cession ou d'une scission ou d'un changement d'activité ou dénoncé ainsi que la durée du préavis qui doit précéder la dénonciation sont définies par décret en Conseil d'Etat* ».

¹⁰⁹ Cass. soc., 15 nov., 2011, n°10-20891.

¹¹⁰ J. BARTHELEMY, « *Le référendum en droit social* », Dr. soc., 1993, p. 89.

note, l'employeur choisit les termes de la prévoyance en toute liberté. Le recours, par la suite, au vote des salariés, fait que chacun d'entre eux donne son sentiment sur la couverture proposée. Il peut, en connaissance de cause, choisir ou non de voter pour qu'elle soit mise en place. Le recours au mécanisme démocratique qu'est le référendum confine les parties à une entente certaine. L'on peut se réjouir de ce mécanisme si on le scrute à l'aune du droit des obligations. L'accord référendaire est un échange de volonté complètement éclairée entre l'employeur et chacun des salariés.

§2. La nature ambiguë de l'accord

67. Plan.- Si la qualification de contrat de l'accord référendaire semble aujourd'hui admise par la majorité (I), les débats restent ouverts (II).

I. La qualification de contrat admise

68. Contrat or not contrat ?- Si le droit français reconnaît la possibilité de recourir à l'accord référendaire depuis le décret du 8 juin 1946¹¹¹, c'est la loi n°94-678 du 8 août 1994 qui en a assuré la légalité. Mais ce principe ne résout pas les maux dont souffre le référendum. Sa nature restait incertaine. Pourtant, la Cour de cassation avait affirmé en 1984 qu'il s'agissait d'un « *accord d'entreprise établi dans l'intérêt de l'ensemble des salariés* »¹¹². Les juges du droit reconnaissent donc au référendum les mêmes effets qu'un accord collectif. Si l'on admet que l'accord d'entreprise évoqué par la Cour de cassation est un accord d'entreprise au sens du droit du travail¹¹³, alors l'on reconnaît la personnalité juridique à la collectivité de salariés. En effet, pour être partie à un contrat, il faut avoir la personnalité juridique. La personnalité est définie comme l'« *aptitude à être titulaire de droits et assujetti à des obligations qui appartient à toutes les personnes physiques, et dans des conditions différentes aux personnes morales* »¹¹⁴. Pourtant, aucune disposition légale ne reconnaît à cette

¹¹¹ Décret n°46-1378 du 8 juin 1946.

¹¹² Cass. soc., 5 janv., 1984, Jourdain c./ Penven

¹¹³ C'est-à-dire un contrat.

¹¹⁴ G. CORNU, «Vocabulaire juridique», PUF, 2014.

collectivité la personnalité juridique. Le référendum ne peut donc constituer un contrat. Pourtant, le législateur ne s'est pas ému de cette critique et traite, à l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale, de "*la ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise*"¹¹⁵. Il s'agit donc bien d'un acte juridique, ne serait-ce qu'à l'étape de projet. Aujourd'hui, la Cour de cassation semble avoir une position claire et sans équivoque¹¹⁶ et la doctrine confirme la qualification de contrat du référendum¹¹⁷.

II. La qualification de contrat critiquée

69. Doute.- Malgré une jurisprudence paraissant fixée, il est insupportable de laisser un doute s'installer : « *Telle est la condition de l'homme qui doute, car il erre alors dans les limbes du savoir entre une ignorance perdue et une connaissance inaccessible* »¹¹⁸.

70. Droit des obligations.- Si l'on part du postulat que l'accord référendaire est un contrat, comment comprendre alors l'argument avancé par Philippe Coursier et Bruno Serizay qui estiment que la dénonciation de l'acte référendaire n'est pas soumis à un accord entre la majorité des salariés et l'employeur¹¹⁹ ? Est-ce à dire que l'acte référendaire n'est contrat que dans son application mais qu'il revêt de nouveau une nature spécifique au jour où il se finit ? Que peut-on dire au regard de l'article 1134 alinéa 2 du Code civil et de son *mutuus dissensus* ? Est-ce à dire que les votants seront écartés de l'extinction du régime ?

71. Dictature du petit.- Dès 1986, le Professeur Teyssié relevait que dans le cadre d'un accord référendaire, "*la minorité est tenue de se plier à la décision de la majorité et d'assumer - sauf à démissionner de l'entreprise - les contraintes financières qui en*

¹¹⁵ CSS, art. L. 911-1

¹¹⁶ Cass. soc., 26 sept., 2002, n°01-00550 : "*le fait que les régimes résultent d'engagements unilatéraux de l'UAP ratifiés par référendum ne fait pas obstacle à leur dénonciation unilatérale pour l'avenir, dès lors que celle-ci intervient, comme en l'espèce, en dehors de toute fraude ou conditions fautives et respecte les droits acquis* ».

¹¹⁷ Ph. COURSIER, B. SERIZAY "*La protection sociale complémentaire en questions*" : Litec, 2011, p. 16

¹¹⁸ J-F CESARO, *Le doute en droit privé*, Editions Panthéon-Assas, 2001.

¹¹⁹ Ph. COURSIER, B. SERIZAY "*La protection sociale complémentaire en questions*" : Litec, 2011, p. 16

*résultent*¹²⁰. Cependant, et on rappellera la distinction opérée par Jacques Barthélémy, représentativité n'est pas légitimité¹²¹. Alors que le premier fait référence à l'audience électorale d'une entité, le second traduit le pouvoir du peuple puisque l'accord référendaire est le résultat de la démocratie¹²².

72. La minorité est donc tenue de « *se plier à la décision de majorité* ». Cette critique de recours à l'acte s'avère être une critique de la démocratie même¹²³. Alors que la majorité des pays dans le monde ont opté pour la démocratie indirecte, la possibilité d'établir un régime de prévoyance en ayant recours à la démocratie directe traduit le mieux la volonté de la collectivité du personnel. C'est la concrétisation du principe de droit des obligations faisant du contrat la loi des parties¹²⁴, faisant du contrat la voix du peuple. Le référendum est « *le symbole de la recherche d'un équilibre entre la représentation du personnel et les salariés* »¹²⁵. Pourtant, selon Monsieur Grimaldi d'Esdra, qui affirme que « *la démocratie*

¹²⁰ B. TEYSSIE, « *La mise en place de la protection sociale complémentaire et le droit du travail* », Dr. soc., 1986, p. 296. Notons que la Cour de cassation a décidé en 1982 que l'expression d'un vote majoritaire ne lie pas la minorité (Cass. soc., 13 mai 1982, Bull. V n°226).

¹²¹ J. BARTHELEMY, « *Le référendum en droit social* », Dr. soc., 1993, p. 89.

¹²² Le terme « démocratie » vient du grec. *Dêmos* signifie le peuple tandis que *krâtos* signifie le pouvoir : le pouvoir du peuple.

¹²³ Jean Grimaldi d'Esdra constata que le référendum est devenue en France le signe d'un partage entre différentes conceptions de la démocratie : « *soit qu'on accepte la technique référendaire et souhaite parfois son élargissement, soit qu'on s'en méfie et dénonce les pièges et les ambiguïtés d'une démocratie apparente* ». Et l'auteur d'ajouter : « *ces querelles pourraient être ignorées sans regret par les praticiens d'entreprise et la réflexion juridique si par un rebondissement étonnant on ne découvrait qu'après les dithyrambes célébrant le travailleur citoyen et la démocratie dans l'entreprise, un esprit malicieux se plaît à prendre au mot ses apologistes en développant le référendum dans les entreprises, dévoyant il est vrai quelque peu leur souhait initial* » (« *Nature et régimes juridiques du référendum en droit social* », Dr. soc., 1995 p. 397).

¹²⁴ J-P LEVY, A. CASTALDO, Précis d'Histoire du droit civil : Dalloz 2010, p.826 : les auteurs démontrent que la théorie de l'autonomie de la volonté repose sur trois fondements parmi lesquels figure le fondement juridique : l'article 1134 al. 1^{er} du Code civil selon lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

¹²⁵ J. GRIMALDI d'ESDRA, « *Nature et régimes juridiques du référendum en droit social* », Dr. soc., 1995 p. 397.

directe tue la démocratie », recourir aux instances de représentation du personnel protège les salariés d'eux mêmes¹²⁶. Le doute reste présent, la connaissance inaccessible.

Section 2. L'accord de volonté absent

73. Une volonté dictée.- L'accord de volonté apparaît en droit des obligations, comme l'un des éléments constitutif du contrat. En effet, la théorie des vices du consentement, venant assurer l'intégrité de ce dernier, fait de la volonté de ceux qui s'engagent le terreau des engagements contractuels. L'idée de l'autonomie de la volonté¹²⁷ induit que chaque personne, en tant qu'être juridique détenteur d'une personnalité juridique, peut s'engager et se lier par contrat. Pourtant, le législateur a permis, en matière de prévoyance, l'engagement contractuel des deux parties (employeur et salariés) sans qu'ils ne soient, l'un et l'autre, ou l'un ou l'autre, à l'initiative de l'élaboration du contrat.

74. Plan.- La volonté des parties peut se trouver totalement annihilée lorsqu'elle est contrainte par la loi (**Sous-section 1**) et partiellement, lorsque l'employeur a recours à la décision unilatérale (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. La volonté contrainte par la loi

75. *Homo homini lupus*¹²⁸.- Si l'on suit l'interprétation de Hobbes, l'Homme a décidé de sortir de l'état de nature pour atteindre l'état civil, seule porte de sortie vers la survie. En aliénant sa liberté au Léviathan, l'Etat, il s'assure de sa sécurité. L'état civil décrit par Hobbes est donc l'unique remède aux maux des hommes qui, dans l'état de nature, ne pouvaient cohabiter sans s'entretuer. Ainsi, l'employeur, dans le microcosme de son entreprise, a lui aussi, en tant qu'Homme, aliéné sa liberté et se doit, dorénavant, de ne plus être un loup pour son salarié. Mais ne plus être un loup suggère-t-il un pacifisme attentiste ou une démarche

¹²⁶ J. GRIMALDI d'ESDRA, « *Nature et régimes juridiques du référendum en droit social* », Dr. soc., 1995 p. 397.

¹²⁷ Cf. *supra* §11.

¹²⁸ L'Homme est un loup pour un autre Homme.

active ? Concrètement, cela signifie-t-il que l'employeur doit faire en sorte de ne pas nuire à son salarié, ou doit-il entreprendre une démarche active dans l'intérêt de ce dernier ?

76. Si la question peut être débattue, il est aujourd'hui incontestable que, dans le doute l'Etat, par la Loi, a voulu contraindre l'employeur à adopter une démarche de protection des intérêts de ses salariés. L'indemnisation complémentaire en cas d'accident ou de maladie (§1) en fut la première manifestation, suivie, plusieurs décennies plus tard, par la généralisation de la complémentaire santé (§2).

§1. L'indemnisation complémentaire en cas d'accident ou de maladie

77. **Moralité.-** Selon André Bohl, ancien sénateur, la loi du 19 janvier 1978 « relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle »¹²⁹ est « *morale parce qu'elle répond à l'aspiration profonde des travailleurs à une égale considération et dignité et met fin à des considérations dépassées* »¹³⁰. Cette loi, qui a notamment permis de généraliser la mensualisation des salaires et qui a donné droit à l'ensemble des salariés à une indemnité de licenciement, énonce le régime applicable en cas de maladie et d'accident non professionnels.

78. La loi du 25 juin 2008¹³¹ a permis de remodeler le régime applicable. Les conditions pour que le salarié victime d'un accident ou d'une maladie bénéficie d'une indemnité complémentaire sont posées à l'article L. 1226-1 du Code du travail. Le salarié doit être dans l'entreprise depuis au moins un an, doit établir la véracité de son affection par certificat médical, doit également justifier de son incapacité de travail dans les quarante-huit heures, il doit être pris en charge par la Sécurité sociale et être soigné sur le territoire français ou dans l'un des autres Etats de la Communauté européenne ou dans l'un des autres Etats partie à l'accord sur l'Espace Economique Européen.

¹²⁹ Loi n°78-49, 19 janv., 1978. JO du 20 janv. 1978

¹³⁰ A. BOHL, rapport n°230 (1977 - 1978) fait au nom de la commission mixte paritaire, déposé le 20 décembre 1977

¹³¹ Loi n°2008-596, 25 juin 2008.

79. “*Hold up*”¹³².- La loi du 19 janvier 1978 est en réalité une copie de l’Accord National et Interprofessionnel du 10 décembre 1977¹³³. Si l’on part du postulat que la négociation collective aboutissant à un acte collectif reflète la volonté de ceux qui en sont parties, il est certain que l’employeur se voyant imposer le paiement de l’indemnité complémentaire en cas d’accident ou de maladie de l’un de ses salariés, y a consenti.

80. Le Professeur Morvan a critiqué la loi du 19 janvier 1978 en ce qu’elle “*kidnappait le fruit de la volonté des partenaires sociaux et le coupait de sa source vive*”¹³⁴. Si le reproche porte principalement sur le fait que l’ANI du 10 décembre est tout simplement annexé à la loi, on peut aisément l’étendre en ce qui concerne la place de l’accord de l’employeur dans ce système d’indemnisation complémentaire. Malgré les critiques, cette politique contractuelle correspond à « *l’association de la négociation au pouvoir législatif* » recherchée par cet « *autre type de corps intermédiaires* » apparus lors de l’après-68¹³⁵. Il s’agit des organisations syndicales et patronales.

81. Cependant, partenaires sociaux et parlementaires ont entendu octroyer une contrepartie à cette entrave au libre consentement en permettant à l’employeur de s’assurer que l’état de santé du salarié justifie le versement de cette indemnité. Sera ouvert à l’employeur la possibilité d’organiser une visite médicale de contrôle au domicile de l’assuré¹³⁶.

¹³² P. MORVAN, « *L’étranger codification d’un accord collectif : le hold up de l’ANI sur la mensualisation* », JCP S, 2008, 1266 : le Professeur Morvan a eu l’occasion dans cet article de décrire la manière dont l’ANI a été repris par la loi. En effet, celui-ci était tout simplement annexé à cette loi.

¹³³ Accord National Interprofessionnel, IDCC 7013

¹³⁴ P. MORVAN, *ibid.*

¹³⁵ A. SUPIOT, « *Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?* », Dr. soc. 2003, p. 59.

¹³⁶ Art. L. 315-1 Code de la sécurité sociale

§2. Généralisation de la complémentaire santé

82. Mesure phare de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, la « *généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé* »¹³⁷, plus simplement désignée comme la généralisation de la complémentaire santé, permet, à terme, de garantir à tous les salariés un « *panier de soins* »¹³⁸, autrement dit, une couverture minimale. En effet, le constat a été fait, en 2008, que près de 4 millions de personnes salariés étaient dépourvues de complémentaire-santé¹³⁹. Si dans un premier temps, la volonté des parties fut privilégiée (**I**), tel n'est pas le cas dans le second (**II**).

I. La volonté des parties privilégiée : le recours à l'acte collectif

83. Négociation de branche.- Dans un premier temps, les partenaires sociaux qui ont conclu l'ANI du 11 janvier 2013 ont préféré privilégier la négociation d'une couverture minimum de santé au niveau de la branche¹⁴⁰. Ainsi, et selon l'article 1^{er} de l'ANI « *les branches professionnelles ouvriront des négociations avant le 1^{er} avril 2013, en vue de permettre aux salariés qui ne bénéficient pas encore d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais de santé au niveau de leur branche ou de leur entreprise, d'accéder à une telle couverture* ».

84. La loi dite de sécurisation de l'emploi a fait sienne cette volonté de généraliser une couverture frais de santé pour tous en précisant que les organisations liées par une convention de branche ou à défaut par un accord professionnel devaient, avant le 1er juin 2013, engager une négociation. L'article 1^{er} de la loi du 14 juin 2013 donne quelques éléments de réponse quant au domaine de la négociation en visant, entre autre, « *la définition du contenu et du*

¹³⁷ Art. 1 ANI, 11 janv. 2013

¹³⁸ Le terme est employé par les partenaires sociaux dans l'ANI. C'est le décret n°2014-1025 qui a permis de donner du contenu à cette expression en détaillant l'ensemble des soins dont devront bénéficier les salariés à partir du 1er janvier 2016.

¹³⁹ M. PERRONNIN, A. PIERRE et T. ROCHEREAU (IRDES), « *La complémentaire santé en France en 2008 : une large diffusion mais des inégalités d'accès : Questions d'économie de la santé* », janv. 2011, n° 161.

¹⁴⁰ Art. 1, 2°, ANI. 11 janv., 2013

niveau des garanties ainsi que la répartition de la charge des cotisations entre employeur et salariés », les modalités de choix de l'assureur¹⁴¹.

85. Négociation d'entreprise.- L'obligation de négocier au niveau de la branche n'est qu'une obligation de moyen et non une obligation de résultat. En conséquence, il est possible qu'une entreprise faisant partie d'une branche n'ait toujours pas de couverture frais de santé au 30 juin 2014. Le législateur, prenant acte de la volonté des partenaires sociaux¹⁴², a prévu que les entreprises qui étaient pourvues d'un délégué syndical avaient l'obligation de négocier entre le 1^{er} juillet 2014 et le 1^{er} janvier 2016¹⁴³ et ce, annuellement.

86. Une interprétation littérale de cette disposition conduirait à penser que seules les entreprises d'au moins cinquante salariés seraient obligées d'entamer une négociation puisque ne sont visées que les entreprises dotées d'un délégué syndical. Cependant, certains auteurs ont jugé que cette mention n'affectait pas la possibilité pour l'entreprise de recourir aux actes de droit du travail¹⁴⁴.

87. C'est au plus près des acteurs concernés par la couverture « *frais de santé* » que le respect des consentements peut être assuré. L'employeur est en mesure de connaître les attentes des salariés en matière de couverture sociale. Prenant acte de leurs besoins, il serait sûrement plus à même de majorer sa contribution à la couverture. En effet, rappelons que l'article 1^{er} de la loi dite de sécurisation de l'emploi précise que « *l'employeur assure au*

¹⁴¹ Art 1, Loi n°2013-504 relative à la sécurisation de l'emploi. Notons que le législateur, lorsqu'il évoque le domaine de la négociation de branche, emploie l'adverbe notamment, indice invitant les partenaires sociaux à avoir une vision large du contenu de la négociation.

¹⁴² Art. 1, 2^o, ANI. 11 janv., 2013

¹⁴³ Art 1, Loi n°2013-504 relative à la sécurisation de l'emploi. Notons que cette date limite est, depuis loi LFSS pour 2014, assortie d'une exception. La mise en œuvre du nouveau cahier des charges peut être reportée jusqu'à l'entrée en vigueur de la prochaine modification de l'acte fondateur du régime (acte collectif, accord référendaire ou décision unilatérale) et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2017. Etant précisé que cette dérogation ne concerne que les contrats collectifs obligatoires (V. Circ. n°DSS/SD2A/SD3C/SD5D/2015/30, 30 janv. 2015).

¹⁴⁴ X. PIGNAUD, « *Généralisation de la couverture "frais de santé" et de la portabilité* », JCP S 2013, 1269.

minimum la moitié du financement » de la couverture « *frais de santé* ». Si le législateur garantit donc une prise en charge à hauteur de 50%, aucun maximum n'est fixé. Il serait donc intéressant d'analyser, à l'issue de cette période réservée à la négociation au sein de l'entreprise, quels sont les choix opérés par les négociateurs.

II. La volonté des parties évincée : le recours à la décision unilatérale

88. Progrès politique.- Un mois avant l'adoption définitive de la loi dite de sécurisation de l'emploi, Michel Sapin, alors Ministre du Travail, déclarait devant la commission mixte paritaire constituée à l'occasion du vote de la loi que cette dernière traduisait « *un progrès considérable pour l'ensemble des salariés concernés* »¹⁴⁵. Ce progrès décrit par le Ministre relevait d'une nécessité. Face au désengagement de la Sécurité sociale, la réponse un temps appropriée de la protection sociale complémentaire fondée sur un système volontariste ne pouvait s'épanouir davantage. Le climat social dans les entreprises s'étant fortement dégradé, notamment en raison des crises sociales dans des entreprises emblématiques¹⁴⁶, l'intervention de l'Etat paraissait nécessaire afin de permettre au plus grand nombre (tous les salariés) de bénéficier d'une couverture minimale.

89. Progrès social.- Au-delà de la politique, les juristes ont également reconnu les bienfaits de cette généralisation. Certains constataient que l'amélioration de la protection sociale des salariés concourt à l'intérêt de l'entreprise¹⁴⁷, d'autres y voyaient plus généralement un enjeu économique, social, sanitaire et politique majeur¹⁴⁸.

90. La multitude des intérêts liés à la généralisation a donc incité les partenaires sociaux d'une part, et le législateur d'autre part, à faire en sorte que si les négociations de branche et

¹⁴⁵ M. SAPIN, séance du 14 mai 2013, commission mixte paritaire relative à la sécurisation de l'emploi.

¹⁴⁶ Citons à titre d'illustration les affaires Moulinex, Flodor, Arcelor-Mittal...

¹⁴⁷ Ph. COURSIER, « *Vive la protection sociale libre* », JCP S 2014, 1002.

¹⁴⁸ B. PETIT, « *Généralisation des complémentaires-santé : une approche davantage "sociale" que "sociétale" ?* », JCP S 2013, 1309.

d'entreprise échouent, l'employeur puisse mettre en place une couverture frais de santé par le biais d'une décision unilatérale.

91. Qualification hasardeuse.- L'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale retient qu'une décision unilatérale de l'employeur suffit à instituer une couverture frais de santé minimale. Pourtant, comme l'a fait remarquer Benoît Petit, la décision unilatérale de l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale n'est pas celle de l'article L. 911-1 du même code¹⁴⁹. Tandis que dans la première l'employeur doit se contenter de retranscrire dans le règlement qu'il remettra aux salariés les garanties légalement prévues¹⁵⁰, dans le second, l'employeur dispose d'une marge de manœuvre importante et peut, discrétionnairement, décider du contenu du projet de couverture. Cependant, malgré cette subtile différence, et en l'absence de précision légale, le régime semble demeurer le même.

Sous-section 2. La décision unilatérale de l'employeur

92. « Ainsi les derniers seront les premiers, et les premiers seront les derniers »¹⁵¹. - Dans un arrêt inédit du 2 juin 1998, la Cour de cassation a précisé que sous réserve du sort particulier réservé par l'article 11 de la loi dite Evin du 31 décembre 1989¹⁵² aux salariés déjà présents dans l'entreprise, la mise en œuvre de garanties sociales complémentaires par décision unilatérale de l'employeur s'impose à tous les salariés, ces derniers faisant partie intégrante des conditions collectives applicables à l'embauche¹⁵³. De cet arrêt, il ressort que l'ancienneté sera déterminante de la soumission (§2) ou non (§1) du salarié au régime de prévoyance.

¹⁴⁹ B. PETIT, « Généralisation des complémentaires-santé : une approche davantage "sociale" que "sociétale" ? », JCP S 2013, 1309.

¹⁵⁰ CSS, art. L.911-7

¹⁵¹ Matthieu, « les ouvriers envoyés à la vigne », 20-16 ; Luc, « la porte étroite et l'entrée du royaume », 13-30 ; Marc, « promise au détachement », 10-31.

¹⁵² Loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques.

¹⁵³ Cass. soc., 2 juin 1998, n°85-43423

§1. La volonté du salarié préservée

93. L'impérialisme entendu.- La lecture de l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale pourrait suffire à laisser les juristes libéraux et individualistes de la fin du XVIIIe siècle songeurs. Il y est prévu que des garanties sociales peuvent être mises en place « *par une décision unilatérale du chef d'entreprise constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé* »¹⁵⁴. A l'époque où la notion d'autonomie de la volonté est dépassée par son impérialisme¹⁵⁵, une décision unilatérale ne peut créer de droits et d'obligations comme le fait un contrat.

94. Effets de l'impérialisme.- Cette position semble avoir marqué la culture juridique française puisque l'article 11 de la loi Evin du 31 décembre 1989 précise qu'« *aucun salarié employé dans une entreprise 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 liés à la maternité ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ne peut être contraint à cotiser contre son gré à ce système* »¹⁵⁶. La Cour de cassation, dans son arrêt du 2 juin 1998, a confirmé cette disposition en faisant des salariés intégrés dans la collectivité de travail avant la décision unilatérale des privilégiés au regard de celle-ci. Car s'il est évident qu'un régime de prévoyance est louable et souhaitable pour les salariés, l'employeur peut ne pas souhaiter assumer l'ensemble des cotisations prévues pour que le régime fonctionne. Dans ce cas, imposer des cotisations à ceux déjà présents reviendrait à nier leur volonté.

95. Les salariés qui intègrent la collectivité de travail seulement après que la décision unilatérale ait imposé les cotisations ne verront en rien leur situation personnelle changée.

¹⁵⁴ CSS, art. L. 911-1.

¹⁵⁵ J-P LEVY, A. CASTALDO, Précis d'Histoire du droit civil : *Dalloz* 2010. p. 828-829.

¹⁵⁶ Loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant

L'effet est le même que si le régime de prévoyance avait été imposé par accord collectif ou par accord référendaire. L'état préexistant du régime s'impose à eux.

§2. La volonté du salarié sacrifiée

96. Définition.- Est « *unilatéral* » ce qui « *émane d'une seule personne, d'une volonté unique* »¹⁵⁷. La décision unilatérale est donc l'acte par lequel une personne seule, l'employeur, opte pour une solution, pour un choix.

97. Un succès relatif.- La décision unilatérale est une modalité de mise en place d'un régime de protection sociale complémentaire relativement peu utilisée. Cette difficulté peut éventuellement s'expliquer par la tradition française attachée à la négociation lorsqu'il s'agit d'avantages octroyés aux salariés. D'autant qu'en matière de prévoyance, l'avantage peut être immédiatement nuancé par la cotisation dont devront s'acquitter les salariés bénéficiaires. Notons également que la décision unilatérale va, à compter du 1^{er} janvier 2016, connaître une croissance, non pas en raison d'une soudaine affection, mais du fait de la loi du 14 juin 2013 et la généralisation de la complémentaire santé.

98. Volonté naufragée.- Le salarié présent dans l'entreprise avant l'adoption de la décision unilatérale peut souhaiter bénéficier du régime de protection sociale complémentaire mis en place. Ainsi, à partir du 1^{er} janvier 2016, qu'a-t-on prévu pour les salariés déjà présents dans l'entreprise avant cette date et qui ne bénéficient déjà pas d'un régime de prévoyance, ou du moins, d'une complémentaire frais de santé ? Est-ce à dire qu'ils seront privés à jamais d'un « *panier de soins* » ? Autrement dit, la couverture minimale offerte par la loi serait-elle sacrifiée sur l'autel de l'autonomie de la volonté ?

99. L'absence de négociation des modalités et du contenu du régime est susceptible d'entraîner une frustration des salariés le voyant s'imposer à eux. Il est vrai que l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale fait état d'un écrit remis par l'employeur à chaque

¹⁵⁷ Unilatéral *in* Vocabulaire juridique, G. CORNU , PUF, 2014.

intéressé. A partir de cet écrit, dont l'employeur doit pouvoir prouver qu'il a bien été remis¹⁵⁸, les salariés seront informés de la fin, proche, de l'autonomie de leur volonté. Déjà doivent-ils se préparer aux secousses financières qui affecteront leur salaire...

100. Conclusion de chapitre.- La mise en place de l'acte-cadre du régime de protection sociale complémentaire dépend de nombreux facteurs : obligation légale (indemnités journalières, généralisation de la complémentaire santé), obligation conventionnelle (convention ou accord de branche), volonté directe (décision unilatérale)... L'accord de volonté de l'employeur et du salarié est tantôt privilégié, tantôt évincé. Si l'on scrute la situation à l'aune du droit des obligations, la situation est critique. L'opération de prévoyance s'inscrivant dans une conception plutôt libérale de la protection sociale¹⁵⁹, le consentement de l'employeur, souvent écarté, révèle une influence socialisée.

¹⁵⁸ Circ., ACOSS n°2011-036, 24 mars 2011 (question-réponse n°22) : « Dans le cas d'un régime mis en place par décision unilatérale de l'employeur, les salariés doivent en être informés par écrit et l'employeur doit être en mesure d'attester de cette information ».

¹⁵⁹ Cf. *supra* §11 et s.

Chapitre 2. L'accord des parties dans le support de l'opération collective d'assurance

101. L'ouverture du monde.- Il existe une foultitude d'initiateurs des régimes de protection sociale complémentaire. Une fois mis en place, une multitude d'acteurs intervient pour en assurer la gestion. Sur ce point et comme l'a fait remarquer le Professeur Césaró, « *la protection sociale d'entreprise ne désigne pas un monde clos où ceux qui contribuent au développement d'une activité économique peuvent en obtenir des fruits sous forme de garanties sociales* »¹⁶⁰. Cette ouverture de la matière conduit les juristes dans un univers où les droits s'entremêlent, se chevauchent, se complètent pour finalement former et créer un ensemble cohérent : la protection sociale complémentaire. Par cette ouverture, entendons le dépassement du monde fermé de l'entreprise jusqu'au carrefour de droits différents où des acteurs distincts se rencontrent.

102. La loi Evin du 31 décembre 1989 a permis d'accélérer cette ouverture de la prévoyance. Son article 1^{er} prévoit que « *les dispositions du présent titre s'appliquent aux opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque chômage* »¹⁶¹. Ainsi sont exposés un ensemble de risques constituant le fondement de la prévoyance. Le même article ajoute que « *seuls sont habilités à mettre en œuvre les opérations de couverture visées au premier alinéa*

¹⁶⁰ J-F CESARO, « *Protection sociale d'entreprise et assurance* », Dr. soc., 2006, p. 165 : « *La protection sociale d'entreprise ne désigne pas un monde clos où ceux qui contribuent au développement d'une activité économique peuvent en obtenir des fruits sous forme de garanties sociales. Cette image d'une protection sociale propre à une collectivité fermée, résultat du contrat ou de la libéralité d'un employeur, ne correspond plus à la réalité juridique sinon économique. L'entreprise ne peut assumer toutes les promesses que supposent certaines garanties sociales. L'intérêt de l'entreprise est en jeu : elle doit pouvoir survivre au coût de ses engagements. L'intérêt des bénéficiaires, des salariés s'est également : leur garantie doit pouvoir survivre à l'entreprise, voire même, à leur présence dans l'entreprise. L'idée s'impose donc naturellement de désigner un tiers pour mieux tenir la parole donnée par celle-ci* ».

¹⁶¹ Loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques.

les organismes suivants : a) Entreprises régies par le code des assurances ; b) Institutions relevant du titre III et livre VII du code de la sécurité sociale ; c) Institutions relevant de la section 4 du chapitre II du titre II du Livre VII du code rural ; d) Mutuelles relevant du code de la mutualité »¹⁶². Ces dispositions instaurent un monopole en faveur des gestionnaires précités. A ce monopole correspond l'idée qu'une entreprise ne pourrait assumer seule la gestion d'un régime de prévoyance sauf à courir le risque d'une disparition quasi immédiate, pour insuffisance d'actifs, en cas de réalisation d'un risque¹⁶³. La survenance d'un risque déclenche le mécanisme assurantiel et l'entreprise se trouverait alors débitrice de l'indemnisation due aux salariés. Si le risque survient pour plusieurs d'entre eux l'enjeu financier peut, sans un provisionnement suffisant, compromettre la poursuite de l'activité.

103. Identification des acteurs.- L'instauration du régime de prévoyance suppose la conclusion d'un contrat d'assurance, et plus précisément d'un contrat d'assurance de groupe qui incarne le support de l'opération de prévoyance¹⁶⁴. L'existence de ce contrat comme pour tout contrat, nécessite que les parties soient identifiées. Sont concernés par le contrat d'assurance, l'employeur, en tant que souscripteur, le salarié, en tant que bénéficiaire et l'organisme assureur. Dans la présente étude, le terme d'organisme assureur est utilisé à titre générique pour désigner les entités visées à l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989, à savoir, les entreprises d'assurance, les institutions de prévoyance et les mutuelles.

104. La complexité de la situation est d'ores et déjà visible. Cette construction juridique met en lumière une relation à trois. On ne s'aventurera pas, pour le moment, à parler d'une relation contractuelle à trois parties. Dans le cadre de cette étude, et parce que les relations de travail sont le centre du sujet, il s'agira d'analyser la place réservée à l'accord de l'employeur dans le support de l'opération de prévoyance (**Section 1**) avant d'examiner celle réservée à l'accord du salarié (**Section 2**).

¹⁶² A cette liste de gestionnaires détenant le monopole dans la gestion des opérations de prévoyance, la loi du 8 août 1994 a ajouté les « *organismes visés aux 1^o, 2^o, 3^o de l'article L. 621-3 et aux articles L. 644-1 et L. 723-1 du code de la sécurité sociale pour les opérations mises en place dans le cadre des dispositions de l'article 41 de la loi n°94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle* ».

¹⁶⁴ P. KLEIN, L'opération de prévoyance, Thèse dactyl, 2011.

Section 1. L'accord de l'employeur dans le support de l'opération de prévoyance

105. Selon l'article L. 140-1 du Code des assurances, « *est un contrat d'assurance de groupe le contrat souscrit [...] par un chef d'entreprise en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des conditions définies au contrat [...]* ». En application du droit commun des assurances, l'employeur est désigné comme souscripteur du contrat d'assurance de groupe. En tant que partie au contrat, son accord est requis. Il doit s'accorder avec l'autre partie au contrat, l'assureur futur gestionnaire du régime. (**Sous-section 1**). En raison de la relation triangulaire mise en place du régime de prévoyance, un accord entre l'employeur-souscripteur et le salarié-bénéficiaire est également nécessaire (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. L'accord entre l'employeur et l'assureur

106. L'écho du passé.- De l'accord de volonté entre l'employeur-souscripteur et l'assureur naît un contrat : le contrat d'assurance de groupe. La liberté contractuelle a longtemps été défendue par le Conseil constitutionnel comme corollaire de la force obligatoire du contrat¹⁶⁵. Aujourd'hui, et dans la droite ligne des écrits des juristes contemporains, la liberté contractuelle est également considérée comme la mère de trois filles : la liberté de contracter¹⁶⁶, la liberté de choisir son cocontractant et enfin la liberté de choisir le contenu du contrat¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Cons. const. 12 févr. 2004, n° 2004-490 DC, Dr. soc. 2005. 1132.

¹⁶⁶ H. BARBIER, « La valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat », RTD Civ., 2013 p. 832. Dans cet article, l'auteur expose qu'elle a été l'évolution de la perception qu'a le Conseil constitutionnel de la liberté contractuelle. Ainsi, le Conseil constitutionnel a d'abord reconnu la liberté de contracté ou non, notamment dans une décision du 19 décembre 2000, n°2000-437 DC, avant de reconnaître, le 13 juin 2013, la valeur constitutionnelle des libertés de choix du cocontractant et du contenu du contrat. Cette décision apparaît d'ores et déjà comme le symbole de la protection sociale contemporaine puisqu'en plus de condamner les clauses de désignation et de migration, elle octroie aux libéraux les plus convaincus l'onction constitutionnelle.

¹⁶⁷ F. TERRE, Ph. SIMLERC, Y. LEQUETTE, « Précis de droit des obligations », Dalloz. 10^e éd. 2009, p. 31.

107. Mais avant que ce contrat ne naisse, encore faut-il que l'employeur se mette en relation avec un assureur (§1), et qu'une fois celui-ci désigné, ils conviennent ensemble du contenu du contrat (§2).

§1. Accord et choix du cocontractant

108. **Fondement.**- De la théorie de l'autonomie de la volonté, découle la liberté de choix de son cocontractant¹⁶⁸. Le contrat étant un pari sur l'avenir, il est nécessaire de le sécuriser dès ses prémices par le choix du cocontractant le plus adéquat. Le contrat d'assurance de groupe, en tant que contrat soumis au droit des assurances¹⁶⁹ dans lequel le droit civil est prégnant, ne saurait déroger à cette conséquence naturelle de l'autonomie de la volonté.

109. Avant 2014, l'état du droit révélait pourtant un malaise pour les défenseurs de la liberté contractuelle : certains employeurs se voyaient imposer un organisme assureur comme cocontractant et partie au support de l'opération de prévoyance. Or, imposer un cocontractant relève de l'absurdité juridique¹⁷⁰. L'employeur soumis à l'application d'une convention collective (notamment des conventions collectives de branche) se voyait contraint, via les clauses dites de désignation, à se lier un organisme assureur déterminé. Il en résulte que l'employeur qui mettait en place un régime de protection sociale complémentaire ne pouvait ni choisir son assureur ni le contenu du contrat, ce dernier étant entièrement « *pré négocié* »¹⁷¹.

¹⁶⁸ Cf. *supra* §11 et s.

¹⁶⁹ V. en ce sens : M. BIGOT-GONÇALVES, *Les assurances de groupe*, Thèse PUAM, 2009, spéc. n° 561, p. 270 ; P. KLEIN, « *L'opération de prévoyance* », Thèse, 2011.

¹⁷⁰ Notons que la liberté contractuelle n'était pas la seule liberté fondamentale à être mise à mal par ces clauses de désignation. Était également concernée la liberté de concurrence que le Conseil constitutionnel a placé, dans sa décision de juin 2013, au même rang que la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre. Pourtant la décision n'était pas évidente. Alors que les Sages français ne s'étaient jamais réellement attachés à la libre concurrence (v. notamment Con. Constit., 21 janv. 2011, n°2010-89 DC), la Cour de Justice de l'Union Européenne jugeait que les assureurs bénéficiant d'une clause de désignation ne commettaient pas un abus de position dominante (v. G. DUCHANGE, « *Le Conseil constitutionnel censure les clauses de désignation* », JCP G, 2013, 839).

¹⁷¹ C. PERES, « *La liberté contractuelle et le Conseil constitutionnel* », *Revue des contrats*, 1^{er} oct. 2013, n°4, p. 1285.

Bien que cette situation ait été acceptée (et l'est encore) par la Cour de Justice de l'Union Européenne, afin de favoriser la mutualisation des risques¹⁷², cette entrave à la libre détermination de l'autre partie, reste discutable. Toutefois, le Conseil constitutionnel s'est, quant lui, érigé contre cette atteinte à la liberté contractuelle (et à la liberté d'entreprendre) en condamnant les clauses de désignation ainsi que les clauses de recommandation¹⁷³ dissimulant des clauses de désignation¹⁷⁴.

110. Malgré la condamnation de ces clauses, le choix du cocontractant reste, en pratique, dicté. Dicté d'une part, par la clause de recommandation qui permet de s'adresser rapidement à l'assureur, sans prendre la peine de démarcher d'autres gestionnaires en vue d'obtenir un devis. Cette facilité sera souvent privilégiée. D'ailleurs, l'employeur et les salariés peuvent se satisfaire de ce choix orienté puisqu'il permet à l'assureur de proposer des montants de cotisations inférieurs à ceux d'autres gestionnaires, grâce à la mutualisation des risques résultant de l'adhésion de toutes les entreprises d'une même branche. Dicté d'autre part, par les prescriptions de la loi Evin du 31 décembre 1989 qui offre à certains assureurs le monopole de la gestion des régimes de prévoyance en entreprise. Sont bénéficiaires de ce monopole, les institutions de prévoyance, désignées autrefois comme les « L. 4 », les entreprises d'assurance ainsi que les mutuelles.

¹⁷² CJCE, 21 sept. 1999, aff. C-67/06 *Albany* ; CJUE, 3 mars 2011, aff. C-437/09, *AG2R Prévoyance c./ Beaudout Père et fils SARL.* ; Cf. *supra* §53 et s.

¹⁷³ Cf. *supra* §53 et s.

¹⁷⁴ Cons. constit. Décision n°2013-672 DC, 13 juin 2013 ; Conseil constit., Décision n°2013-682 DC, 19 déc. 2013, considérant 55.

§2. Accord et contenu du contrat d'assurance

111. « *Sur l'apparence est bien fou qui se fonde* »¹⁷⁵. « *Pour que la liberté contractuelle ait un minimum de sens, il faut bien entendu que les parties puissent apporter leur " touche personnelle" au contenu du contrat* »¹⁷⁶. Indubitablement, à la liberté contractuelle correspond la liberté de contracter, la liberté de choisir son cocontractant et la liberté de choisir le contenu du contrat¹⁷⁷. Cependant, l'idée d'une liberté contractuelle totale en matière de prévoyance semble vaine. La position du Conseil constitutionnel, théoriquement et juridiquement exacte, risque d'avoir un impact pratique limité en droit de la protection sociale complémentaire, en particulier au regard du contenu du contrat qui reste largement déterminé par la loi.

112. Le contenu du contrat d'assurance, subit une « *prédétermination légale* »¹⁷⁸. Cette prédétermination est issue d'une application du droit des assurances d'une part (I) et de l'application du droit de la protection sociale complémentaire d'autre part (II).

I. La prédétermination légale issue du droit des assurances

113. Encadrement étatique.- L'Etat fut rapidement conscient des enjeux soulevés par le droit des assurances¹⁷⁹. C'est ainsi qu'en 1946, le législateur nationalise les trente-quatre sociétés d'assurance les plus importantes. Les enjeux financiers mis en perspective justifiaient un encadrement strict de la matière. Même si la privatisation est aujourd'hui appliquée, il n'en demeure pas moins que la particularité de l'opération de prévoyance lui vaut un encadrement juridique rigoureux.

¹⁷⁵ Proverbe français.

¹⁷⁶ V. BERNAUD, « *Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail* », Dr. soc., 2015, p. 4. Ce qui, pour l'auteur, vaut en droit du travail vaut également en droit de la protection sociale complémentaire.

¹⁷⁷ F. TERRE, Ph. SIMLERC, Y. LEQUETTE, « *Précis de droit des obligations* », Dalloz. 10^e éd. 2009, p. 31.

¹⁷⁸ J-F CESARO, « *Protection sociale d'entreprise et assurance* », Dr. soc., 2006, p. 16

¹⁷⁹ J. et Autres, « *Traité de droit des assurances* », Tome I, 3^e édition 2011, p. 16 et s.

114. Le législateur, conscient de ces enjeux, les a traduit dans le Code des assurances. A cet égard, l'article L. 112-4 de ce code dresse une liste de mentions obligatoires devant être inscrites dans la police d'assurance, c'est-à-dire dans l'écrit qui matérialise le contrat. Doivent figurer dans le contrat d'assurance, les noms et domiciles des parties contractantes, la chose ou la personne assurée, la nature des risques garantis, le moment à partir duquel le risque est garanti et la durée de cette garantie, le montant de cette garantie, la prime ou la cotisation de l'assurance, la loi applicable au contrat lorsque ce n'est pas la loi française, l'adresse du siège social de l'assureur et, le cas échéant, de la succursale qui accorde la couverture, et enfin, le nom et l'adresse des autorités chargées du contrôle de l'entreprise d'assurance qui accorde la couverture¹⁸⁰. L'article L. 113-12 impose la mention de la durée du contrat et des conditions de sa résiliation¹⁸¹.

115. Pour autant, le législateur n'a prévu aucune sanction spécifique lorsque le contrat ne comporte pas les mentions précitées. Par ailleurs, rares sont les affaires portées à la connaissance de Cour de cassation. Les pourvois auraient pu lui permettre de dégager une solution prétorienne sanctionnant le défaut d'une mention obligatoire. Toutefois, la Cour de cassation a déclaré inopposable à l'assuré un délai de prescription biennale, faute pour l'assureur d'avoir rappelé dans la police les dispositions de l'article L. 114-1 du Code des assurances¹⁸².

II. La prédétermination légale issue du droit de la protection sociale complémentaire

116. La prédétermination légale du contrat n'impose pas une standardisation de tous les contrats d'assurance de groupe. Si un contenu est commun à tous les contrats d'assurance de groupe (**A**), certaines clauses varient selon la qualité du gestionnaire du régime de prévoyance (**B**).

¹⁸⁰ C. ass., art. L. 112-4.

¹⁸¹ C. ass., art. L. 113-12.

¹⁸² Cass. 2^e civ., 2 juin 2005, n°03-11871.

A. La prédétermination légale commune à tous les contrats d'assurance de groupe

117. Constat simple.- Le contrat d'assurance de groupe subit les assauts de la loi. Certains articles du Code de la sécurité sociale imposent un contenu qui dessine peu à peu les contours du contrat. Ces dispositions d'ordre public conditionnent la validité du contrat d'assurance de groupe, si bien que les parties, ne pouvant y déroger, sont tenues de respecter des clauses qu'elles n'ont pas négociées¹⁸³. Une analyse jusqu'au-boutiste et fondamentale de la situation à la lumière du droit des obligations conduirait à remettre en question la liberté contractuelle et notamment son pilier relatif au contenu du contrat. Cependant, la particularité de la matière justifie la protection d'intérêts légitimes, permettant ainsi ces dispositions intrusives.

118. Citons l'article L. 912-2 du Code de la sécurité sociale. Celui-ci dispose que : *« Lorsque l'accord d'entreprise, l'accord ratifié ou la décision unilatérale de l'employeur désigne celui ou ceux des organismes mentionnés à l'article L. 912-1 qui garantissent la couverture des risques, il comporte une clause déterminant dans quelles conditions et selon quelle périodicité le choix de ces organismes ainsi que des intermédiaires peut être réexaminé. La périodicité du réexamen ne peut excéder cinq ans »*¹⁸⁴. Au terme de cet article, se dessinent nettement, trois obligations que les parties doivent respecter et qui doivent apparaître dans le contrat d'assurance de groupe : 1/ une clause relative au principe du réexamen du contrat ; 2/ une clause relative au réexamen de ses conditions (par exemple, la description des risques sociaux couverts, les éventuelles exclusions de garanties, les modalités de prises en charge etc.) ; 3/ une clause relative à un rythme prédéterminé de révision (ce qui

¹⁸³ Peu à peu se dessine le contrat d'adhésion. Opposé au contrat de gré à gré, fruit d'une libre discussion entre les parties, le contrat d'adhésion semble être l'exercice de la volonté contractuelle du dominant sur le dominé. Cette inégalité de fait entre les hommes, porté par l'industrialisation et le développement et l'industrialisation des entreprises a conduit le législateur à encadrer le contrat d'adhésion. L'on retrouve dans le contrat d'assurance de groupe la forme typique du contrat d'adhésion (v. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit des obligations, Dalloz, 10^e édition, 2010).

¹⁸⁴ Notons que l'article L. 912-2 emploie encore le terme « désigne ». Alors même que les clauses de désignations et de migration ont été condamnées sur l'autel de la liberté contractuelle en juin 2013 par le Conseil constitutionnel (Cons. constit. Décision n°2013-672 DC, 13 juin 2013), cet article fait toujours référence à une désignation de l'un des organismes assureurs.

empêche un réexamen imposé par la partie contractuellement la plus puissante qu'est l'organisme assureur). Ce réexamen « forcé » du contrat d'assurance permet aux parties d'adapter le contrat à l'évolution des risques sociaux, et aux changements conjoncturels qui influent sur la garantie. Dans le prolongement de l'analyse, la question se pose de savoir en quoi consiste le « réexamen » prévu par le législateur. Selon l'Académie française, un examen est « *l'observation attentive, en vue d'une appréciation, d'une évaluation, d'une décision, etc.* »¹⁸⁵. Le réexamen est donc une nouvelle observation en vue d'une réévaluation du contrat d'assurance de groupe. Le réexamen du contrat n'implique donc pas une renégociation de celui-ci. Les parties se contentent d'analyser le contrat à la lumière d'éléments conjoncturels pouvant influencer sur son exécution. Il est à noter que cette clause n'est obligatoire que dans l'hypothèse où l'employeur a désigné, dans l'acte juridique créateur du régime, un organisme mentionné à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale.

119. De même, l'article L. 912-3 du Code de la sécurité sociale, qui concerne uniquement la prévoyance lourde, oblige l'employeur, en cas de changement d'organisme assureur, à veiller à ce que le nouveau contrat d'assurance prenne en charge une revalorisation des rentes, le maintien de la garantie décès pour les bénéficiaires de rentes d'invalidité ou d'incapacité ainsi qu'une revalorisation des bases de calcul des prestations décès¹⁸⁶.

¹⁸⁵ « Examen » in Dictionnaire en ligne de l'Académie française.

¹⁸⁶ CSS art. L. 912-3 : « *Lorsque la convention, l'accord ou la décision unilatérale constatée par un écrit relevant de l'article L. 911-1 prévoient la couverture, sous forme de rentes, du décès, de l'incapacité de travail ou de l'invalidité, ils organisent également, en cas de changement d'organisme d'assurance ou d'institution mentionnée à l'article L. 370-1 du code des assurances, la poursuite de la revalorisation des rentes en cours de service. Lorsque le décès est couvert par ces mêmes conventions, accords ou décisions, ceux-ci organisent le maintien de cette garantie pour les bénéficiaires de rentes d'incapacité de travail et d'invalidité en cas de changement d'organisme d'assurance ou d'institution mentionnée à l'article L. 370-1 du code des assurances. Dans ce dernier cas, la revalorisation des bases de calcul des différentes prestations relatives à la couverture du risque décès est au moins égale à celle déterminée par le contrat de l'organisme assureur ou d'une institution mentionnée à l'article L. 370-1 du code des assurances qui a fait l'objet d'une résiliation* ».

B. La prédétermination légale fluctuante selon la qualité du gestionnaire

120. Le monopole d'antan.- L'ordonnance du 19 octobre 1945¹⁸⁷ « avait jeté les bases d'un droit conventionnel de la sécurité sociale »¹⁸⁸. Cette sécurité sociale née d'accords entre acteurs sociaux était alors gérée par les « L.4 »¹⁸⁹, institutions de prévoyance bénéficiant d'un monopole accordé par l'Etat et issu de sa conception institutionnelle de la protection sociale complémentaire¹⁹⁰. Puis, la loi Evin du 31 décembre 1989 ainsi que la loi du 8 août 1994 ont provoqué, comme le rapporte le Professeur Barthélémy, un glissement d'une conception institutionnelle à une conception assurantielle, motivée par l'« *impérialisme du droit de la concurrence* »¹⁹¹. Aujourd'hui, en plus des institutions de prévoyance, les entreprises d'assurance et les mutuelles¹⁹² peuvent également proposer des contrats d'assurance de groupe. Cette pluralité d'acteurs entraîne une pluralité de mentions qui diffèrent selon les textes applicables aux acteurs.

121. Code des assurances.- L'article R. 112-1 du Code des assurances précise que les contrats d'assurance conclus avec une entreprise d'assurance doivent indiquer la durée des engagements réciproques des parties, les conditions de tacite reconduction (si celle-ci est stipulée), les cas et conditions de prorogation ou de résiliation du contrat ou de cessation de ses effets, les obligations de l'assuré à la souscription du contrat et éventuellement en cours de contrat en ce qui concerne la déclaration du risque et la déclarations des autres assurances couvrant les mêmes risques, les conditions et modalités de la déclaration à faire en cas de

¹⁸⁷ Ord. n°45-2454, 19 oct. 1945 : Journal Officiel 20 octobre 1945, p. 6721.

¹⁸⁸ J. BARTHELEMY, « *Protection sociale complémentaire : de la conception institutionnelle à la conception assurantielle* », JCP S 2006, 1810.

¹⁸⁹ P. DURAND, « *Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale* », Dr. soc., 1960, 42 ; J. BARTHELEMY, « *Protection sociale complémentaire : de la conception institutionnelle à la conception assurantielle* », JCP S 2006, 1810.

¹⁹⁰ Sur ce point, V. notamment X. PRETOT, « *La modification du régime de la protection sociale complémentaire* », D. 1991, p. 155. L'auteur évoque ce que l'on tend à qualifier de « monopole » des Institutions L.4 sans pour autant que l'on connaisse la portée exacte de cette qualification.

¹⁹¹ J. BARTHELEMY, *ibid.*

¹⁹² Loi n°89-1009, 31 déc., 1989, art 1.

sinistre, le délai dans lequel les indemnités sont payées, pour les assurances autres que les assurances contre les risques de responsabilité, la procédure et les principes relatifs à l'estimation des dommages en vue de la détermination du montant de l'indemnité.

122. Code de la Sécurité sociale.- Selon l'article R. 932-1-1 du Code de la sécurité sociale, les contrats d'assurance¹⁹³ doivent décrire les droits et obligations de l'adhérent, du participant ainsi que l'institution de prévoyance et, « *notamment* », la dénomination sociale de l'institution ou de l'union, les nom et adresse de l'adhérent, la nature et le contenu des engagements pris ou des risques couverts, etc. Malgré l'énumération de 17 mentions, est à noter l'utilisation de l'adverbe « *notamment* » qui sous-entend que la liste présentée n'est pas exhaustive¹⁹⁴.

123. Code de la mutualité.- Le dernier alinéa de l'article L. 114-1 du Code de la mutualité dispose « *Par dérogation aux alinéas précédents, les droits et obligations résultant d'opérations collectives font l'objet d'un contrat écrit entre la personne morale souscriptrice et la mutuelle ou l'union. Un décret en Conseil d'Etat détermine les mentions que doivent impérativement comporter les règlements et contrats collectifs* ». Malgré la fermeté du législateur traduite par l'utilisation de l'adverbe « *impérativement* », le décret devant préciser lesdites mentions n'a toujours pas été adopté... Ce défaut est à déplorer dans la mesure où une différence de contenu apparaît selon que le contrat d'assurance de groupe est souscrit dans une entreprise d'assurance ou une institution de prévoyance ou dans une mutuelle. L'absence de décret pourrait, de prime abord, s'interpréter comme une souplesse si l'on considère que seules les dispositions de l'article L. 112-4 du Code des assurances s'appliquent au contenu du contrat conclu avec une mutuelle. Mais, cette conception peut s'avérer dangereuse dans

¹⁹³ Et plus précisément les règlements et les bulletins d'adhésion.

¹⁹⁴ La question se pose de savoir si ces 17 pistes données aux cocontractants ont pour objet de laisser libre court à leur volonté en insistant sur la liberté contractuelle ou bien si le législateur a souhaité que la jurisprudence en impose d'autres selon les situations qu'elle aura à connaître.

l'hypothèse où un juge aurait à connaître un tel contrat et le sanctionnerait aux motifs d'une absence des mentions nécessaires¹⁹⁵.

124. Finalement, malgré des sources différentes, les mentions obligatoires sont, en substance, les mêmes. Il serait toutefois opportun, dans un souci de sécurité juridique, d'insérer dans le contrat conclu avec une mutuelle les mentions figurant aux articles R. 112-1 du Code des assurances et R. 932-1-1 du Code de la Sécurité sociale.

Sous-section 2. L'information du bénéficiaire par le souscripteur

125. Plan.- Le contrat d'assurance de groupe implique de nouer des relations entre plusieurs acteurs : l'organisme assureur, l'employeur et le salarié. En tant que contrat, il exige une manifestation des accords de l'organisme assureur et du souscripteur (l'employeur). Mais quid du bénéficiaire-salarié ? D'un point de vue purement civiliste, il n'est pas évident d'admettre l'existence d'un accord entre l'employeur et le salarié. L'accord de l'employeur est indéniable dans la mesure où il a la qualité de partie dans le contrat d'assurance de groupe. Le salarié, quant à lui, ne consent pas directement. Il n'est toutefois pas démuné et plongé dans l'obscurité la plus totale puisqu'il se voit délivrer une information relative à la prévoyance mise en place (§1). De même, le comité d'entreprise exercera un contrôle sur le régime (§2).

§1. L'information délivrée au salarié

126. Obligation patronale.- Les Codes de la sécurité sociale, des assurances et du travail exigent une certaine transparence en matière de prévoyance¹⁹⁶. Dans un arrêt du 15 février 1995, la Chambre sociale a jugé que « *l'employeur qui a souscrit à un régime de prévoyance pour ses salariés a le devoir de les informer, en temps utile, de la possibilité d'y adhérer et du*

¹⁹⁵ On peut se demander quelle serait la décision d'une juridiction saisie sur ce point. En l'absence de ce décret, peut-on imaginer que le juge décide d'établir un certain nombre de clause de manière arbitraire ou déciderait-il de renvoyer aux clauses énoncées dans le Code des assurances et dans celui de la Sécurité sociale ?

¹⁹⁶ P. MORVAN, Droit de la protection sociale, *LexisNexis*, 6^e édition, 2013, p. 866.

contenu des droits et obligations résultant de leur adhésion »¹⁹⁷. Cette information doit être délivrée, que le régime soit à adhésion obligatoire ou facultative¹⁹⁸.

127. Jacques Barthélémy justifie cette obligation d'information par la qualité de consommateur et de salarié de l'adhérent. D'abord, l'information serait obligatoire du fait de la difficulté de compréhension des relations assurantielles, et notamment de la « *complexité des produits vendus* »¹⁹⁹. Ensuite, la délivrance de l'information se justifie par la faible protection légale apportée au salarié par le législateur. Cette protection légale du salarié, toujours selon Jacques Barthélémy, trouve son origine dans les lois de 1989 et 1994 lesquelles ont eu pour effet de faire primer les droits de la consommation et de la concurrence sur celui de la protection sociale. Auparavant s'appliquait un principe de démocratie sociale qui se traduit par l'implication de la collectivité du personnel (*via* un organisme paritaire) et permet leur participation directe. Le législateur a imposé – comme pour compenser l'abandon de ce principe de démocratie sociale – une information individuelle des salariés.

128. Obligation de résultat.- La seule information individuelle des salariés n'est pas suffisante. La Cour considère que « *le souscripteur (l'employeur) d'un contrat d'assurance de groupe a le devoir de faire connaître de façon très précise à l'adhérent à ce contrat les droits et obligations qui sont les siens* ». Et d'ajouter que « *débiteur envers celui-ci d'un devoir d'information et de conseil, il est responsable des conséquences qui s'attachent à une information inexacte ayant induit l'assuré en erreur sur la nature, l'étendue ou le point de départ de ses droits* »²⁰⁰.

¹⁹⁷ Cass. soc., 15 fév. 1995, n°90-45690.

¹⁹⁸ J-F CESARO, « *Protection sociale d'entreprise et assurance* », Dr. soc., 2006, p. 16

¹⁹⁹ J. BARTHELEMY, « *Prévoyance collective. Obligation patronale d'information* », Dr. soc., 1995, p. 399.

²⁰⁰ Cass. soc., 14 janv. 2004, n°01-46617.

§2. Le contrôle social du comité d'entreprise²⁰¹

129. Pouvoir d'initiative.- Le comité d'entreprise a pour but d'assurer, en vertu de l'article L. 2323-1 du Code du travail, « *une expression collective des salariés permettant, la prise en compte de leurs intérêts dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique et financière de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production* »²⁰². Par l'énonciation de ses missions, le législateur entend traduire le pouvoir d'initiative du comité d'entreprise puisque celui-ci formule et examine « *toute proposition de nature à améliorer les conditions de travail, d'emploi et de formation professionnelle des salariés, leurs conditions de vie dans l'entreprise ainsi que les conditions dans lesquelles ils bénéficient des garanties collectives complémentaires mentionnées l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale* ». Le pouvoir d'initiative du comité d'entreprise est donc clairement applicable en matière de prévoyance. Il renforce, en conséquence, par l'intermédiaire de ses élus, l'information du salarié. La sanction de tout manquement à l'information du comité d'entreprise en la matière constitue un délit d'entrave²⁰³.

130. Information-consultation.- A ce rôle d'initiateur, s'ajoutent les prérogatives traditionnelles du comité d'entreprise : le droit à l'information et à la consultation. L'article L. 2323-6 dispose : « *le comité d'entreprise est informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle* ». Le comité d'entreprise sera, par conséquent, obligatoirement consulté avant la mise en place d'un régime de protection sociale complémentaire dans la mesure où un tel régime affecte indéniablement les « *conditions de travail* » visées par l'article L. 2323-6. Le comité d'entreprise peut également

²⁰¹ J-F CESARO, « *Protection sociale d'entreprise et assurance* », Dr. soc., 2006, p. 16

²⁰² C. trav. art. L. 2323-1 al. 1^{er}

²⁰³ CA Versailles, 15 fév. 2006 (9^e ch. corr.), Dr. ouvrier déc. 2006, p. 588.

demander chaque année à l'employeur la présentation des comptes de prévoyance qui lui ont été remis par l'assureur²⁰⁴.

Section 2. L'accord du salarié dans le support de l'opération de prévoyance

131. Exigence d'information.- Le salarié-bénéficiaire d'un régime de prévoyance se trouve dans une situation complexe. Se dresse face à lui un édifice juridique aux enjeux financiers et humains importants. Cet édifice trouve son fondement dans la mutualisation. Chacun des salariés devient le maillon d'une chaîne de solidarité construite à un niveau plus ou moins proche d'eux. Ces considérations ont pu justifier la volonté du législateur de faire du salarié-bénéficiaire le créancier d'informations nécessaires à la compréhension de cet agglomérat créé par idéologie ou par intérêt²⁰⁵. Plusieurs dispositions légales²⁰⁶ mettent à la charge de l'organisme assureur le soin de fournir au salarié une « *notice* »²⁰⁷. Cette notice, qui se justifie par la qualité de consommateur du salarié²⁰⁸, traduit en termes facilement accessibles par les profanes, le contenu du contrat d'assurance de groupe auquel adhèrent les salariés. Seront reprises dans cette notice les garanties souscrites, les formalités à accomplir en cas de réalisation du risque, les modalités de financement du régime (taux et assiette des cotisations patronales et salariés) etc.²⁰⁹

132. Plan.- L'information délivrée par l'organisme assureur permet au salarié-bénéficiaire de donner son accord en toute connaissance de cause. Dans l'hypothèse où le régime de

²⁰⁴ C. trav. art. L. 2323-60.

²⁰⁵ La protection sociale complémentaire reste emprunte de la pensée de l'après guerre, à l'époque où les Autorités publiques étaient intimement convaincues que des bons travailleurs, autrement dit des travailleurs en bonne santé bénéficiant d'un système de santé efficace, étaient de bons soldats. Si aujourd'hui cette interprétation militaire n'est plus d'actualité, l'Etat et le Législateur souhaitent maintenir cet objectif de santé.

²⁰⁶ C. des ass., art. L. 112-2, L. 141-4 ; CSS, art. L. 932-6 ; C. de la mut., art. 221-6 ; L. 89-1009 art. 12.

²⁰⁷ Le Vocabulaire Juridique définit une notice comme étant le « *document destiné à l'information du consommateur qui accompagne certains produits (parfois syn. de mode d'emploi)* ».

²⁰⁸ J. BARTHELEMY, « *Restructurations et sort de la protection sociale complémentaire* », Gazette du Palais 2012, n°234, p.24.

²⁰⁹ P. MORVAN, Droit de la protection sociale, LexisNexis 2013, 6^e éd. p. 871.

prévoyance mis en place dans l'entreprise est un régime à adhésion facultative, l'information peut guider son consentement car son accord est requis (§1). Cependant, dans le cas où le régime mis en place est à adhésion obligatoire, l'accord du salarié est évincé (§2).

§1. L'accord du salarié nécessaire : le régime à adhésion facultative

133. Définition.- Le Code de la sécurité sociale définit l'opération collective à adhésion facultative comme « *l'opération par laquelle une entreprise ou un groupement d'épargne retraite populaire, dénommé "l'adhérent", adhère par la signature d'un bulletin au règlement d'une institution de prévoyance ou souscrit auprès de celle-ci un contrat au profit de ses salariés ou d'une ou plusieurs catégories d'entre eux ou de ses membres en vue de leur assurer la couverture d'engagements ou de risques pour lesquels cette institution est agréée est dite "opération collective à adhésion facultative" lorsque les salariés ou les membres concernés sont libres de s'affilier à ladite institution, dont ils deviennent alors membres participants* »²¹⁰. La compréhension de cet article nécessite de le diviser en deux. La première partie définit l'« *opération collective à adhésion facultative* », tandis que la seconde justifie le caractère « *facultatif* » du régime. Est qualifié de facultatif le régime dans lequel les salariés ont seuls le pouvoir de s'affilier ou non au régime de protection sociale complémentaire. Autrement dit, ils peuvent décider de leur qualité de bénéficiaire dès la mise en place du régime²¹¹ de telle façon que dans l'hypothèse où un risque se réalise, une couverture les protège contre les conséquences pécuniaires qui en découlent.

134. Mutualisation en péril.- L'opération collective à adhésion facultative a donc le mérite de satisfaire aux exigences des partisans de l'autonomie de la volonté. Seul celui qui l'a décidé est engagé. Cependant, ce choix laissé aux salariés ne peut-il pas laisser un goût d'inachevé ? La mise en place d'un régime de prévoyance répond à des exigences diverses. En premier lieu, elle répond aux besoins premiers des salariés, en tant qu'Hommes. La généralisation de la complémentaire santé par le législateur et la loi LSE du 14 juin 2013 en est la preuve. Ne risque-t-on pas de ruiner l'initiative si louable en laissant aux salariés le

²¹⁰ CSS art. L. 932-14 al 2.

²¹¹ En acceptant ou non la stipulation de contrat pour autrui. Sur cette notion, V. *infra* §137 et s.

choix de l'adhésion ? Si l'on s'en tient à une analyse fondamentaliste, le choix qui leur est laissé résulte de la liberté contractuelle. Cependant, lorsque l'intérêt de la collectivité est concerné, la réponse doit être nuancée. En laissant le choix d'adhérer ou non, seuls les salariés les plus démunis profiteront de la prévoyance offerte dans l'entreprise²¹². Cette offrande, dont seuls les plus pauvres profitent, répercutera cette affection du peuple sur les coûts de la protection. L'offrande sera devenue cadeau empoisonné. Avec ce choix, c'est tout l'esprit de la mutualisation qui s'estompe, le mélange des bons et des mauvais risques n'aura plus d'effet. La conséquence est coûteuse : une augmentation des cotisations.

§2. L'accord du salarié évincé : le régime à adhésion obligatoire

135. Définition.- L'opération collective à adhésion obligatoire est prévue aux articles L. 932-1 et suivants du Code de la sécurité sociale. Est une opération collective à adhésion obligatoire « *l'opération par laquelle une entreprise, dénommée l'adhérent, adhère par la signature d'un bulletin au règlement d'une institution de prévoyance ou souscrit auprès de celle-ci un contrat au profit de ses salariés ou d'une ou plusieurs catégories d'entre eux en vue d'assurer, dans le cadre des dispositions du chapitre Ier du titre Ier du présent livre, la couverture d'engagements ou de risques pour lesquels cette institution est agréée est dite opération collective à adhésion obligatoire lorsque les salariés concernés sont obligatoirement affiliés à ladite institution, dont ils deviennent membres participants* »²¹³.

136. Sources.- Un régime peut être mis en place soit par acte collectif, soit par accord référendaire, soit par décision unilatérale. L'article 11 de la loi Evin laisse au salarié une option lorsque le régime de protection sociale complémentaire est mis en place par décision unilatérale : si le salarié était présent dans l'entreprise antérieurement à la décision de l'employeur, il peut décider de ne pas être affilié au régime²¹⁴. Ainsi le régime ne sera obligatoire que pour les salariés entrés dans l'entreprise après la décision unilatérale. *Quid juris* en matière d'accord collectif et d'accord référendaire ? La Cour de cassation a jugé

²¹² Les salariés faisant partie du top management préféreront sans doute souscrire à une prévoyance privée.

²¹³ CSS art. L. 932-1 al 2.

²¹⁴ Cf. Art. 11 Loi n°89-1009 du 31 déc. 1989.

qu'en matière de convention et d'accord collectif, cette faculté de renonciation des anciens salariés n'existe pas²¹⁵. Enfin, en ce qui concerne l'accord référendaire, le Professeur Barthélémy émet un doute dans la mesure où il existe, entre l'accord référendaire et la décision unilatérale, une proximité des régimes²¹⁶.

137. Complexité.- La mise en place d'un régime de prévoyance donne naissance à un contrat d'assurance de groupe. Le paysage juridique qui l'entoure est complexe. Un employeur se rapproche d'un assureur afin de souscrire un contrat d'assurance. A ce niveau, l'opération reste simple. Cependant, elle se complique dès lors que l'employeur-souscripteur institue tout ou partie de ses salariés, bénéficiaires des garanties dues en cas de réalisation d'un risque²¹⁷. S'érige alors une technique juridique particulière: la stipulation pour autrui (**I**). Puis, en filigrane, se dessine la stipulation de contrat pour autrui (**II**).

I. La stipulation pour autrui

138. Notion.- Aux termes des articles 1119 et 1122 du Code civil, « *on ne peut, en général s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même* », « *et pour ses héritiers et ayants cause* ». En principe, les parties ne peuvent faire peser sur des tiers des obligations auxquelles ils n'auraient pas consenties. Le fondement de cette interdiction découle de l'effet relatif des conventions posé l'article 1165 du Code civil : « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* ». Cependant, une lecture attentive de l'intégralité de ce dernier nuance le propos, puisque les conventions « *ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ». En d'autres termes, l'article 1121 serait le « *seul moyen pour faire échec à l'effet relatif des contrats* »²¹⁸. Octroyer à un tiers le bénéfice d'une créance que l'on détient envers une autre personne est possible. « *On peut pareillement*

²¹⁵ Cass. soc., 24 avril 2013, n°11-22262.

²¹⁶ J. BARTHELEMY, « *Restructurations et sort de la protection sociale complémentaire* », Gazette du Palais 2013, n°234, p. 24.

²¹⁷ P. MORVAN, Droit de la protection sociale, LexisNexis, 6^e édition, 2013, p. 838.

²¹⁸ P. MOUSSERON, « *Technique contractuelle* », Ed. Francis Lefebvre, 4^e édition, 2010, p. 256. En effet, la première partie de l'article 1165 du Code civil précisant que « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* », il semble que ce mécanisme viole l'effet relatif des conventions.

stipuler au profit d'un tiers, lorsque telle est la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même ou d'une donation que l'on a fait à un autre. Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer, si le tiers a déclaré vouloir en profiter »²¹⁹. La conclusion d'un contrat d'assurance de groupe par l'employeur et l'assureur crée une situation juridique ayant un impact sur un tiers : le salarié bénéficie de la garantie promise par l'assureur promettant. L'analyse de ce mécanisme a conduit une partie de la doctrine à considérer que l'acte par lequel l'employeur demande à un organisme assureur de garantir un certain nombre de risques auprès de ses salariés constitue une véritable stipulation pour autrui. La Cour de cassation a, par la suite, confirmé l'existence d'une stipulation pour autrui²²⁰. Le Professeur Morvan précise qu'il s'agit là d'une stipulation pour autrui avec charges²²¹ puisque les salariés, bénéficiaire des garanties et adhérents au régime, devront, dans la majorité des régimes de prévoyance, cotiser²²².

139. Cette position visant à faire du mécanisme d'assurance de groupe une stipulation pour autrui n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. François Boucard notamment juge que l'opération en question ne peut s'analyser en une stipulation pour autrui au sens de l'article 1121 du Code civil dans la mesure où l'engagement de l'assuré ne présente pas de risque excessif, cet engagement ne constitue pas, à proprement parler, un profit au sens de ce même article²²³. Autrement dit, les bénéficiaires de l'assurance ne bénéficieraient pas d'un réel avantage.

²¹⁹ C. civ., art. 1121

²²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1989, n°87-14648.

²²¹ Selon le Vocabulaire Juridique Cornu, une libéralité avec charge est une « libéralité dont le bénéfice est subordonné comme une condition par le disposant, à l'exécution par le gratifié d'une certaine prestation ». En l'espèce, il s'agirait pour le salarié-gratifié d'acquitter le montant de la cotisation due pour prétendre au bénéfice de la couverture du régime de prévoyance.

²²² P. MORVAN, Droit de la protection sociale, *LexisNexis*, 6^e édition, 2013, p. 839.

²²³ F. BOUCARD, « *L'analyse juridique de l'assurance de groupe en matière de crédit* », RGDA, n°2002-03, p. 644.

140. La qualification de stipulation pour autrui ne semble donc pas adaptée à la réalité du contrat d'assurance de groupe. Certains auteurs ont alors tenté de découvrir la qualification la plus précise, celle épousant au mieux les contours de la triangulation juridique.

II. La stipulation de contrat pour autrui

141. **Notion.**- La doctrine majoritaire ne se satisfaisait pas de cette qualification de stipulation pour autrui, notamment en raison du fait qu'en droit des obligations, la stipulation pour autrui n'a pour conséquence que la reconnaissance d'une créance pour l'adhérent²²⁴, d'un simple droit direct²²⁵. En réaction aux critiques, la Cour de cassation est allée plus loin. Dans un arrêt rendu le 7 juin 1989, elle pose le principe suivant : « *l'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins un lien contractuel direct entre l'adhérent et l'assureur ; qu'il n'en est pas différemment lorsque ce contrat charge le souscripteur de l'encaissement des primes pour le compte de l'assureur* »²²⁶. Il ne s'agit donc plus d'une simple stipulation pour autrui mais bien d'une stipulation de contrat pour autrui²²⁷ puisque qu' « *en donnant son acceptation, l'adhérent devient ainsi rétroactivement partie à un contrat conclu par d'autres* »²²⁸. Le 22 mai 2008, la Première chambre civile a franchi une étape supplémentaire en affirmant, en outre, que le lien contractuel direct existant est de nature synallagmatique²²⁹. Chaque adhérent qui paie sa prime²³⁰ a désormais droit à la prestation prévue par le contrat d'assurance. De même, le défaut de paiement de la prime – ou de la cotisation – entraîne une suspension de la

²²⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, « Droit des obligations », Précis Dalloz 10^e édition.

²²⁵ X. DELPECH, « Contrat d'assurance de groupe et stipulation de contrat pour autrui », D. 2008, p. 1954.

²²⁶ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1989, n°87-14648.

²²⁷ D-R MARTIN, « La stipulation de contrat pour autrui », D. 1994, p. 145.

²²⁸ A. SERIAUX, « Lien contractuel entre l'adhérent et à l'assureur du fait de l'adhésion à un contrat d'assurance de groupe et interprétation d'une clause abusive », JCP 2008, II 10133.

²²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, n°05-21822. Dans cet arrêt, la Première chambre civile de la Cour de cassation a jugé que « *l'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins, entre l'adhérent et l'assureur, qui l'a agréé, un lien contractuel direct, de nature synallagmatique* ».

²³⁰ Une prime que l'on qualifiera en droit de la protection sociale complémentaire comme étant une cotisation.

couverture, voire une cessation de l'obligation de couverture. Ainsi, « ces deux obligations se soutiennent l'une l'autre, en autarcie »²³¹. Didier R. Martin ajoute, qu' « en adhérant personnellement et pour son compte au contrat stipulé, dans les termes préconçus, le bénéficiaire noue avec le promettant une relation obligatoire qui l'expose à en assumer les devoirs ou conditions prévus à sa charge »²³². En 2010, c'est à la Chambre commerciale de se rallier à la position de la Première chambre civile. Elle reprend son raisonnement en ajoutant que le souscripteur est dès lors un tiers par rapport au contrat d'assurance liant l'assureur à l'adhérent assuré²³³. Comme la souligné Monsieur Delpech, « tout se passe, en fait, comme si la stipulation de contrat pour autrui entraînait novation par changement de cocontractant »²³⁴. La Cour de cassation a donc une vision jusqu'au-boutiste de cette notion de stipulation de contrat pour autrui en créant, de toute pièce, un lien contractuel, incarnant la loi des parties, entre l'assureur et l'adhérent salarié.

142. Juridiquement, la stipulation se distingue de la représentation. Dans la stipulation, le stipulant agit pour son propre compte alors que dans la représentation, qui trouve son aboutissement dans le contrat de mandat, le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant²³⁵. Le stipulant est donc bien partie au contrat. Or, la Cour de cassation semble considérer que le souscripteur qui est à l'initiative du contrat d'assurance de groupe perd sa qualité de partie lorsqu'il contracte, de manière instantanée. Il ne serait partie au contrat que l'espace de quelques secondes, puisqu'aussitôt le stipulant devient tiers à l'opération. La complexité de la situation atteint son paroxysme lorsque la Cour de cassation semble admettre qu'il y a bien un contrat entre l'organisme assureur et le salarié bénéficiaire et qu'une partie de la doctrine estime que le contrat d'assurance « ne lie que l'employeur souscripteur et

²³¹ A. SERIAUX, *préc.*

²³² D-R MARTIN, « La stipulation de contrat pour autrui », D. 1994, p. 145.

²³³ Cass. com., 13 avril 2010, n°09-13712 : « Mais attendu que l'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins un lien contractuel direct entre l'adhérent et l'assureur, le souscripteur étant alors un tiers par rapport au contrat d'assurance liant l'assureur à l'adhérent assuré ».

²³⁴ X. DELPECH, « Contrat d'assurance de groupe : conséquence inattendue de la qualification de stipulation pour autrui », Dalloz Actualité, 15 mai 2010.

²³⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, « Droit des obligations », Précis Dalloz 10^e édition, p. 529.

l'organisme assureur »²³⁶. Cependant, et même si la qualification de stipulation de contrat pour autrui est séduisante, l'expression n'a jamais été reprise par la Cour de cassation qui préfère toujours se ranger derrière la stipulation pour autrui.

143. Nuances.- Il est à noter que l'ensemble des décisions rendues par la Cour de cassation ne concerne pas des contrats d'assurance de groupe s'inscrivant dans un régime de protection sociale complémentaire. La plupart sont relatives à des contrats d'assurance de groupe emprunteur dans lesquels le banquier endosse la qualité de stipulant, l'assureur celle de promettant et l'emprunteur celle d'adhérent. La nuance n'est pas sans conséquence dans la mesure où, en la matière, l'assureur se réserve généralement le droit d'agréer les adhérents. Or, et comme l'a précisé Maître Boucard, « *il n'existe pas de législation générale sur l'assurance de groupe* » de sorte qu'il « *existe différents contrats d'assurance de groupe, dont les modalités de fonctionnement ne sont pas identiques et qui ne peuvent donc recevoir la même qualification* »²³⁷.

144. Notons que dans un arrêt du 28 mars 2013, la Deuxième chambre civile, compétente en matière de prévoyance²³⁸, a jugé que « *l'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins un lien contractuel direct entre l'adhérent et l'assureur, le souscripteur étant alors un tiers par rapport au contrat d'assurance liant l'assureur à l'adhérent assuré* »²³⁹. La Deuxième chambre civile reprend, *in extenso*, la formule déjà employée par la Chambre commerciale et la Première chambre civile. Cependant, il existe, entre les arrêts rendus en matière de contrat emprunteur et cet arrêt de mars 2013, des différences : alors que les trois arrêts précités étaient publiés au bulletin, ce dernier arrêt ne l'est pas. De même, l'arrêt n'évoque nullement une opération s'assurance prenant sa source dans des relations de travail.

²³⁶ P. MORVAN, « *Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration* », Dr. soc., 2006, p. 279.

²³⁷ F. BOUCARD, « *L'analyse juridique de l'assurance de groupe en matière de crédit* », RGDA, n°2002-03, p. 644.

²³⁸ Depuis le 1^{er} mars 2003, le contentieux de la sécurité sociale est attribué à la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation.

²³⁹ Cass. 2^e civ., 28 mars 2013, n° 12-15403

145. De plus, et selon l'article 1121 du Code civil, « *il faut que le tiers déclare vouloir profiter de la stipulation faite à son profit, qu'il l'accepte suivant l'expression consacrée : nul ne peut acquérir un droit contre sa volonté* »²⁴⁰. Dans un régime à adhésion obligatoire, aucune marge de manœuvre n'est possible pour le salarié. Cet élément ferait donc pencher la balance en faveur de la solution consistant à nier l'existence d'une stipulation pour autrui dans le cas d'un contrat d'assurance de groupe en matière de prévoyance.

146. **Distinction douteuse.**- Il est inutile de rappeler ici la distinction opérée par un auteur entre les contrats d'assurance de groupe à adhésion obligatoire et ceux à adhésion facultative. En effet, il a été affirmé que, dans un contrat d'assurance de groupe à adhésion obligatoire, il n'existe pas de stipulation de contrat pour autrui car « *le caractère obligatoire de l'adhésion prive l'adhérent-assuré de toute manifestation de volonté* »²⁴¹. En effet, il « *n'existe aucune manifestation de volonté, même tacite, puisque l'intéressé ne dispose d'aucune liberté. Par conséquent, l'absence de consentement de l'assuré exclut toute reconnaissance d'un second contrat conclu entre l'assuré et l'assureur* »²⁴². L'argument nous semble irrecevable. A aucun moment la Cour de cassation ne distingue entre les contrats à adhésion obligatoire et ceux à adhésion facultative. La loi ne dessine également aucune distinction. Plus encore, le Code de la sécurité sociale entérine l'idée d'un contrat entre le salarié-bénéficiaire et l'organisme assureur. En effet, l'article L. 932-3 alinéa 3 précise que « *l'engagement réciproque de l'adhérent et de l'institution de prévoyance résulte de la signature du bulletin d'adhésion ou de celle du contrat* »²⁴³. Il est donc expressément prévu que le salarié s'« engage » par sa signature du « contrat ». De plus, l'article suivant indique que l'adhérent doit notamment « *payer la cotisation due aux époques convenues* »²⁴⁴. L'utilisation du verbe « convenir » n'est pas anodine dans la mesure où celui-ci induit « *l'idée d'accord entre deux ou plusieurs*

²⁴⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, « Droit des obligations », Précis Dalloz 10^e édition, p. 536.

²⁴¹ M. BIGOT-GONCALVES, Les assurances de groupe, Thèse PUAM, 2009, p. 91 et s.

²⁴² M. BIGOT-GONCALVES, *ibid.*, p. 102.

²⁴³ CSS art. L. 932-3, al. 3.

²⁴⁴ CSS art. L. 932-4, 1^o.

personnes »²⁴⁵. Au regard de ce qui précède, il ne semble pas possible de faire une telle distinction.

147. Conclusion de chapitre.- L'accord de volonté dans le support de l'opération collective d'assurance est plus épargné qu'il ne l'est dans l'opération collective elle-même. En effet, en matière de contrat d'assurance de groupe, la défaillance des consentements, et notamment de celui de l'employeur, se fait surtout sentir dans la détermination du contenu du contrat. La prédétermination légale permet au législateur d'imposer aux cocontractants des dispositions impératives qu'ils n'auraient sûrement pas stipulées eux-mêmes²⁴⁶. Côté employé, l'abolition de sa volonté se retrouve, poussée à un degré élevé, lorsqu'il s'agit d'un régime à adhésion obligatoire puisqu'il se retrouve lié à l'assureur par un véritable « *lien contractuel direct* »²⁴⁷.

²⁴⁵ Convenir *in* Dictionnaire de l'Académie française en ligne.

²⁴⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, « Droit des obligations », Précis Dalloz 10^e édition, p.39 et s. n°35 : les auteurs expliquent cette réglementation impérative par la volonté du législateur d'éviter que le fort n'exploite le faible.

²⁴⁷ L'expression est utilisée par la Cour de cassation.

Conclusion du Titre 1

148. La protection sociale complémentaire répond à des impératifs de plus en plus pressants. La mise en place d'un régime au sein d'une entreprise fait désormais partie des objectifs obligatoires que les entreprises doivent se fixer et atteindre avant le 1^{er} janvier 2016. L'interventionnisme étatique fort qui accompagne la protection sociale en général devrait s'estomper en matière de prévoyance dans la mesure où, en la matière, le contrat s'impose. Cependant, la généralisation de la complémentaire santé, les indemnités complémentaires dues en cas de maladie, la prédétermination légale des contrats font reculer le libéralisme économique traditionnel au profit d'une économie de plus en plus socialisée. D'un point de vue fondamentaliste, l'on peut toutefois se réjouir de la condamnation récente par le Conseil constitutionnel des clauses de désignation et de migration qui a marqué un vague retour au respect du droit des obligations. La mise en place d'un régime de protection sociale complémentaire met en exergue avec puissance à quel point il existe un droit de la protection sociale complémentaire qui s'est affranchi de tous les autres droits tant les intérêts sont disparates.

Titre 2. La place de l'accord au temps de l'application des régimes de protection sociale complémentaire

149. Deux périodes successives gouvernent l'application des régimes de protection sociale complémentaire : l'exécution du régime de protection sociale complémentaire (**Chapitre 1**) puis son extinction (**Chapitre 2**).

Chapitre 1. La place de l'accord de volonté au temps de l'exécution du régime de protection sociale complémentaire

150. La mise en place d'un régime de protection sociale complémentaire implique la création d'un paysage contractuel complexe. Dans le sillage de l'opération collective d'assurance trouvant sa source dans un acte collectif, un accord référendaire ou une décision unilatérale de l'employeur, s'inscrit un contrat d'assurance support de cette opération. Dès lors, l'accord de volonté aura une place différente selon que l'acte étudié est tantôt l'opération collective d'assurance (**Section 1**), tantôt son support (**Section 2**).

Section 1. La place de l'accord de volonté dans l'évolution de l'opération collective d'assurance.

151. Plan.- La formation du régime de protection sociale complémentaire n'a pas pour effet d'annihiler l'accord de volonté entre les parties. A cet égard, le régime de prévoyance mis en place par un acte collectif se distingue des régimes trouvant leur origine dans d'autres actes normatifs comme l'accord référendaire ou décision unilatérale. Etudier l'exécution du régime de prévoyance suppose d'envisager l'évolution de l'acte collectif dont il est issu (**Sous-section 1**) avant d'analyser la révision des autres actes normatifs (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. La place de l'accord de volonté dans l'évolution de l'acte collectif

152. Être humain.- Transposer l'analyse anthropomorphique de l'acte juridique²⁴⁸ à l'acte collectif de prévoyance conduit à l'assimiler à un être humain. Comme tout être vivant, l'acte collectif de prévoyance peut prendre acte de ses erreurs passées et analyser le changement de son environnement pour s'y adapter : le régime de prévoyance est révisé (§1). Toutefois, il

²⁴⁸ La plus ancienne analyse des fondements de la théorie des nullités consiste à adopter une interprétation anthropomorphique des actes juridiques. Selon cette théorie, le contrat est atteint d'une nullité absolue lorsque le vice qui l'affecte est incurable: l'acte est considéré comme mort-né. Néanmoins, le contrat peut, au contraire, n'être que « malade » et curable: la nullité n'étant alors que relative (V. par ex. Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Les obligations, Lextenso Editions, 4^e édition 2009).

arrive qu'au contraire les forces et vertus du régime de prévoyance soient reconnues, sa pérennité est assurée : le régime de prévoyance se développe (§2).

§1. La révision de l'acte collectif

153. Afin d'appréhender la mécanique de la révision de l'acte collectif, encore faut-il en connaître les causes (I). Devront être étudiées, par la suite, les modalités de cette révision (II).

I. Les causes de la révision de l'acte collectif

154. Pluralité.- L'acte collectif subit les assauts du temps et des considérations économiques, politiques et sociales qui l'accompagnent. Ainsi, de nombreuses causes peuvent affecter l'existence et la pérennité de l'acte.

155. Obligation légale.- Le Code de la sécurité sociale met une obligation à la charge des parties au contrat d'assurance de groupe. Il doit être insérée dans ce contrat « *une clause déterminant dans quelles conditions et selon quelle périodicité le choix de ces organismes ainsi que des intermédiaires peut être réexaminé. La périodicité du réexamen ne peut excéder cinq ans* »²⁴⁹. Obligation est donc faite à l'employeur-souscripteur et à l'organisme assureur de prévoir la renégociation du contrat qui les lie. Conscient des enjeux soulevés par un régime de prévoyance, le législateur entend, par cette clause, permettre aux parties de faire évoluer les termes du contrat afin qu'il épouse au mieux les réalités économiques et sociales dans lesquelles il a vocation à déployer ses effets.

156. Evolution du droit positif.- Tout changement dans la législation sociale en vigueur est susceptible d'avoir un impact sur les régimes de prévoyance en cours d'exécution. Il suffit, pour s'en convaincre, d'évoquer la loi dite de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013. Dans l'hypothèse où un régime de prévoyance comprend uniquement la prise en charge du ticket modérateur et du forfait journaliser, il se trouve désormais en infraction avec la législation sociale car la couverture est insuffisante. En effet, font désormais partie du « *panier de soins* » les frais exposés pour les soins dentaires prothétiques et les soins d'orthopédie dentofaciale.

²⁴⁹ CSS, art. L. 912-2.

Cependant, et selon la théorie développée par Paul Roubier, dans l'hypothèse où une loi nouvelle modifie la législation jusqu'alors applicable, la loi ancienne survit à la loi nouvelle pour les relations contractuelles en cours²⁵⁰.

157. La circulaire du 30 janvier 2015 rédigée par la Direction de la sécurité sociale livre son interprétation quant aux dispositions que doivent respecter les contrats complémentaires en santé pour bénéficier des aides fiscales et sociales attachées aux contrats responsables²⁵¹. Cette circulaire, qui faisait suite à la loi du 8 août 2014 et au décret du 18 novembre 2014, a eu pour conséquence le report des prises de décision sur les régimes alors en vigueur²⁵². La publication de la circulaire donne le départ définitif de la généralisation.

158. De même, l'introduction de la pénibilité comme nouvelle forme de risque professionnel par la loi du 9 novembre 2010 est une illustration supplémentaire de l'évolution du droit positif ayant un impact sur les actes collectifs en vigueur²⁵³.

²⁵⁰ P. ROUBIER, *Le Droit transitoire (conflits des lois dans le temps)*, Dalloz, 2^e édition 1960 (1^{ère}, 1929). La théorie de Paul Roubier a d'ailleurs trouvé écho dans la doctrine et dans la jurisprudence (V. notamment Cass. 1^{ère} civ. 29 avril 1960). Cette question nous laisse perplexe notamment au regard de la généralisation de la complémentaire santé instituée par la loi LSE du 14 juin 2013 au terme de laquelle l'employeur doit prendre en charge au moins 50% de « *cette couverture* ». La question se pose alors en doctrine de savoir à quoi correspond la moitié visée par le législateur. L'entreprise peut-elle financer moins de 50% du régime si, techniquement, son financement vaut au moins 50% du panier de soins ? Ou bien, l'entreprise a-t-elle l'obligation de financer au moins 50%, quel que soit le niveau de garanties et le périmètre des personnes couvertes ? *A priori*, si ces questions se posent chez les praticiens (V. par ex. Semaine Sociale Lamy, 2015, n°1669, F. WISMER « *Généralisation de la complémentaire santé. De quelques problèmes d'application* »), les contrats en cours ne seront pas affectés par ce financement à hauteur de 50% du par l'employeur.

²⁵¹ Circ. n°DSS/SD2A/SD3C/SD5D/2015/30, 30 janv. 2015.

²⁵² Les entreprises devront, en vertu de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, toutes se doter d'un régime de remboursement complémentaire de frais de santé. L'attente de la loi, du décret et enfin de la circulaire a largement ralenti les entreprises dans la mise en conformité des régimes déjà en vigueur ou dans l'élaboration de nouveaux régimes (V. notamment, F. WISMER, J. de CALBIAC, « Complémentaire santé, « contrat responsable » : passage à l'acte, JCP S, 2015, 1111).

²⁵³ Loi n°2010-1330, du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.

159. Condamnation.- Une condamnation, prenant la forme d'une décision judiciaire qui frappe un acte collectif prévoyant des garanties sociales, matérialise l'inadéquation de ce régime avec le droit positif, ou du moins avec l'interprétation qu'en fait la jurisprudence. Les partenaires sociaux ou l'employeur à l'origine de l'acte devront donc prendre les mesures nécessaires pour se conformer à la condamnation. Prenons à titre d'illustration le foyer contentieux qu'est l'égalité de traitement. Le décret du 9 janvier 2012²⁵⁴, même s'il ne reprend pas expressément la notion d'égalité de traitement, y fait largement référence. Ce décret a été codifié dans le Code de la sécurité sociale à l'article R. 242-1-1. Cet article, relatif aux exonérations sociales ouvertes à l'employeur en cas de mise en place d'un régime de prévoyance, distingue deux situations. La première concerne l'hypothèse dans laquelle l'ensemble des salariés serait concerné par le régime. La seconde est relative au cas où seules certaines catégories de salariés bénéficient du régime. Dans cette dernière hypothèse, cinq critères limitatifs permettent de réserver à certains salariés le régime de prévoyance. Parmi ces critères se trouve notamment la place dans les classifications professionnelles de branche²⁵⁵. Bien que les arrêts du 27 janvier 2015 aient considérablement fait évoluer la jurisprudence en matière d'avantages établis entre catégories professionnelles²⁵⁶, dans l'hypothèse où un salarié

²⁵⁴ Décret n°2012-25 du 9 janvier 2012.

²⁵⁵ L'article R. 242-1-1 du Code de la sécurité sociale prévoit quatre autres critères permettant de distinguer les catégories pouvant bénéficier d'un régime de prévoyance : l'affiliation ou non à l'AGIRC, un seuil de rémunération déterminé à partir d'une des limites inférieures des tranches A ou B, le niveau de responsabilité, le type de fonctions ou le degré d'autonomie ou l'ancienneté dans le travail des salariés correspondant aux sous-catégories des classifications professionnelles, L'appartenance au champ d'application d'un régime légalement ou réglementairement obligatoire assurant la couverture du risque concerné, ou bien l'appartenance à certaines catégories spécifiques de salariés définies par les stipulations d'une convention collective, d'un accord de branche ou d'un accord national interprofessionnel caractérisant des conditions d'emploi ou des activités particulières, ainsi que, l'appartenance aux catégories définies clairement et de manière non restrictive à partir des usages constants, généraux et fixes en vigueur dans la profession.

²⁵⁶ Cass. soc., 27 janv. 2015, n°13-22179, n°13-14908, n°13-25437, n°13-23818, n°13-23850. V. les commentaires de J. DANIEL, « *Différences de traitement entre catégories professionnelles : la justification n'évite pas le soupçon* », JCP S, 2015, 1054 et J-F CESARO, A. TEISSIER « *L'égalité par le dialogue social* », JCP G, 2015, 261. Notons que les arrêts rendus le 27 janvier 2015 ne concernaient que des accords collectifs de branche. Autrement dit, on peut se demander si la solution de la Cour de cassation serait la même en présence d'un accord d'entreprise.

ou une organisation syndicale parviendrait à renverser la présomption d'égalité de traitement, une renégociation de l'acte collectif porteur de l'illicéité devra être engagée.

160. Circonstances économiques.- La conjoncture économique a une influence inéluctable sur la vie des assurances. La presse spécialisée constate que « *les impacts de la crise sur le secteur de l'assurance sont à la fois d'ordre matériel et structurel* »²⁵⁷. Si l'on admet que la prévoyance est passée d'une logique institutionnelle à une logique assurantielle²⁵⁸ alors les organismes assureurs seront également affectés par l'économie en péril. Ainsi « *la révision d'un régime de prévoyance complémentaire ou de retraite supplémentaire est vitale lorsque celui-ci se trouve confronté à un grave déséquilibre financier. La moitié des révisions tendent d'ailleurs à une augmentation du taux des cotisations* »²⁵⁹.

II. Les modalités de la révision de l'acte collectif

161. Révision d'un acte collectif de droit du travail.- Le droit du travail postule un parallélisme des formes en matière de révision des actes collectifs. Les modalités de leurs révisions diffèrent selon la qualité des acteurs à l'origine de leur élaboration. Ainsi, un accord conclu entre un employeur et les représentants du personnel sera révisé par ces mêmes protagonistes²⁶⁰. Un accord conclu entre un employeur et un salarié mandaté sera révisé par cet employeur et par un nouveau salarié qui aura été mandaté pour cette révision²⁶¹. Cette

²⁵⁷ A. CERVINI, « *Assurance : la "crise" est une opportunité pour un marché en quête d'innovation* », Les Echos. L'auteur constatant que la crise a eu pour effet de changer les habitudes des consommateurs d'assurance. « *L'impact sur le secteur des assurances a été immédiat : en 2011, le chiffre d'affaires de l'assurance française s'élevait à 190 milliards d'euros, soit un recul de 8 % par rapport à 2010* » (source : FFSA 2011).

²⁵⁸ J. BARTHELEMY, « *Protection sociale complémentaire : de la conception institutionnelle à la conception assurantielle* », JCP S 2006, 1810.

²⁵⁹ P. MORVAN, « Les transferts d'entreprise et les régimes de protection sociale », Dr. soc., 2005, p. 772.

²⁶⁰ L'article L. 2232-29 du Code du travail dispose : « *Les accords d'entreprise ou d'établissement conclus selon les modalités définies aux paragraphes 1 et 2 peuvent être renouvelés, révisés ou dénoncés selon les modalités mentionnées à ces paragraphes respectivement par l'employeur signataire, les représentants élus du personnel ou un salarié mandaté à cet effet* ».

²⁶¹ C. trav. L. 2232-29.

position est récente. Avant la loi du 4 mai 2004²⁶², syndicats et patronat s'affrontaient. Les premiers soutenaient que pour libérer l'employeur de ses obligations, il était nécessaire d'obtenir préalablement la signature de toutes les organisations syndicales représentatives ayant signé la convention ou y ayant adhéré, ou, à défaut, de dénoncer la convention²⁶³. Les seconds faisaient une interprétation littérale des dispositions du Code du travail, l'accord collectif pourrait être révisé avec une ou plusieurs organisations syndicales représentatives²⁶⁴.

162. Révision d'un acte collectif de prévoyance.- Si la nature juridique de l'acte collectif de prévoyance a longtemps provoqué les critiques d'une partie de la doctrine²⁶⁵, il est aujourd'hui certain qu'il s'agit d'un acte collectif régi par les règles de droit du travail. Il répond dès lors au principe du parallélisme des formes : seuls ceux qui l'ont élaboré peuvent le réviser. A cet égard, l'article 2261-7 du Code du travail dispose que « *les organisations syndicales de salariés représentatives, signataires d'une convention ou d'un accord ou qui y ont adhéré conformément aux dispositions de l'article L. 2261-3, sont seules habilitées à signer, dans les conditions prévues au chapitre II du titre III, les avenants portant révision de cette convention ou de cet accord* ».

163. Modification de l'acte collectif par accord référendaire.- Un accord référendaire peut-il modifier un acte collectif de droit du travail ? Dès 1984, la Cour de cassation considère l'accord référendaire comme un accord d'entreprise²⁶⁶. Mais quel sens donner à cet « *accord d'entreprise* » ? A-t-il la nature d'accord collectif ? Selon une partie de la doctrine interprétant

²⁶² Loi n°2004-391 du 4 mai 2004 portant sur la négociation d'accords dérogatoires dans les entreprises.

²⁶³ C'est la position retenue dans un premier temps par la Cour de cassation dans un arrêt *Basirico* du 9 mars 1989 (Cass. soc., 9 mars 1989, n°86-44025) : « *Attendu cependant que, si des organisations représentatives peuvent valablement signer un accord collectif modifiant partiellement une convention collective, le nouvel accord, s'il n'a pas été signé par l'ensemble des signataires initiaux de la convention collective et adhérents ultérieurs, ne peut, à défaut de dénonciation régulière de la convention, être opposé à des salariés qui réclament le bénéfice d'un avantage prévu à ladite convention et supprimé par l'accord* ».

²⁶⁴ Ancien article L. 132-2 du Code du travail correspondant aujourd'hui à l'article L. 2231-1 du même Code.

²⁶⁵ Cf. *supra* §19 et s.

²⁶⁶ Cass. Soc., 5 janv. 1984, Jourdain c./ Penven.

l'arrêt Jourdain, l'accord référendaire est doté des mêmes effets que l'accord collectif²⁶⁷. Peut-il alors modifier un accord collectif? La Cour de cassation a jugé en 1999 « *qu'un régime complémentaire de retraite, qu'il ait été créé par voie d'accord collectif ou à la suite de la ratification par la majorité des intéressés d'une proposition de l'employeur, peut indifféremment être modifié ou révisé selon l'une ou l'autre de ces formes* »²⁶⁸. Cependant, étant toujours dans l'attente du décret devant préciser l'article L. 911-5, il est possible de conclure en l'impossibilité pour un accord référendaire de modifier un accord collectif dans la mesure où l'article L. 911-5 précise qu'un accord référendaire « *peut se substituer* » à la décision unilatérale de l'employeur, sans pour autant préciser qu'il pourrait également se substituer à un accord collectif.

§2. Le développement de l'acte collectif

164. En principe, les partenaires sociaux qui négocient une convention ou un accord collectif sont libres d'en déterminer le champ d'application. Cependant, pour les conventions de branches et les conventions professionnelles et interprofessionnelles, cette liberté peut être contrariée dans deux hypothèses : en cas d'extension (I) ou d'élargissement de l'accord collectif (II). A ce propos, l'intervention de l'autorité étatique « *ne saurait être justifiée que par le souci de combler les vides conventionnels au nom de l'ordre public social* »²⁶⁹.

I. L'extension de l'acte collectif

165. Définition.- La loi du 24 juin 1936, maintenant le principe contractuel de la convention collective²⁷⁰, introduit la procédure d'extension de cette convention. L'extension « *permet d'imposer à des entreprises le respect d'une convention à laquelle elles n'avaient consenti ni personnellement ni par l'intermédiaire d'un groupement professionnel* »²⁷¹.

²⁶⁷ P. MORVAN, Restructurations en droit social, LexisNexis 2013, 3^e édition, p. 1127, n°1712.

²⁶⁸ Cass. soc., 10 fév. 1999, n°97-13015.

²⁶⁹ J. BARTHELEMY, « *Extension et des conventions collectives* », Dr. soc., 1993, p. 359.

²⁷⁰ Principe selon lequel la convention collective a bien une nature contractuelle. V. Site Internet Sénat.

²⁷¹ B. TEYSSIE, Droit du travail, t. 2, Relations collectives : Lexis Nexis, 2014, 9^e édition, p.728, n°1650.

L'arrêté ministériel d'extension a pour effet « *de rendre obligatoires les dispositions d'un accord professionnel ou interprofessionnel pour tous les employeurs compris dans son champ d'application professionnel et territorial, dont les organisations patronales sont représentatives à la date de la signature de l'accord* »²⁷², sans que le champ professionnel et territorial du contrat collectif ne change. Pour se voir appliquer l'accord, l'entreprise n'a même pas à être adhérente de l'un des groupements patronaux signataires.

166. Compétence.- L'article L. 2261-15 alinéa 1^{er} dispose que : « *les stipulations d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, répondant aux conditions particulières déterminées par la sous-section 2, peuvent être rendues obligatoires pour tous les salariés et employeurs compris dans le champ d'application de cette convention ou de cet accord, par arrêté du ministre chargé du travail, après avis motivé de la Commission nationale de la négociation collective* ». En matière d'extension des conventions collectives de branche, compétence est donnée au Ministre du Travail²⁷³. De cette affirmation, une question surgit : ce même Ministre est-il également compétent lorsque l'acte collectif traite de garanties sociales ? Pour y répondre, le législateur a raisonné en deux temps. Il précise d'abord que « *les dispositions du titre III et du livre I du Code du travail sont applicables aux conventions et accords collectifs mentionnées à l'article L. 911-1* »²⁷⁴. Ainsi, une compétence de principe est donnée au Ministre du Travail en matière d'extension des garanties collectives. Le législateur précise ensuite que, cette compétence dépend en réalité de l'objet de l'accord, en effet « (...), *lorsque les accords ont pour objet exclusif la détermination des garanties mentionnées à l'article L. 911-2, leur extension aux salariés, aux anciens salariés, à leurs ayants droit et aux employeurs compris dans leur champ d'application est décidée par arrêté du ministre chargé*

²⁷² Cass. soc., 26 janv. 2012, n°10-27644.

²⁷³ Notons que seules les « conventions » collectives sont visées par l'article L. 2261-15. Or, les auteurs, unanimes en la matière, considèrent que le contrat collectif, entendons les conventions collectives ainsi que les accords collectifs, peut faire l'objet d'un arrêt d'extension. La jurisprudence, également, ne fait aucune distinction (V. par ex. Cass. soc., 6 avril 2011 : RJS 6/11, n°528).

²⁷⁴ CSS art., L. 911-3. La formulation de l'article L. 911-3 est obscure et laisse un doute subsister. Le renvoi opéré au titre III du Livre I du Code du travail ne permet pas au lecteur de connaître les dispositions visées puisque n'est pas précisée la partie du Code du travail concernée. Cependant, il faut y voir une simple erreur matérielle dans le renvoi.

de la sécurité sociale et du ministre chargé du budget, après avis motivé d'une commission dont la composition est fixée par décret »²⁷⁵. Dans l'hypothèse où l'acte collectif a pour objet unique la prévoyance, une compétence conjointe est donnée aux Ministres chargés de la Sécurité sociale et du Budget. Ainsi, en matière d'extension des garanties collectives, la répartition des compétences s'effectue comme suit : si l'accord collectif traite exclusivement de prévoyance, la compétence est partagée entre les Ministres chargés de la Sécurité sociale et du Budget ; si l'accord prévoit entre autres mesures sociales, de la prévoyance, le Ministre du Travail est compétent²⁷⁶.

167. Débat sur la compétence.- Aujourd'hui, il est acquis que la compétence ministérielle pour étendre un accord collectif dépend de son objet. Pourtant, cette règle n'a pas toujours été admise dans son principe. L'article L. 911-3 du Code de la sécurité sociale qui organise la répartition des compétence entre les ministres du Travail et ceux de la Sécurité sociale et du Budget, est issu d'une ordonnance de 1959²⁷⁷ - faisant suite à l'annulation par le Conseil d'Etat d'un arrêté d'extension de la convention collective nationale du 14 mars 1957 (AGIRC) - et repris par les lois n° 89-474 du 10 juillet 1989 et n°94-678 du 8 août 1994²⁷⁸. Les juridictions qui se sont prononcées sur la légalité des dispositions de cet arrêté ont jugé que si un arrêté d'extension n'émane pas de l'autorité compétente, l'accord est inopposable aux entreprises non syndiquées²⁷⁹. Si l'on s'en tient à une lecture strictement binaire de la situation, le Ministre du Travail devrait avoir compétence pour étendre les dispositions de droit du travail et les Ministres chargés de la Sécurité sociale et du Budget pour celles relatives à la prévoyance. Ainsi, un accord touchant aux conditions de travail et à la prévoyance devrait être étendu par autant de ministres que de domaines visés dans l'accord.

²⁷⁵ CSS art., L. 911-3 *in fine*.

²⁷⁶ V. CE 12 mai 2010, n°355657 : le non-respect de la répartition légale des compétences entraîne la nullité de l'arrêté.

²⁷⁷ Ordonnance n°59-238 du 4 février 1959

²⁷⁸ V. J. BARTHELEMY, « *Réflexion prospective sur l'extension des accords de protection sociale* », Dr. soc., 2010, p. 182. L'auteur rappelle que le Conseil d'Etat a annulé, dans un arrêt du 2 janvier 1959, l'arrêté d'extension du Ministre du Travail de l'époque puisque celui-ci ne pouvait avoir compétence pour étendre une convention collective dont l'objet concernait uniquement la protection sociale.

²⁷⁹ CA Paris, 24 sept., 1996, Fédération de services CFDT et autres c./ CRITT Interim et autres.

Or, aux termes de l'article L. 911-3 du Code de la Sécurité sociale, un seul et même arrêté est pris quelle que soit la nature des dispositions. Pour illustration, une convention collective dont 9/10^e du contenu concernent les conditions de travail et dont le 1/10^e restant traite de la prévoyance devra obligatoirement faire l'objet d'une extension par le Ministre du Travail. Les Ministres chargés de la Sécurité sociale et du Budget ne signeront pas un arrêté distinct pour le 1/10^e concernant la prévoyance. Leur compétence est donc écartée. Selon Jacques Barthélémy, « *le fait que le ministre du Travail demeure compétent pour les accords traitant simultanément d'autres thèmes est justifié par l'indivisibilité de la convention et l'interdiction, qui en découle, de l'intervention de deux autorités administratives* »²⁸⁰.

168. Certains auteurs ont mis en exergue le manque de pertinence de la distinction, jugée parfois artificielle, tout en conseillant de recourir aux seuls Ministres chargés de la Sécurité sociale et du Budget, lorsqu'il est question de prévoyance, dans la mesure où ils sont déjà compétents en matière de régimes de retraite complémentaire (AGIRC, ARRCO)²⁸¹.

169. Volonté effacée.- L'arrêté d'extension sème le trouble dans l'esprit de ceux qui sont attachés à la liberté contractuelle et à son respect. Comme l'a défini le Professeur Bernard Teyssié, le mécanisme de l'extension permet d'imposer à des entreprises le respect d'une convention à laquelle elles n'ont ni consenti personnellement, ni par l'intermédiaire d'une organisation patronale²⁸². Le hasard géographique et l'activité de l'entreprise décident de leur avenir conventionnel. Toutefois, l'utilisation de cette procédure permet d'étendre des dispositions spécifiques à un secteur concerné, que ce soit en matière économique ou sociale, aux salariés qui n'ont pu en bénéficier par le seul jeu de la négociation collective. Ces

²⁸⁰ J. BARTHELEMY, « Réflexion prospective sur l'extension des accords de protection sociale », Dr. soc., 2010, p. 182

²⁸¹ Ph. LAIGRE, « *Accord collectif. Prévoyance. Compétence du Ministre chargé de la Sécurité sociale et du Budget* », Dr. soc., 1996, p. 986. L'auteur soulève que « *plus fondamentalement, cet arrêt conduit à s'interroger sur la pertinence du partage de pouvoirs instauré par l'ordonnance du 4 février 1959. Dans la mesure où une couverture sociale complémentaire peut être mise en place aussi bien par la voie d'un accord collectif dont c'est l'objet exclusif que par la voie d'une convention collective traitant de biens d'autres sujets, cette distinction est, dans les faits, purement artificielle* ».

²⁸² Cf. *supra* §165 et s.

dispositions étant, par définition, mieux adaptées à l'entreprise que la loi générale et abstraite. Néanmoins, cet arrêté d'extension, qui crée des obligations pour l'employeur et ses salariés, s'expose à un risque de contestation devant la juridiction administrative.

170. Contestation de l'extension.- L'arrêté est proche, dans ses effets, d'une disposition législative. Sa valeur supra-conventionnelle empêche l'employeur et les salariés d'en disposer. Néanmoins, il n'est pas pour autant pourvu d'une immunité. Il résulte des lois des 7 et 14 octobre 1790 et de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872 que les décisions administratives, de toute nature, sont susceptibles d'annulation par la voie du recours pour excès de pouvoirs. Encore faut-il que l'acte administratif attaqué, l'arrêté ministériel, fasse grief²⁸³. Il est également possible, selon le Conseil d'Etat, qu'une organisation professionnelle conteste la légalité d'un arrêté ministériel pris en application de l'article L. 2261-24 du Code du travail si ce dernier a vocation à s'appliquer aux professions représentées par l'organisation²⁸⁴.

II. L'élargissement de l'acte collectif

171. Définition.- L'élargissement est une « *procédure permettant au ministre du Travail de conférer, par arrêté, à une convention collective, une portée que ne lui donne pas le seul accord des parties (la convention étendue devenant la loi de la profession en ce sens qu'elle s'applique, dans le secteur géographique visé, à toutes les entreprises, qu'elles soient ou non représentées par l'organisation patronale qui a signé l'accord)* »²⁸⁵. Plus précisément, cet arrêté « *permet au ministre du travail d'étendre l'application d'une convention ou d'un accord collectif de travail à un secteur géographique ou professionnel, voire à un secteur géographique et professionnel, autre que celui originellement visé par les parties, comblant ainsi d'éventuels vides conventionnels* »²⁸⁶.

²⁸³ Sur le principe qu'un acte administratif doit faire grief V. par ex. CE, 20 févr. 1987, SARL Omnium de prévoyance d'études et de gestion. ; Un acte administratif peut faire grief s'il porte atteinte à la situation juridique ou matérielle du requérant (V. A. PERRI, JurisClasseur Administratif, Fasc. 1140).

²⁸⁴ CE, 17 janv. 1986, n°55693.

²⁸⁵ Extension des conventions collectives *in* Vocabulaire Juridique, G. CORNU, PUF.

²⁸⁶ B. TEYSSIE, Droit du travail, t. 2, Relations collectives : Lexis Nexis, 2014, 9^e édition, p. 879, n°1676.

Compétence.- A l'instar de l'article L. 911-3 du Code de la sécurité sociale, l'article L. 911-4 donne compétence au Ministre du Travail lorsque l'acte collectif à élargir n'a pas pour objet exclusif la prévoyance et aux Ministres de la Sécurité sociale et du budget lorsque l'acte a pour seul objet la prévoyance²⁸⁷. Une attention toute particulière doit cependant être accordée à la dénomination de la procédure. Avant la loi du 10 juillet 1989²⁸⁸, la procédure d'extension était désignée comme la procédure « d'agrément » tandis que l'actuelle procédure d'élargissement était désignée comme la procédure « d'extension ». En la matière, la vigilance sémantique est de rigueur. L'arrêté d'élargissement trouve son fondement dans l'absence d'organisations d'employeurs ou de salariés ou dans leur carence²⁸⁹. Pour être valable, il suppose un passage devant la Commission nationale de la négociation consultative à laquelle est reconnu un droit d'opposition²⁹⁰.

172. Relativement à sa contestation, une remarque semblable à celle émise en matière d'extension peut être faite : l'arrêté d'élargissement peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir engagé soit par un employeur ou un salarié, soit par une organisation professionnelle devant la juridiction administrative dès lors qu'il porte atteinte à la profession qu'elle représente²⁹¹. Le ministre, auteur de l'arrêté, devra également exercer un double contrôle. D'une part, le contrôle de légalité de l'acte consiste à vérifier si l'acte collectif en question ne contient pas de clause illicite. Dans l'affirmative, le ministre pourra écarter cette dernière. D'autre part, le contrôle d'opportunité permet à l'autorité administrative d'évaluer

²⁸⁷ CSS art., L. 911-4 : « 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. Toutefois, lorsque les accords ont pour objet exclusif la détermination des garanties mentionnées à l'article L. 911-2, leur extension aux salariés, aux anciens salariés, à leurs ayants droit et aux employeurs compris dans leur champ d'application est décidée par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale et du ministre chargé du budget, après avis motivé d'une commission dont la composition est fixée par décret ».

²⁸⁸ Loi n°89-474 du 10 juillet 1989.

²⁸⁹ C. trav., art. 2261-17.

²⁹⁰ C. trav., art. 2261-17.

²⁹¹ CE, 17 janv. 1986, *préc.*

l'incidence de l'élargissement sur l'économie du contrat²⁹². Si l'atteinte à l'économie de la convention est trop importante, le ministre pourra renoncer à l'élargissement.

Sous-section 2. La place de l'accord dans l'évolution des autres actes normatifs

173. Plan.- L'acte collectif n'est pas le seul acte à pouvoir connaître une évolution dans son exécution. C'est également le cas des autres actes mettant en place un régime de prévoyance. Examinons successivement l'évolution de l'accord référendaire (§1) puis celle de la décision unilatérale de l'employeur (§2).

§1. L'évolution de l'accord référendaire

174. « *Guère de difficulté* »²⁹³.- Comme tout autre acte collectif, l'accord référendaire subit les assauts du temps nécessitant sa révision. Selon Gilles Briens, « *là encore, la solution ne pose guère de difficulté : ce que les parties ont fait, elles peuvent le défaire, dans les mêmes conditions, et sous réserve du respect, le cas échéant, du formalisme qu'elles se sont elles-mêmes assignées dans le cadre de leur convention* »²⁹⁴. Le parallélisme des formes est donc le maître mot en la matière. Cette dernière expression renvoie à la « *correspondance des formes entre l'acte qui crée un état de droit et celui qui le modifie ou y met fin* »²⁹⁵. Toutefois, le parallélisme des formes désigne également un « *principe général [...] suivant lequel un acte administratif ne peut en principe être modifié ou abrogé par un acte dit « acte contraire » pris dans les mêmes formes que celles imposées pour l'édition de l'acte qu'il supprime ou modifie* »²⁹⁶. Cette définition renvoi expressément au droit public. D'ailleurs, l'Avocat général Commaret dans son rapport précédant la décision la Cour de cassation du 10 février 1999, fait référence au parallélisme des formes qu'elle qualifie comme étant le « *domaine de*

²⁹² J. BARTHELEMY, « *Extension et élargissement des conventions collectives* », Dr. soc., 1993, p. 359.

²⁹³ G. BRIENS, « *Le référendum de l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale : une forme d'accord collectif méconnue* », Jurisprudence Sociale Lamy, 2003, n°126.

²⁹⁴ G. BRIENS, *préc.*

²⁹⁵ Parallélisme des formes *in* Vocabulaire Juridique, G. CORNU, PUF.

²⁹⁶ Parallélisme *in* Vocabulaire Juridique, G. CORNU, PUF.

prédilection » du droit public²⁹⁷. Toujours selon Madame l'Avocat général, le principe du parallélisme des formes doit s'appliquer toutes les fois que son recours est justifié par son utilité et par l'ordonnement juridique qu'il consacre. Il est un véritable outil de régulation dans la mesure où il encadre le choix des personnes à l'origine de l'acte. Si cette solution logique semble aujourd'hui retenue par la doctrine et les praticiens, la prudence s'impose puisque le droit positif est toujours dans l'attente du décret annoncé par la loi du 8 août 1994 et qui pourrait tout à fait retenir une solution contraire.

175. Modification de l'accord référendaire par accord collectif.- Un accord référendaire peut-il être modifié par un accord collectif de droit commun ? Si l'on s'en tient à une simple lecture de l'article L. 911-5, même en l'absence de son décret d'application toujours attendu, la réponse semble être positive. En effet, il dispose que « *ce même décret détermine les conditions dans lesquelles une convention ou un accord collectif d'entreprise peut se substituer à une décision unilatérale de l'employeur ou à un accord ratifié mentionné l'article L. 911-1 [...]* »²⁹⁸. « *Substituer* » revient à « *mettre une personne, une chose à la place d'une autre* »²⁹⁹. Ainsi, un accord collectif de droit commun peut donc remplacer un accord référendaire. Cependant, est-il tout-à-fait exact de considérer que remplacer un acte revient à le réviser ou à le modifier ? Malgré cette difficulté sémantique, une application du principe « *qui potest majus potest et minus* »³⁰⁰ finit par nous convaincre. Si un accord collectif peut se substituer à un accord référendaire c'est qu'il peut, *a fortiori*, le réviser. Qu'importe le débat, la Cour de cassation a tranché en jugeant « *qu'un régime complémentaire de retraite, qu'il ait été créé par voie d'accord collectif ou à la suite de la ratification par la majorité des intéressés d'une proposition de l'employeur, peut indifféremment être modifié ou révisé selon l'une ou l'autre de ces formes* »³⁰¹. Cette position avait d'ailleurs été retenue par l'Avocat général Commaret qui avait considéré qu'il existe dans le contrat de protection sociale une « *spécificité irréductible* » qui justifie qu'un tiers –

²⁹⁷ D. E. COMMARET, « *La révision d'un régime de protection sociale complémentaire : parallélisme ou altérité des formes* », Dr. soc., 1999, p. 384.

²⁹⁸ CSS art. L. 911-5 al. 2.

²⁹⁹ Substituer *in* Dictionnaire en ligne de l'Académie française (8^e édition).

³⁰⁰ Qui peut le plus peut le moins.

³⁰¹ Cass. soc., 10 fév. 1999, n°97-13015, Publié au bulletin.

les organisations syndicales représentatives – puisse intervenir et réviser un contrat alors même qu’il n’en est pas à l’origine³⁰². Cependant, la prudence est de mise dans la mesure où la solution rendue l’a été à la lumière du droit applicable antérieurement à la loi du 8 août 1994, autrement dit, l’article L. 911-5 n’était alors qu’au stade de projet.

§2. L’évolution de la décision unilatérale

176. « *Le principe de non-incorporation* »³⁰³ .- Qualifiée de norme privée « *paraconventionnelle* » l’engagement unilatéral – qui se confond, en pratique, avec la décision unilatérale – constitue un « *procédé élémentaire d’organisation et de direction des collectivités* » dont l’employeur est maître de la persistance³⁰⁴. La décision unilatérale, qui crée parfois des avantages au profit des salariés, n’est qu’une pièce du statut collectif en vigueur dans l’entreprise³⁰⁵. L’avantage né de la décision n’est pas contractualisé du seul fait de son application³⁰⁶. La contractualisation de la décision unilatérale nécessite un accord de volonté en ce sens. Ce n’est qu’au terme de cette manifestation de volonté que l’engagement pourra être incorporé au contrat de travail. Pour autant, la contractualisation ne bénéficie qu’aux salariés qui y consentent. Les autres resteront soumis au statut collectif.

177. Cette distinction est fondamentale dans l’hypothèse où l’employeur souhaite modifier sa décision unilatérale. Dès lors que la contractualisation d’une disposition de la décision unilatérale a eu lieu, sa révision par l’employeur ne peut toucher les bénéficiaires de ladite

³⁰² D.-N. COMMARET, « *La révision d’un régime de protection sociale complémentaire : parallélisme ou altérité des formes* », Dr. soc., 1999, p. 384.

³⁰³ Terme employé par les professeurs AUZERO et DOCKES dans leur Précis de droit du travail (V. G. AUZERO, E. DOCKES, Précis de droit du travail, Dalloz, 2015, 29^e édition, p. 652, n°625).

³⁰⁴ J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES, Les grands arrêts du droit du travail, Dalloz, 2008, 4^e Edition, p. 813.

³⁰⁵ Cass. soc., 18 oct. 2006, n°04-44602.

³⁰⁶ Cass. soc., 12 juill. 2007, n°06-41756. La Cour de cassation déclarant que « *la seule référence, dans le contrat de travail, à des droits résultant du règlement de l’organisme employeur, ne confère pas au salarié un droit contractuel au maintien des avantages résultant de ce règlement* ». (V. Cass. soc., 10 février 1999, n°97-13015).

contractualisation. Ceux-ci bénéficieront, en effet, du principe tiré de l'article 1134 du Code civil en vertu duquel « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »³⁰⁷. Pour les salariés bénéficiant uniquement du statut collectif, l'employeur devra recourir au mécanisme de la dénonciation³⁰⁸.

178. Dénonciation de droit du travail.- La dénonciation en droit de la protection sociale complémentaire suit les mêmes prescriptions que celles applicables en droit du travail³⁰⁹. Ces prescriptions sont au nombre de trois. D'abord, dans la mesure où l'engagement était créateur de droits au profit des salariés, ceux-ci bénéficient d'une information individuelle³¹⁰. La Cour de cassation précise que les juges du fond doivent impérativement rechercher si cette dénonciation a bien été notifiée individuellement³¹¹. Ensuite, l'information doit également être délivrée aux instances représentatives du personnel dans l'entreprise sous peine d'irrégularité de la dénonciation³¹². Enfin, l'employeur devra respecter un délai de préavis suffisant, signe de l'attachement des juges au consensus né du dialogue social. Si au terme de cette procédure aucun accord collectif n'est signé, les salariés perdront le bénéfice du statut collectif.

³⁰⁷ C. civ., art. 1134 al. 1^{er}

³⁰⁸ Notons que le terme de dénonciation n'apparaît pas comme étant le plus adapté et peut laisser le salarié circonspect en créant un trouble légitime en sa personne. Le Vocabulaire Juridique définit la dénonciation comme « l'expression unilatérale, par une partie à un accord, de sa volonté de ne plus être liée par cet accord ». Pour le salarié informé de la dénonciation à venir d'une décision unilatérale, gageons qu'un vent de panique s'emparera de lui entraînant par la même occasion une décrépitude des relations sociales dans l'entreprise.

³⁰⁹ V. notamment Cass. soc., 4 fév. 1997, n°95-41468, n°95-41471 : « *Mais attendu, d'abord, que l'engagement unilatéral pris par un employeur est transmis, en cas d'application de l'article L. 122-12 du Code du travail, au nouvel employeur, qui ne peut y mettre fin qu'à la condition de prévenir individuellement les salariés et les institutions représentatives du personnel dans un délai permettant d'éventuelles négociations* ».

³¹⁰ V. notamment Cass. soc., 13 oct. 2010, n°09-13110.

³¹¹ Cass. soc., 7 mai 1998, n°94-41020 : « *Qu'en ne recherchant pas si la dénonciation de l'engagement de l'employeur avait été notifiée individuellement aux salariés, le conseil de prud'hommes a violé les règles susvisées* ».

³¹² A propos de la dénonciation d'un usage, V. Cass. soc., 5 nov. 2009, n°08-41509.

179. En l'absence de contractualisation et sous réserve de la régularité de la dénonciation de son engagement, l'employeur peut valablement mettre fin unilatéralement au régime de prévoyance dans l'entreprise. Cette solution est aisément compréhensible. Là où l'employeur construit de toute pièce, il peut détruire de la même façon. Cette solution n'a que peu d'effet pour les salariés qui étaient présents dans l'entreprise antérieurement à la décision unilatérale mettant en place le régime et qui avaient refusé d'en bénéficier, en application de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1989. Pour les salariés arrivés postérieurement à la mise en place du régime, il s'agira de participer, s'ils ont le mandat syndical adéquat, à la négociation ouverte pendant un délai raisonnable de façon à assurer une continuité de leur couverture complémentaire.

Section 2. La place de l'accord de volonté dans l'évolution du support de l'opération collective d'assurance

180. Symbiose contractuelle.- L'opération collective d'assurance, née par acte collectif, accord référendaire ou décision unilatérale suppose un support à travers lequel les garanties exigées par de l'un de ces actes normatifs seront assurées en cas de réalisation du risque. Il existe un lien indéfectible entre l'opération collective d'assurance et son support, lequel épouse les exigences révélées par celle-ci. Alors, lorsque l'acte fondateur du régime subit les assauts du temps, le contrat d'assurance en subit les conséquences : comme pour tout contrat, *« la transformation du contexte économique, politique, monétaire ou social peut rompre l'équilibre initial des prestations »*³¹³. Le contrat d'assurance doit évoluer. Cette évolution laisse entrevoir un accord de volonté malmené en cas de résiliation du contrat d'assurance (**Sous-section 1**) et lorsqu'il s'agit d'analyser les effets de cette résiliation (**Sous-section 2**)³¹⁴.

³¹³ F. TERRE, Y. LEQUETTE, Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Civile : Dalloz, 2008, 12^e édition, p. 183, n°165. Note sous l'arrêt la Chambre civile du 6 mars 1976, Canal de Craponne.

³¹⁴ La liberté contractuelle postule une libre entrée dans les liens du contrat et, corrélativement, une libre sortie. Il est de l'essence du contrat, loi des parties, de comporter un terme en vertu de la prohibition des engagements perpétuels. Le Code de la sécurité sociale (CSS, art., L. 932-12 et R. 932-1-6), le Code des assurances (C. ass., art. L. 113-12) ainsi que celui de la mutualité (C. mut., art. L. 221-10) prévoient chacun au bénéfice de l'organisme assureur et de l'adhérent, l'assuré ou le membre participant (selon la source textuelle) une faculté de résiliation annuelle, à la date d'anniversaire du contrat d'assurance de groupe.

Sous-section 1. L'accord de volonté malmené en cas de résiliation du contrat d'assurance

181. Schéma à trois parties.- L'assurance collective de salariés dans le cadre d'une entreprise à cette particularité de créer un schéma à trois parties aux intérêts divergents : l'employeur-souscripteur du contrat d'assurance, l'organisme assureur³¹⁵ et le salarié-bénéficiaire. A l'intérieur de ce schéma se dessinent les contours de ce que la Cour de cassation appelle une stipulation pour autrui³¹⁶ mais qui, au fond, n'en est pas vraiment une. Il s'agit, en droit, d'une stipulation *de contrat* pour autrui dans la mesure où le bénéficiaire devient une « *partie* » au contrat et où ce même bénéficiaire, lorsqu'il s'agit d'un régime à adhésion obligatoire, ne peut refuser de s'affilier audit régime.

182. Le fort et le faible.- Si l'on se fie aux raisonnements de la Cour de cassation, le salarié bénéficiaire et l'organisme assureur deviennent, par le prisme de la stipulation de contrat pour autrui, dont l'employeur est à l'origine en qualité de stipulant, parties au contrat d'assurance. Se profile, au loin, un déséquilibre contractuel net. D'un côté se trouve un organisme assureur capable de faire face, théoriquement³¹⁷ du moins, à la mise en œuvre de garanties pouvant atteindre plusieurs millions d'euros en cas de réalisation d'un risque social. De l'autre côté se positionne une collectivité de salariés qui, pris individuellement, n'ont en aucun cas le pouvoir de contrebalancer le déséquilibre cinglant³¹⁸. Aucun poids ne peut donc leur être attribué en cas de négociation ou de renégociation d'un contrat d'assurance. Cette renégociation ne peut donc passer que par le biais de l'employeur. La situation laisse le juriste circonspect. Alors que l'employeur n'est que souscripteur du contrat d'assurance, la charge lui revient de le renégocier pour le salarié-bénéficiaire, alors même que la Cour l'a qualifié de partie. En pratique, cette situation est celle qui est vécue chaque jour dans la vie des entreprises. En cas d'échec des négociations avec le même organisme assureur, que ce soit en raison d'une augmentation du coût des garanties ou pour toute autre raison (mésentente entre

³¹⁵ Qui peut être une institution de prévoyance, une mutuelle ou une entreprise d'assurance.

³¹⁶ V. notamment Cass. com., 13 avril 2010, n°09-13712, Cass. 2^e civ., 28 mars 2013, n° 12-15403.

³¹⁷ L'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution y veillant par le biais de l'agrément qu'elle délivre aux organismes assureurs.

³¹⁸ Une référence au contrat d'adhésion est de mise.

l'employeur et l'organisme assureur par exemple), la résiliation du contrat d'assurance alors en vigueur dans l'entreprise peut être décidée. Si l'employeur est tenu, en vertu d'une convention collective de branche, de conclure un nouveau contrat d'assurance, ou s'il le souhaite de manière à couvrir ses salariés, de nouvelles négociations s'engageront avec de nouveaux organismes assureurs. Au terme de ces négociations, un nouveau contrat d'assurance sera conclu. De nouveau, le mécanisme de la stipulation de contrat pour autrui fera œuvre. L'employeur stipulant sera rétrogradé au rang de « tiers à *par rapport au contrat d'assurance liant l'assureur à l'adhérent assuré* »³¹⁹.

183. D'un point de vue purement opportuniste, il est dans l'intérêt de l'employeur de renégocier un nouveau contrat d'assurance au profit de ses salariés dans la mesure où « *les contributions destinées au financement des prestations complémentaires de retraite et de prévoyance* »³²⁰ sont exclues de l'assiette des cotisations³²¹.

184. Ordre public sauveur.- La situation met en évidence l'une des limites à la philosophie individualiste et au libéralisme économique. Lorsque le paysage juridique offre en spectacle un faible contractant – luttant ? – avec un fort, le législateur brise la liberté contractuelle en venant apposer sur la relation le sceau de l'ordre public.

Sous-section 2. L'accord de volonté malmené dans les effets de la résiliation du contrat d'assurance

185. Difficulté particulière.- Il est une difficulté dont l'existence est propre aux régimes de prévoyance et de retraite sur-complémentaire : quel sort réserve-t-on aux prestations et

³¹⁹ Cass. 2^e civ., 28 mars 2013, *préc.*

³²⁰ CSS art., L. 242-1 al. 6.

³²¹ A condition que le régime ait un caractère collectif et obligatoire. Sur le caractère collectif et obligatoire, v. le décret n°2012-25 du 9 janvier 2012 et le décret 2014-786 du 8 juillet 2014. De même, la circulaire du 30 janvier 2015 apporte quelques éclaircissements sur le cahier des charges à remplir pour bénéficier des contrats responsables (V. F. WISMER, J. de CALBIAC, « Complémentaire santé, « contrat responsable » : passage à l'acte », JCP S 2015, 1111.

garanties en cas de résiliation du contrat d'assurance de groupe³²² ? Si la question fait l'objet d'une réponse simple en matière de retraite complémentaire (AGIRC, ARRCO), à savoir qu'« *en cas de cessation temporaire de l'activité, au chômage par exemple, l'assuré continue à bénéficier des régimes* »³²³, la réponse concernant la prévoyance et la retraite supplémentaire est plus épineuse. La loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 dite loi Evin a apporté une réponse³²⁴. En vertu de cette loi, en cas de résiliation du contrat d'assurance de groupe, est prévu le maintien des prestations (§1) ainsi que celui des garanties (§2).

§1. Le maintien des prestations

186. La cessation de principe des obligations réciproques.- « *Si la conclusion d'un contrat requiert des qualités sans cesse croissantes, la rupture du lien contractuel devient, elle aussi, un art périlleux tant il apparaît difficile de dénouer des relations engagées* »³²⁵. En matière de protection sociale complémentaire, ce n'est pas tant la difficulté à dénouer des relations contractuelles que l'art périlleux de le faire qui gêne le juriste. Si l'on s'en tient à une application stricte du régime de la rupture des contrats synallagmatiques, la résiliation du contrat de groupe, ouverte à la date d'anniversaire du contrat ou à l'arrivée du terme³²⁶, devrait avoir effet de faire cesser toute obligation réciproque. Le bénéficiaire ne payant plus les primes, l'organisme assureur ne devrait plus avoir à prendre en charge la réalisation de l'un des risques garantis. Pourtant, la loi Evin du 31 décembre 1989 et le Code de la sécurité

³²² G. VACHET, « *Enjeux et mutations en matière de prévoyance : la résiliation du contrat de travail ou du contrat d'assurance* », JCP S, 2010, 1322.

³²³ G. VACHET, *préc.*

³²⁴ La loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 n'apporte une réponse qu'en matière de protection sociale complémentaire.

³²⁵ S. Le GAC-PECH, « *Rompre son contrat* », RTD Civ. 2005, p. 223.

³²⁶ Qui au maximum sera tous les 5 ans en vertu de l'article L. 912-2 *in fine* du Code de la sécurité sociale selon lequel « *la périodicité du réexamen ne peut excéder cinq ans* ». Notons également l'article L. 113-15-2 du Code des assurances inséré par la loi du 17 mars 2014 n°2014-344 offrant aux assurés la faculté de résilier à n'importe quelle date leur contrat d'assurance dès lors que le contrat a été noué au moins 1 an auparavant.

sociale ont prévu des dérogations faisant primer le maintien des prestations, « pièce maîtresse du dispositif législatif » de 1989³²⁷.

187. Article 7 de la loi Evin.- La loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 prévoit en son article 7 que « *lorsque des assurés ou des adhérents 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 résiliation ou le non-renouvellement du contrat ou de la convention est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant son exécution* ». Voilà une entreprise dont les salariés sont couverts par un régime de protection sociale complémentaire par le biais d'un contrat d'assurance de groupe souscrit auprès d'un organisme assureur A. A l'échéance du contrat dont la date est fixée au 31 décembre 2015, il est décidé que la souscription du prochain contrat se ferait auprès de l'organisme assureur B. Monsieur X, salarié de cette entreprise s'est blessé sur son lieu de travail le 15 novembre 2014. En vertu de l'article 7 de la loi Evin, le fait générateur de la prestation due est daté au 15 novembre 2014. Ainsi, l'organisme assureur A sera débiteur de la prestation due au titre de l'accident du travail et ce, alors même qu'au jour où la prestation sera versée (par exemple le 15 janvier 2016), il sera devenu tiers à la relation contractuelle en vigueur.

188. Si le mécanisme de l'article 7 semble aisée lorsqu'il s'agit du paiement des prestations d'incapacité au salarié malade tant que se prolonge l'arrêt de travail occasionné par sa maladie ou du paiement des prestations d'invalidité ou d'inaptitude tant que le salarié restera invalide ou inapte, la question est bien plus complexe lorsque le « risque » réalisé évolue. Selon l'article 7 « *le versement des prestations de toute nature se poursuit à un niveau au moins égal à celui de la dernière prestation due ou payée avant la résiliation ou le non-renouvellement, sans préjudice des prévisions prévues dans le contrat ou la convention* »³²⁸.

³²⁷ L. LAUTRETTE, D. PIAU, « *Le maintien des obligations d'assurance en prévoyance collective. Articles 4, 6, 7 et 7-1 loi Evin.* », Dr. soc., 2007, p. 853.

³²⁸ Disposition confirmée par un arrêt Cass. soc., 16 janv. 2007, n°05-45434 : dans cet arrêt, un salarié percevait au titre d'un contrat d'assureur des indemnités journalières pour maladie au titre d'un premier contrat d'assurance. Ce contrat prévoyait également qu'en cas de reconnaissance d'une inaptitude par le médecin du travail, ces indemnités laisseraient place à une rente annuelle. Cependant, entre-temps s'est substitué un seconde

La doctrine praticienne s'est félicitée de cette décision respectueuse de l'avis de l'Avocat général en marge de l'arrêt selon lequel « *la maladie est le fait générateur des garanties multiples liées aux conséquences corporelles d'un même fait, à l'exception de la garantie décès* »³²⁹.

189. La jurisprudence a précisé le périmètre de l'article 7 de la loi Evin lorsque le contrat d'assurance conditionne le bénéfice de la garantie. La Cour de cassation valide le fait qu'il puisse être contractuellement prévu que le bénéfice des prestations du contrat soit subordonné à la double condition que le salarié subisse un arrêt de travail de plus de trois mois et qu'il continue d'être affilié et de cotiser pendant ce délai. En l'absence de l'une de ces conditions, son droit à prestation n'est pas né³³⁰.

190. Article 7-1 de la Loi Evin.- Prenant acte du rapport Gisserot rendu en 1985, la loi du 31 décembre 1989 avait notamment pour objectif de pallier « *l'insuffisance de la réglementation et le développement des situations anormales* »³³¹. Parmi ces carences se trouvait celle traitée par l'article 7-1 qui n'a pourtant pas été comblée par la loi du 31 décembre 1989 mais par celle du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel³³². Selon cet article 7-1, « *lorsque des assurés ou des adhérents sont garantis collectivement dans les conditions prévues à l'article 2, dans le cadre d'un ou de plusieurs contrats, conventions ou bulletins d'adhésion à un règlement comportant la couverture des risques décès, incapacité de travail et invalidité, la couverture du risque décès doit inclure une clause de maintien de la garantie décès en cas d'incapacité de travail ou d'invalidité* ». Cet article profite largement aux bénéficiaires des garanties. En effet, avant la

contrat d'assurance ne prévoyant pas une telle rente annuelle. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel et considère que la prestation est différée et est due au salarié au titre du premier contrat d'assurance.

³²⁹ J. DUPLAT, « *La prévoyance collective et la notion de prestation différée* », Semaine sociale Lamy, 2007, n°1293, p. 8.

³³⁰ Cass. 2^e civ., 22 janv. 2009, n°07-21093.

³³¹ C. HURIET, Rapport n°34 (1989-1990) p. 11 et s. fait au nom de la commission des affaires sociales, déposé le 25 oct. 1989.

³³² Loi n°2001-624 du 17 juill. 2001, art. 34. Notons que l'article 34 était applicable à tous les contrats en cours ou conclu au 1^{er} janvier 2002.

loi du 17 juillet 2001, les ayants droit de salariés décédés se trouvaient confrontés à une situation juridique délicate malheureuse. La Cour de cassation jugeait en effet que « *seule la date de la mort de l'assuré, et non celle de son fait générateur est déterminante du droit au versement de la prestation d'assurance afférente au décès, de sorte qu'il importe peu que celui-ci fût consécutif à une maladie prise en charge pendant la période d'effet du contrat* »³³³. Autrement dit, la première Chambre civile rejette la demande de règlement d'une indemnité au titre d'un décès consécutif à une maladie ayant préalablement entraîné une incapacité prise en charge par l'assureur, et ce dès lors que le contrat collectif avait été résilié avant le décès, mais après le début du versement de la garantie incapacité. La doctrine praticienne releva que cet arrêt permet à « *la Cour de cassation, tout en confirmant son attachement à un texte pris afin de garantir le consommateur assuré, de ne pas aller au-delà d'un texte déjà contraignant pour les intervenants sur le marché des assurances collectives d'entreprise* »³³⁴.

191. Le consentement de l'assureur se retrouve là encore dans une situation délicate. Alors que celui-ci est devenu tiers à la relation contractuelle liant le salarié bénéficiaire au nouvel organisme assureur, le décès du salarié déclenche le mécanisme assurantiel auquel il était précédemment tenu. Son fait générateur se trouvant dans l'incapacité ou le décès résultant d'un accident survenu lors de la couverture. On serait tenté de rapprocher de cette situation la distinction traditionnellement faite par la doctrine en matière de causalité entre le système dit de l'équivalence des conditions et celui de la cause adéquate ou cause générique³³⁵. Selon le premier système, toutes les causes doivent être considérées comme équivalentes en ce qui concerne la production de l'effet. Selon le second, il faut distinguer les causes prépondérantes, sans lesquelles l'effet ne se serait pas produit, des causes secondaires, sans lesquelles l'effet aurait pu se produire. Appliquer cette distinction doctrinale³³⁶ au cas de l'article 7-1 pousse le

³³³ Cass. 1^{er} civ., 22 mai 2001, n°98-17935.

³³⁴ S. CHOISEZ, « *La primauté, en matière de prévoyance complémentaire, de la notion de sinistre sur la notion de fait générateur* », D. 2001, p. 3391.

³³⁵ V. notamment F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE Droit civil - Les obligations : Dalloz, 2009.

³³⁶ L'utilisation de la distinction ne semble pas juridiquement opportune dans le cadre de l'article 7-1 puisque cela concerne un dommage lié à l'inexécution d'une obligation contractuelle (en application de l'article 1151 du Code civil) mais il est intéressant de voir que la réflexion s'en rapproche.

juriste à s'interroger sur la cause première du décès. Celui-ci a-t-il sa cause prépondérante dans l'incapacité ou à l'invalidité ? Ou bien cette incapacité ou cette invalidité ont-elles simplement été l'une des causes conduisant au décès ? En matière contractuelle, le Code civil³³⁷ et la jurisprudence³³⁸ semblent avoir opté pour le système de la cause adéquate. La technique de l'article 7-1 paraît, elle aussi, user de ce système dans la mesure où le décès, s'il fait suite à l'incapacité ou l'invalidité sera considéré comme en découlant. Il importe donc peu de savoir si d'autres événements ont été susceptible d'avoir un impact sur la santé de l'assuré l'amenant jusqu'au décès.

192. Article L. 912-3 du Code de la sécurité sociale.- Ce texte prévoit expressément l'incidence d'un changement d'organisme assureur sur la couverture dont bénéficient les salariés. Il est prévu que pour tous les régimes mis en place *via* l'un des outils offerts par l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale, et couvrant le risque décès, incapacité ou invalidité, un système de « *poursuite de la revalorisation des rentes en cours de service* » est opéré. L'article continue ainsi : « *Lorsque le décès est couvert par ces mêmes conventions, accords ou décisions, ceux-ci organisent le maintien de cette garantie pour les bénéficiaires de rentes d'incapacité de travail et d'invalidité en cas de changement d'organisme d'assurance ou d'institution mentionnée à l'article L. 370-1 du code des assurances* »³³⁹. Etant précisé que « *dans ce dernier cas, la revalorisation des bases de calcul de ces différentes prestations relatives à la couverture du risque décès est au moins égale à celle déterminée par le contrat de l'organisme assureur qui a l'objet d'une résiliation* »³⁴⁰. L'on imagine les conséquences redoutables de cette dernière précision. Le nouvel organisme assureur, qui était évidemment tiers au contrat d'assurance résilié, se trouve tenu par des stipulations dont les effets ne l'ont jamais contraint. L'on pourrait voir ici une sorte d'inversion du principe de l'effet relatif des conventions de l'article 1165 du Code civil. Lors de l'exécution du contrat

³³⁷ C. civ. Art. 1151 : « *Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention* ».

³³⁸ Cass. civ., 5 mars 1963, JCP 1965, 13148.

³³⁹ CSS, art. L. 912-3 al. 1^{er}.

³⁴⁰ G. VACHET, « *Enjeux et mutations en matière de prévoyance : la résiliation du contrat de travail ou du contrat d'assurance* », JCP S, 2010, 1322.

d'assurance, les autres organismes assureurs ne peuvent être soumis à aucune obligation contractuelle dudit contrat. Mais lorsque ce celui-ci est résilié, le nouvel organisme assureur est curieusement tenu par le contrat antérieur.

§2. Le maintien des garanties

193. Les conventions collectives de branche peuvent être orientatrices ou directrices³⁴¹. Parmi les conventions orientatrices, certaines imposent un niveau de couverture en dessous duquel les entreprises ne pourront descendre, qu'importe la source du régime de protection sociale complémentaire. Cependant, toutes les conventions collectives de branche ne définissent pas un niveau minimal de garantie. Si c'était le cas, *quid juris* du maintien des garanties en cas de changement d'organisme assureur ? Le nouvel organisme assureur devrait-il maintenir un niveau de garantie aussi élevé que cela a pu l'être dans le cadre du contrat d'assurance de groupe résilié ? Le Professeur Vachet répond à cette question par l'affirmative en considérant « *que si certaines garanties ont été prévues, le changement d'organisme assureur ne peut les remettre en cause* »³⁴². La réponse se veut pratique. Mais théoriquement, elle ne relève pas de l'évidence puisqu'elle reviendrait à considérer qu'un organisme assureur serait tenu par les effets de l'acte juridique mettant en place le régime et par le contrat d'assurance passé. C'est à ce moment précis qu'un blocage est susceptible de survenir. Il se peut que les partenaires sociaux aient eu, au temps de la négociation, des prétentions vertueuses mais concrètement irréalisables ou bien que la conjoncture économique faisant, les organismes assureurs se voient dans l'impossibilité, s'ils veulent réaliser des profits, de fournir un tel niveau de garanties pour un bas niveau de cotisations. Dans ce contexte, les salariés bénéficiaires de la stipulation se verraient dans l'impossibilité de renouveler un contrat d'assurance aussi avantageux que dans le passé. L'unique sortie est la révision de l'acte juridique fondateur du régime³⁴³.

³⁴¹ Cf. *supra* §36 et s.

³⁴² G. VACHET, « *Enjeux et mutations en matière de prévoyance : la résiliation du contrat de travail ou du contrat d'assurance* », JCP S, 2010, 1322.

³⁴³ Cf. *supra* §154 et s.

194. Conclusion de Chapitre.- Le contrat a la particularité de refléter les événements politiques, économiques et sociaux qui gravitent autour de lui. Les influences sont fortes et, parfois, son cours peut en être affecté. Les parties à ce contrat se retrouvent dans l'obligation d'entamer de nouveaux pourparlers afin d'adapter le contenu aux évolutions. La protection sociale complémentaire, dont la mise en œuvre suppose plusieurs contrats, est particulièrement concernée par ces événements³⁴⁴. Au terme de l'analyse de la place de l'accord de volonté dans l'exécution de l'opération de prévoyance, l'on remarque qu'une fois encore le consentement des parties est parfois malmené. Rappelons le cas où un accord collectif, parce qu'il est marqué du sceau de la représentativité, pourra se substituer à un accord référendaire ou à une décision unilatérale de l'employeur. Ou encore l'hypothèse dans laquelle le nouvel organisme assureur devra prendre en charge le maintien de certaines garanties alors qu'il ignorait jusqu'à l'existence du contrat auparavant. Dans toutes ces hypothèses, l'ordre public et la protection des salariés semble justifier que les volontés soient contrariées. En sera-t-il de même au stade de l'extinction du régime ?

³⁴⁴ Dans la mesure où une crise financière aura obligatoirement un impact sur les provisionnées constituées par les organismes assureurs, sur le marché de l'emploi etc.

Chapitre 2. La place de l'accord de volonté au temps de l'extinction du régime de protection sociale complémentaire

195. Enumération civiliste incomplète.- Au terme de l'article 1234 du Code civil – ouvrant le chapitre du même code relatif consacré à l'extinction des obligations – il existe deux causes d'extinction des obligations contractuelles : le paiement, la novation, la remise volontaire, la compensation, la confusion, la perte de la chose, la nullité ou la rescision, la condition résolutoire et la prescription. Comme l'a fait remarquer la doctrine³⁴⁵, la liste dressée par le Code est incomplète puisqu'elle devrait, en outre, présenter le terme extinctif comme étant également une cause de cessation du contrat³⁴⁶. La mise en place d'un régime de protection sociale complémentaire fait largement appel aux dispositions du droit des obligations puisqu'un tel régime comprend à la fois un accord collectif ou référendaire, un contrat d'assurance et un contrat de travail. Dès lors, l'étude de la place de l'accord de volonté des parties peut être réalisée tant sur le plan de l'extinction de l'opération collective d'assurance (**Section 1**) que sur celui de l'extinction de l'opération d'assurance elle-même (**Section 2**).

Section 1. La place de l'accord en cas d'extinction de l'opération collective d'assurance

196. Plan.- Un régime de protection sociale complémentaire pouvant être mis en place par acte collectif, accord référendaire ou décision unilatérale, l'étude de la place de l'accord dans l'acte collectif (**Sous-section 1**) et l'étude de sa place dans les autres actes normatifs (**Sous-section 2**) est nécessaire.

Sous-section 1. La place de l'accord en cas d'extinction de l'acte collectif

³⁴⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE Droit civil - Les obligations : Dalloz, 2009, p. 1305, n°1313.

³⁴⁶ V. notamment, Préface P-Y GAUTIER, C. BLOUD-REY, Le terme dans le contrat, Thèse PUAM 2003 : l'auteur remarquant que le Code civil consacre le terme suspensif (quatre articles : art. 1185, 1186, 1187, 1188) sans consacrer le terme extinctif (que ce soit dans son principe ou simplement la notion).

197. A l'instar de l'acte collectif portant sur les conditions de travail, celui relatif à la protection sociale complémentaire peut faire l'objet d'une dénonciation (§1) ou d'une mise en cause (§2).

§1. Accord de volonté et dénonciation

198. L'étude de la dénonciation de l'acte collectif au crible de l'accord de volonté conduit à distinguer l'accord de volonté disparu (I) de l'accord de volonté recherché (II).

I. L'accord de volonté disparu

199. **Risque.**- La dénonciation est un enjeu de taille pour l'entreprise dans la mesure où immédiatement après qu'il y soit recouru, une adaptation du contrat d'assurance devra se faire si l'employeur ne souhaite pas être débiteur envers l'organisme assureur du montant des primes ou des cotisations stipulées sans pouvoir opérer le précompte correspondant sur les salaires³⁴⁷. Evoquons les caractéristiques (A) ainsi que les modalités de la dénonciation (B).

A. Les caractéristiques de la dénonciation

200. **Mutuus consensus, mutuus dissensus.**- Fondement de toute relation contractuelle, l'article 1134, alinéa 2, du Code civil prévoit que les conventions « *ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* »³⁴⁸. Dès lors, « *ce que les parties ont fait par leur accord mutuel, par leur mutuus consensus, elles peuvent le défaire par leur volonté commune, par leur mutus dissensus* »³⁴⁹. L'acte collectif de travail, comme celui de prévoyance, étant un contrat de droit privé, ou plus précisément, « *un contrat*

³⁴⁷ P. MORVAN, « *Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration* », Dr. soc., 2006, p. 279.

³⁴⁸ C. civ. Art. 1134 al. 2.

³⁴⁹ ³⁴⁹ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE Droit civil - Les obligations : Dalloz, 2009, p. 492, n°476.

passé entre une personne et un groupe de personne»³⁵⁰, est soumis à l'application de cet article. Il peut être stipulé à durée déterminée ou non³⁵¹.

201. Acte collectif à durée déterminée.- L'article L. 2222-4 alinéa 3 du Code du travail précise que les conventions et actes collectifs conclus à durée déterminée ne peuvent excéder 5 ans. Le Professeur Teyssié précise à cet égard que cela s'explique par une volonté du législateur d'imposer une renégociation afin « *que l'ouvrage soit régulièrement remis sur le métier* »³⁵². L'acte collectif subissant les fluctuations économiques, sociales et politiques, il est important de pouvoir revenir dessus dans un intervalle de temps précis. Les parties à l'acte collectif à durée déterminée se sont donc préalablement entendues quant au cycle de renégociation. Il est également nécessaires qu'elles aient prévu dans l'acte les effets de l'arrivée du terme puisque l'article L. 2222-4 alinéa 2 précise qu'en l'absence de stipulations contraires, l'acte collectif continue à produire ses effets à l'arrivée du terme comme s'il était conclu à durée indéterminée. Notons sur ce dernier point que le législateur a entendu privilégier l'intérêt des salariés bénéficiaires des dispositions de l'acte collectif au détriment de la volonté des parties qui ont créé le régime. Alors qu'elles avaient décidé, pour des raisons leur appartenant, de recourir à un acte dont la durée serait déterminée par elles : l'arrivée du terme compromet leur accord initial. Peut-être pourrait-on voir cette disposition comme une sanction d'un accord trop fragile forçant les parties à adopter la plus grande des rigueurs lors de la négociation. Il s'agira pour les parties de stipuler une clause – ou « *stipulations contraires* »³⁵³ – suffisamment précise pour ne pas constituer une simple clause de renégociation³⁵⁴.

³⁵⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE Droit civil - Les obligations : Dalloz, 2009, p. 69, n°58.

³⁵¹ C. trav., L. 2222-4 al. 1^{er}: « *La convention ou l'accord est conclu pour une durée déterminée ou indéterminée* ».

³⁵² B. TEYSSIE, Droit du travail, t. 2, Relations collectives : Lexis Nexis, 2014, 9^e édition, p. 849 et s.

³⁵³ C. trav., L. 2222-4 al. 2.

³⁵⁴ V. Cass. soc., 26 sept., 2010, JCP S 2010, 1375, note L. DRAI – Cass. soc., 26 juin 1991, n° 88-43537 : la Cour de cassation relevant que « *la clause relative à l'éventualité d'une négociation à l'issue du terme de l'accord était purement incitative, le conseil de prud'hommes a exactement décidé qu'à défaut de stipulation contraire, l'accord parvenu à expiration le 31 décembre 1986 avait, à défaut de stipulation contraire, continué à produire ses effets comme un accord à durée indéterminée* ».

202. Acte collectif et durée indéterminée.- Le contrat tient lieu de loi entre les parties³⁵⁵. Il est donc nécessaire que l'extinction d'un rapport contractuel soit le fruit de volontés concertées. Cependant, le législateur a prévu que la manifestation de volonté unilatérale était susceptible de rompre, dans certains cas, des relations contractuelles³⁵⁶. Cette faculté fait écho au principe constitutionnel de prohibition des engagements perpétuels ayant pour but la sauvegarde de la liberté individuelle et la préservation de la libre concurrence³⁵⁷. La convention ou l'accord collectif de droit de la sécurité sociale, comme celui de droit du travail, répond à cette logique civiliste des conventions. Ainsi, les parties, organisations patronales ou employeur (selon le niveau de la négociation) et organisations syndicales représentatives, pourront mettre un terme à l'acte collectif qu'ils ont créé par le biais du mécanisme de la dénonciation³⁵⁸.

B. Les modalités de la dénonciation

203. Risque totalitaire.- En droit civil, la dénonciation se définit comme « *l'expression unilatérale, par une partie à un accord, de sa volonté de ne plus être liée par cet accord* »³⁵⁹. Si, de prime abord, cette définition semble correspondre parfaitement à l'acte collectif de prévoyance en tant que contrat, une difficulté émerge. En effet, la négociation et la signature d'un acte collectif implique souvent un employeur (si l'on suppose que la négociation a lieu

³⁵⁵ C. civ., art. 1134 al. 1^{er} : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

³⁵⁶ Le Code civil fait de nombreuses références au principe traditionnel de la prohibition des engagements perpétuels : interdiction du bail perpétuel (article 1709), interdiction de louage de services à vie (article 1780 alinéa 1^{er}), interdiction de sociétés de plus de 99 ans (article 1838), interdiction du dépôt à durée illimitée (article 1944), interdiction du mandat perpétuel (article 2003).

³⁵⁷ Conseil constit. décision n°99-419 du 9 novembre 1999, considérant 61 : « *si le contrat est la loi commune des parties, la liberté qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 justifie qu'un contrat de droit privé à durée indéterminée puisse être rompu unilatéralement par l'un ou l'autre des contractants* ».

³⁵⁸ C. trav. art. L. 2261-4 al. 1^{er} : « *La convention et l'accord à durée indéterminée peuvent être dénoncés par les parties signataires* ».

³⁵⁹ Dénonciation *in* Vocabulaire Juridique, G. CORNU, PUF.

au niveau de l'entreprise) et plusieurs organisations syndicales³⁶⁰ (ayant obtenu au moins 30% des suffrages aux dernières élections du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel). Chacun est partie à l'acte collectif. Est-ce à dire que la dénonciation par l'une d'entre elles suffit, comme cela pour l'être dans un contrat entre deux parties, pour faire tomber l'ensemble ?

204. Portée de la dénonciation.- La faculté de dénonciation ne constitue en réalité pas une prérogative discrétionnaire³⁶¹, le risque totalitaire est éloigné. Le législateur a opéré une distinction nécessaire selon la qualité et le nombre de ceux qui prennent l'initiative de la dénonciation. Si une organisation syndicale représentative décide de dénoncer un accord collectif, la validité de celui-ci et son exécution n'en seront pas affectées à condition que cette organisation ne soit pas la seule représentative dans le secteur d'application de la convention³⁶². Cette solution est de loin la plus logique est la plus respectueuse de la volonté des parties. Il ne serait pas acceptable qu'un acte entier tombe du seul fait d'une partie mécontente. En revanche, si la dénonciation provient de la totalité des organisations syndicales signataires de l'accord, alors celui-ci se trouve privé de son « *support salarial* »³⁶³ et est condamné à l'extinction. Notons que la dénonciation ne peut être partielle³⁶⁴. Admettre une telle situation reviendrait à modifier l'acte collectif unilatéralement.

205. Constat.- L'accord de volonté se retrouve plus ou moins altéré selon la partie à l'initiative de la dénonciation. Dans un le cadre d'un accord d'entreprise, la dénonciation de l'acte collectif par l'employeur entraîne son extinction tandis que la dénonciation par une seule organisation syndicale représentative – à condition qu'elle ne soit pas la seule dans le

³⁶⁰ Quelles soient signataires originaires ou adhérentes ultérieures.

³⁶¹ Cass. com., 15 déc. 1969, *Bull civ. IV, n°384*.

³⁶² C. trav. art. L. 2261-11, al. 1^{er}.

³⁶³ B. TEYSSIE, *Droit du travail*, t. 2, Relations collectives : Lexis Nexis, 2014, 9^e édition, p.849 et s.

³⁶⁴ Sur l'application de la dénonciation à toutes les clauses de la convention collective, celles-ci formant un ensemble indivisible, V. Cass. soc., 16 octobre 1974, n°73-11562 où la Cour a jugé que « *même conclus sans détermination de durée, ces accords forment en principe entre les parties signataires un ensemble contractuel réciproque dont certaines dispositions ne peuvent être écartées partiellement que d'un commun accord ou dans des conditions convenues* ».

secteur d'application – implique une simple inopposabilité de l'acte à ce syndicat. Un véritable déséquilibre se crée dans la place de l'accord de volonté des parties. L'employeur est investi d'un pouvoir de mise à mort de l'acte collectif. Cependant, sa seule volonté suffit-elle à empêcher le bénéfice des garanties sociales par les salariés pour l'avenir ?

II. L'accord de volonté recherché

206. « *Vides conventionnels* »³⁶⁵.- La dénonciation d'un acte collectif, qu'elle provienne de l'employeur ou des organisations syndicales représentatives traduit un désaccord politique ou stratégique. Le législateur, conscient qu'un climat délétère est toujours susceptible de s'installer dans le sillage de cette dénonciation, a voulu éviter l'apparition de « *vides conventionnels* ». Pour se faire, il a organisé la possibilité de conclure un accord de substitution (A). Dans le cas d'un échec des négociations, se pose la question de l'existence ou non d'avantages individuels acquis (B).

A. La recherche d'un accord de substitution³⁶⁶

207. Accord de substitution.- Selon l'article L. 2261-9 alinéa 2, « *en l'absence de stipulation expresse, la durée du préavis qui doit précéder la dénonciation est de trois mois* ». Ce délai se justifie pas une approche civiliste de la convention ou l'accord collectif. Toute résiliation unilatérale, parce qu'elle peut basculer dans l'abus de droit, doit permettre aux autres parties spectatrices d'avoir le temps d'apprécier les conséquences de la rupture et d'y remédier. Un accord de substitution ne peut entrer en vigueur avant l'expiration de ce préavis³⁶⁷ qui semble alors avoir une fonction tampon. La dénonciation étant certainement la suite logique de la déliquescence des relations entre partenaires sociaux, le préavis permet de les apaiser et de les stabiliser. Une fois ce préavis expiré, une période de négociation s'ouvre dont la durée, lorsqu'elle n'a pas été conventionnellement préétablie par les parties, est d'un

³⁶⁵ B. TEYSSIE, Droit du travail, t. 2, Relations collectives : Lexis Nexis, 2014, 9e édition, p. 849 et s.

³⁶⁶ P. MORVAN, Restructurations en droit social, LexisNexis, 3e édition, 2013, p. 1119.

³⁶⁷ Cass. soc., 7 janv. 1997, n°93-45664.

an³⁶⁸. Pendant cette période de négociation, les parties vont devoir tenter de trouver un accord de manière à assurer un effet utile à ce qui n'est qu'une obligation de moyen. En matière de protection sociale complémentaire, les partenaires sociaux doivent avoir à l'esprit que les intérêts en jeu ont un impact dont le périmètre est plus large que lorsque sont concernés des accords portant sur les conditions de travail. En effet, les ayants droit peuvent être directement concernés³⁶⁹. Cependant, il se peut que les partenaires sociaux ne parviennent pas, après un an de négociations supposées, à se mettre d'accord.

B. Le risque des avantages individuels acquis

208. Avantages individuels acquis.- La négociation d'un accord de substitution n'étant qu'une obligation de moyen, il se peut que les partenaires sociaux ne parviennent pas à se mettre d'accord sur l'acte de substitution recherché. Ainsi, la Cour de cassation a pu juger que lorsqu'« un accord collectif a été dénoncé, les salariés des entreprises concernées ne conservent, à l'expiration des délais de préavis, les avantages individuels qu'ils ont acquis que si les négociations engagées à la suite de la dénonciation n'ont pas abouti à la conclusion d'un nouvel accord »³⁷⁰. De la sorte, outre l'hypothèse où un accord de substitution maintiendrait certaines clauses prévoyant des avantages passés, les salariés ont droit au bénéfice d'avantages individuels acquis³⁷¹. Ce maintien légal des avantages est la manifestation d'un législateur « soucieux d'éviter une trop importante dégradation de la situation des salariés concernés »³⁷². Toutefois, encore faut-il démontrer qu'il y a existence d'un avantage qui soit individuel mais également acquis.

209. Avantage.- L'avantage se définit communément comme un « profit, ce qui est utile, favorable »³⁷³. En droit du travail, la Cour de cassation entend par avantage ce qui procurait

³⁶⁸ C. trav. L. 2261-10, al. 1^{er}.

³⁶⁹ On pense notamment au bénéfice d'une couverture frais de santé pour les conjoints et les enfants d'un salarié assuré.

³⁷⁰ Cass. soc., 30 nov., 1994, n°91-43509.

³⁷¹ C. trav. art. L. 2261-13, al 1^{er}.

³⁷² B.TEYSSIE, Droit du travail, t. 2, Relations collectives : Lexis Nexis, 2014, 9e édition, p.849 et s.

³⁷³ Avantage in Dictionnaire de l'Académie française en ligne.

au salarié, avant la dénonciation d'une convention ou d'un accord collectif, « *une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel* »³⁷⁴.

210. Avantage acquis.- L'avantage est acquis – et n'est donc plus éventuel³⁷⁵ – lorsque le salarié a pu en bénéficier avant la dénonciation de l'acte collectif³⁷⁶. En matière de prévoyance, un droit éventuel se mue en droit acquis à la date de réalisation du risque garanti et des conditions conventionnelles (par exemple l'expiration d'un éventuel délai de carence au terme duquel la prestation serait délivrée). Sur ce point, la position de la Cour de cassation étonne une partie de la doctrine³⁷⁷. Des arrêts rendus en matière d'allocations familiales complémentaires ont retenu que ces allocations ne sont pas dues lorsque l'enfant est né après l'expiration du délai de survie provisoire de quinze mois³⁷⁸ mais le sont lorsque l'enfant est né pendant ce délai³⁷⁹. Le Professeur Morvan relève sur ce point une incohérence entre la position retenue par la Cour de cassation en droit du travail et en protection sociale complémentaire. En effet, en droit du travail, les juges retiennent qu'un avantage est acquis si le droit est né au jour de la dénonciation de l'accord collectif et non après sa dénonciation, pendant la période de survie³⁸⁰. En matière de prévoyance, le droit est né alors même que la dénonciation de l'acte collectif a eu lieu, ce qui marque une volonté de dissoudre le régime en vigueur. Notons tout de même que les arrêts critiqués ont été rendus par la Chambre sociale alors qu'elle avait encore compétence en la matière. La solution serait-elle la même si la Deuxième civile devait avoir à connaître de cette problématique ?

211. Avantage individuel.- L'avantage individuel n'est pas collectif. Le salarié doit donc en avoir bénéficié à titre personnel³⁸¹. Sur ce point, l'arrêt dit « *Naphtachimie II* » est

³⁷⁴ Cass. soc., 13 mars 2001, n°99-45651.

³⁷⁵ Cass. soc., 13 mars 2001, *préc.*

³⁷⁶ V. notamment Cass. soc., 1^{er} juill. 2008, n°07-40799.

³⁷⁷ V. notamment P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3^e édition, 2013, p. 1120.

³⁷⁸ Cass. soc., 17 avril 2008, n°07-41465.

³⁷⁹ Cass. soc., 17 avril 2008, n°07-41401.

³⁸⁰ Cass. soc., 13 mars 2001, *préc.*

³⁸¹ Cass. soc., 13 mars 2001, *préc.*

avocat³⁸². Dans cet arrêt était concerné un régime de retraite à prestations définies. Celui-ci avait été mis en place par décision unilatérale de l'employeur puis repris par accord collectif. Finalement, après avoir été dénoncé, un accord de substitution fut signé. Cet accord de substitution ne reprenant pas l'ensemble du régime, *quid juris* des avantages individuels acquis ? Pour la Cour de cassation, les anciens salariés bénéficiaires ont droit au maintien du niveau de pension atteint au jour de la dénonciation mais n'ont pas droit aux « *modalités de revalorisation instituées par l'accord collectif dénoncé qui constituent un avantage collectif et non un avantage individuel* ». La distinction semble pouvoir s'expliquer. Les juges ont admis le droit au maintien du niveau de pension atteint au jour de la dénonciation dans la mesure où ce niveau peut varier selon l'âge du salarié ou sa date d'entrée dans l'entreprise : l'avantage est individuel. Alors que les modalités de revalorisation sont les mêmes pour tous les salariés : l'avantage est collectif. Cependant, en pratique, la distinction entre avantage individuel et avantage collectif n'est pas si simple dans la mesure où chaque avantage individuel menace de devenir collectif, « *figeant dans la pierre les régimes de source conventionnelle* »³⁸³.

212. L'employeur exposé.- L'épineuse question du maintien des droits individuels acquis se voit conforter par celle de la place de l'accord de volonté des parties. Il est établi que l'acte collectif érigeant les prescriptions en matière de protection sociale complémentaire ainsi que le contrat d'assurance de groupe sont liés et « *doivent donc connaître une vie parallèle et bien réglée* »³⁸⁴. Dès lors que l'acte collectif n'est plus, le contrat d'assurance de groupe a également vocation à disparaître. Mais qu'en est-il des avantages individuels acquis ? Alors qu'en droit du travail ceux-ci continuent à être pris en charge par l'employeur dans la mesure où il les prenait déjà en charge lors de l'exécution de la convention ou de l'acte collectif, en droit de la protection sociale complémentaire, la disparition de l'organisme assureur de la relation triangulaire a-t-elle pour effet de faire disparaître tout espoir pour les salariés de recevoir les prestations ou les garanties dues ? Une réponse négative s'impose. En effet, les salariés bénéficient, tout au long de l'exécution du régime de prévoyance, d'une action contre

³⁸² Cass. soc., 17 mai 2005, n° 02-46581.

³⁸³ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3^e édition, 2013, p. 1120.

³⁸⁴ P. MORVAN, « *Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration* », *Dr. soc.*, 2006, p. 279.

leur employeur au titre de la norme collective³⁸⁵. Dès lors, l'entreprise sera tenue de répondre des engagements passés sur son patrimoine personnel.

§2. Accord de volonté et mise en cause

213. Restructuration.- La restructuration en droit social s'avère obscure : « *le droit social ne parle presque jamais de la "restructuration" alors que ses règles les plus fondamentales trouvent à s'appliquer dans ce contexte* »³⁸⁶. Si l'on scrute le Code du travail, l'article L. 1224-1 paraît apporter quelques éléments de réponse quant au contenu de cette notion. Il s'agirait, « *notamment* », de toute « *modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise* ». Etant entendu que l'utilisation de l'adverse notamment a permis à la jurisprudence de préciser le caractère non limitatif de l'article³⁸⁷. L'article L. 1224-1 prévoyant le sort des contrats de travail en cas de restructuration, il « *ne se prononce pas sur l'obligation pour le nouvel employeur de respecter, à l'égard des travailleurs qui étaient au service de l'entreprise, le statut collectif qui leur était applicable* »³⁸⁸. Se pose la question de savoir quel destin est réservé à la norme collective en cas de restructuration. Au terme de l'article L. 2261-14 du Code du travail, la convention ou l'accord collectif en vigueur dans une entreprise ayant fait l'objet, notamment, d'une « *fusion, d'une cession, d'une scission ou*

³⁸⁵ L'article L. 2262-1 du Code du travail prévoit en effet que « Sans préjudice des effets attachés à l'extension ou à l'élargissement, l'application des conventions et accords est obligatoire pour tous les signataires ou membres des organisations ou groupements signataires ». L'employeur ne peut donc décider unilatéralement de ne plus appliquer des dispositions conventionnelles auxquelles est soumise son entreprise (Cass. soc., 13 nov. 2001, n° 99-42709). Notons que l'employeur est également tenu à une obligation de loyauté quant à l'application de la convention ou de l'accord collectif (C. trav. art. L. 2262-4). Cela résulte d'une stricte application de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil exigeant que toute convention soit exécutée de bonne foi (V. notamment Cass. soc., 7 mai 2008, n°06-43989 reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir recherché sur l'accord collectif avait été exécuté de bonne foi).

³⁸⁶ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3^e édition, 2013, p. 2.

³⁸⁷ Cass. soc., 19 janv. 1966 : *Bull. civ.* 1966, IV, n°67.

³⁸⁸ J. SAVATIER, « *Cession d'entreprise et statut collectif des salariés* », *Dr. soc.*, 1993, p. 156.

d'un changement d'activité » est mis en cause³⁸⁹. La survenance de l'un de ces éléments juridiques dans la situation de l'employeur entraîne, de plein droit, une mise en cause de l'acte collectif alors en vigueur³⁹⁰. La mise en cause ouvre, comme la dénonciation, un délai de préavis de trois mois, puis un délai de survie de douze mois (sauf délai supérieur stipulé). Cet article est issu d'une volonté du législateur d'éviter de compliquer à l'excès la gestion de l'entreprise d'accueil en pérennisant les statuts collectifs des salariés. Il constitue un « *compromis entre la rudesse - pour les salariés - de l'effet relatif des contrats et la pesanteur - pour les employeurs - d'une contractualisation des accords collectifs* »³⁹¹.

214. Plan.- Pendant cette période de survie, se distinguent la situation où un régime de protection sociale complémentaire existe déjà dans l'une des deux entreprises concernées (**I**) de la situation dans laquelle deux régimes coexistent (**II**).

I. La préexistence d'un régime de protection sociale complémentaire

215. Hypothèses.- Une restructuration telle que décrite à l'article L. 2261-14 fait se rapprocher deux entités juridiques distinctes soumises à des conventions et accords collectifs n'étant pas forcément les mêmes ou n'étant soumises à aucun acte collectif. Cette affirmation laisse entrevoir deux hypothèses. Dans la première hypothèse, l'entreprise cédée, absorbée ou scindée – si l'on se limite à ces seuls événements – est dotée d'un régime de protection sociale complémentaire sans que l'autre entité n'en soit elle-même dotée. Si l'entreprise d'accueil ne s'oppose pas à ce que ses propres salariés bénéficient également des garanties prévues par le régime de prévoyance, il suffira « *de faire appel au support juridique l'ayant institué pour*

³⁸⁹ Notons que le champ d'application de l'article L. 2261-14 semble quelque peu différer de celui de l'article L. 1224-1 bien que l'on y retrouve l'adverse « notamment ».

³⁹⁰ Cass. soc., 14 déc. 2005, n°03-21103, : « *Mais attendu que si l'application d'une convention collective vient à être mise en cause dans les conditions prévues à l'article L. 132-8, alinéa 7, du Code du travail, la mise en cause résulte de plein droit de l'événement qui l'a entraîné, sans qu'il soit besoin de le notifier* ».

³⁹¹ H.-J. LEGRAND, « *La « mise en cause » d'une convention ou d'un accord collectif... en question* », RTD, 2008, p. 10.

étendre conventionnellement ce régime à l'ensemble des salariés de la nouvelle société »³⁹². Dans la seconde hypothèse, l'entreprise cessionnaire³⁹³ possède déjà un régime de protection sociale complémentaire et acquière une entité n'en possédant pas. Ce régime a vocation à s'appliquer, à l'issue de la période de survie³⁹⁴, aux salariés de l'entité cédée.

216. Difficultés.- Si l'on analyse ces deux situations par le prisme de l'accord de volonté, seule la première hypothèse semble soulever quelques difficultés. L'entreprise d'accueil peut craindre un étiolement de la paix sociale en son sein puisque ses salariés d'origine devront accepter que leur employeur maintienne des avantages individuels acquis au profit des salariés de la structure cédée sans pouvoir en bénéficier. Vif peut être le sentiment d'injustice face à ces nouveaux arrivants bénéficiant déjà d'avantages plus importants que les leurs. Outre ce risque pour la paix sociale, il en est un pour le consentement de l'employeur accueillant : celui de prendre en charge les coûts d'un régime de prévoyance auquel il n'a jamais directement consenti. Rien ne semble pourtant pouvoir empêcher le cédant et le cessionnaire d'organiser contractuellement une garantie de passif prévoyant qu'en cas de réalisation d'un risque, précédemment pris en charge par le régime et désormais assuré par le biais des avantages individuels acquis, le cédant devra prendre en charge les coûts y afférant.

II. La coexistence de deux régimes de protection sociale complémentaire

217. Le risque du concours.- L'article L. 2261-14 du code du travail est issu de la loi n°71-651 du 13 juillet 1971. Cet article avait pour objectif de remplir un vide conventionnel créé par un transfert d'entreprise³⁹⁵. Cependant, *« la règle perd sa justification lorsqu'il existe un accord de même nature dans l'entreprise d'accueil : le risque de vide conventionnel est conjuré ; en revanche naît un risque de redondance sinon d'incompatibilité des accords en*

³⁹² H. OUAISSI, « *Le devenir des régimes de retraite supplémentaire et de prévoyance lors de fusions d'entreprises* », JCP S, 2006, 1858.

³⁹³ Pour faciliter la lecture, nous ne prendrons que l'exemple d'une cession.

³⁹⁴ Cf. *infra* §217 et s.

³⁹⁵ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, Lexis Nexis, 3^e édition, 2013, p. 238. / H.-J. LEGRAND, « *La « mise en cause » d'une convention ou d'un accord collectif... en question* », RTD, 2008, p. 10.

présence »³⁹⁶. Comme le précise le Professeur Morvan, il s'agit d'un « *risque* » puisque le concours de normes collectifs constitue une « *aggravation des charges de l'entreprise cessionnaire* »³⁹⁷ qui se retrouvera débitrice de la norme antérieurement en vigueur dans l'entité cédée et celle qui déploie ses effets chez elle. Ainsi, en cas de réalisation d'un risque dont les conséquences sont garanties par l'une et l'autre des normes, le nouvel employeur commun pourra être tenu à des prestations différentes. D'autant plus que le salarié transféré bénéficie depuis la mise en cause d'une option non négligeable : il « *n'est pas tenu d'opter globalement entre les deux conventions collectives applicables* » puisqu'il « *bénéficie du droit de choisir, avantage par avantage, la convention dont il demande le bénéfice* »³⁹⁸.

218. Transition.- La situation est transitoire pour l'entreprise d'accueil. L'article L. 2261-14 laisse le soin aux partenaires sociaux de négocier un accord de substitution permettant de faciliter la transition en cours. Sur ce point, une distinction est à faire entre les conventions et accords collectifs de branche et ceux conclus au niveau de l'entreprise. Concernant les accords de branche, le Professeur Savatier a précisé à leur sujet qu'« *il n'appartient évidemment pas à l'employeur de négocier une modification de la convention de branche* ». En effet, l'accord de substitution qui peut éventuellement être conclu n'aura une existence qu'au niveau de l'entreprise et non au niveau de la branche puisque les partenaires sociaux de l'entreprise d'accueil n'ont pas compétence pour modifier la convention ou l'accord collectif de branche. Concernant les actes d'entreprise, la rencontre des régimes peut conduire l'entreprise d'accueil à repenser le statut applicable après la restructuration en souhaitant qu'une harmonisation se fasse afin que l'ensemble des salariés bénéficie d'un seul et même régime³⁹⁹. Notons que s'il y a harmonisation des régimes, il sera absolument nécessaire

³⁹⁶ P. MORVAN, préc., p. 238.

³⁹⁷ J. SAVATIER, « *Cession d'entreprise et statut collectif des salariés* », Dr. soc., 1993, p. 156.

³⁹⁸ J. SAVATIER, préc.

³⁹⁹ La question s'est ensuite posée en doctrine de savoir quels étaient les partenaires sociaux compétents pour négocier l'accord de substitution ou tout nouveau régime ? Selon le Professeur Savatier, s'il s'agit simplement d'adapter le statut des salariés transférés, la négociation peut se faire entre l'entreprise d'accueil et les représentants du personnel de l'entité cédée. Si par contre il s'agit d'adapter les accords jusqu'ici en vigueur, il sera nécessaire d'engager les négociations avec l'ensemble des organisations syndicales représentatives dans le

d'adapter les contrats d'assurance afin d'éviter qu'un hiatus ne se crée, ce qui serait coûteux pour l'entreprise.

Sous-section 2. La place de l'accord en cas d'extinction des autres actes normatifs

219. Plan.- Outre la mise en place d'un régime de protection sociale complémentaire par convention ou accord collectif, l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale admet le recours à l'accord référendaire et à la décision unilatérale de l'employeur. Dès lors, une analyse de l'un (§1) et de l'autre (§2) est nécessaire pour apprécier la place de l'accord de volonté.

§1. La place de l'accord en cas d'extinction de l'accord référendaire

220. L'inexistence légale.- Bien qu'étant doté des mêmes effets qu'un accord collectif de droit commun⁴⁰⁰, l'accord référendaire en droit social, et plus généralement en droit, n'a pas de nature juridique propre. Aucun régime juridique ne peut donc lui être donné. Cela s'explique au regard de l'article L. 911-5 du Code de la sécurité sociale prévoyant qu'un décret doit préciser les conditions dans lesquelles le projet d'accord établi par le chef d'entreprise et ratifié par la majorité du personnel était ensuite « *modifié, mis en cause à raison notamment d'une fusion, d'une cession ou d'une scission ou d'un changement ou dénoncé* »⁴⁰¹. Si le vide légal est un fait, le vide juridique, lui, n'existe pas.

221. L'existence juridique.- La question se pose chez les praticiens de savoir comment faire en pratique lorsqu'est venu le temps d'une restructuration. La jurisprudence a jugé qu'un régime de retraite ratifié par la majorité des salariés relève du statut collectif et n'est donc pas incorporé aux contrats de travail⁴⁰². Dès lors, la non-incorporation a pour conséquence qu'en cas de restructuration, les contrats de travail n'auront pas à être modifiés sur ce point. Mais

périmètre de l'entreprise (J. SAVATIER, « *Cession d'entreprise et statut collectif des salariés* », Dr. soc., 1993, p. 156.).

⁴⁰⁰ Cass. soc., 5 janv., 1984, Jourdain c./ Penven.

⁴⁰¹ CSS, art. L. 911-5, al. 1^{er}.

⁴⁰² Cass. soc., 10 fév. 1999, n°97-13015.

dire que cela fait partie du statut collectif, n'emporte pas pour autant détermination du régime juridique de l'accord référendaire. La Cour a jugé que le fait que « *des régimes résultent [...] d'engagements unilatéraux ratifiés par référendum ne fait pas obstacle à leur dénonciation unilatérale pour l'avenir, dès lors que celle-ci intervient [...] en dehors de toute fraude ou conditions fautives et respecte les droits acquis* »⁴⁰³. Le Professeur Morvan en conclut que l'employeur « *ne fait là qu'exercer une faculté de résiliation unilatérale d'un contrat qu'il a conclu avec son personnel* »⁴⁰⁴. La condition de l'exercice de cette faculté réside dans la durée de l'accord référendaire : il faut qu'il ait été conclu à durée indéterminée⁴⁰⁵. Toujours est-il que toute résiliation unilatérale peut constituer une menace pour la sécurité juridique en ce qu'elle peut dériver en faculté discrétionnaire constituant un abus de droit. Au regard de ce qui précède et parce que le Professeur Barthélémy constate une proximité évidente entre l'accord référendaire et la décision unilatérale de l'employeur, il est opportun d'appliquer le régime de la dénonciation des engagements unilatéraux : une information individuelle des salariés, une information collective par le biais des instances représentatives du personnel et un délai raisonnable permettant la négociation⁴⁰⁶.

222. *Quid juris des avantages ?*- La question de la place de l'accord trouve un intérêt particulier lorsqu'il s'agit d'évoquer les avantages individuels acquis. Dans la mesure où l'accord référendaire n'est pas un accord collectif, l'article L. 2261-9 du Code du travail prévoyant la mise en cause d'une convention ou d'un accord collectif, n'a pas vocation à s'appliquer. Si aucune disposition légale n'évoque un quelconque maintien des avantages individuels acquis en cas d'extinction d'un accord référendaire, la Cour de cassation a précisé que la dénonciation dudit accord ne peut intervenir que si est assuré, notamment, le « *respect des droits acquis* »⁴⁰⁷. Mais quels sont ces « droits acquis » visés par la Cour de cassation ? Dans la mesure où l'accord référendaire fait partie intégrante du statut collectif de l'entreprise, comment les avantages qui le composent peuvent se traduire en droits acquis ?

⁴⁰³ Cass. soc., 28 sept. 2002, n°01-00550, *RJS 12/2002, n°1438*.

⁴⁰⁴ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3^e édition, 2013, p. 1128.

⁴⁰⁵ Le fondement étant le principe traditionnel de prohibition des engagements perpétuels.

⁴⁰⁶ V. notamment Cass. soc., 4 fév. 1997, n°95-41468.

⁴⁰⁷ Cass. soc., 28 sept. 2002, *préc.*

Faudrait-il, comme c'est le cas pour l'acte collectif, qu'un risque garanti se réalise et que le salarié bénéficie d'une prestation au moins une fois ? Autant de questions qui n'ont, encore aujourd'hui, trouvé aucune réponse en jurisprudence.

§2. La place de l'accord en cas d'extinction de l'engagement unilatéral

223. Opposabilité.- En cas de transfert d'entreprise au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail, la jurisprudence, calquant le régime des usages⁴⁰⁸, a considéré que le cessionnaire est tenu par les engagements unilatéraux pris par le cédant⁴⁰⁹. Cette solution apparaît douteuse pour le Professeur Couturier dans la mesure où une telle disparité avec le régime des conventions et accords collectifs ne se justifie pas rationnellement⁴¹⁰. Le Professeur Morvan, commentant un arrêt rendu par la Cour de cassation entérinant cette jurisprudence, a écrit que, par cette solution, « *les normes unilatérales se voient reconnaître une plus forte prégnance que les conventions et accords collectifs dont le transfert d'entreprise provoque très souvent la "mise ne cause" et, à défaut d'accord de substitution, l'extinction de plein droit après un délai de survie provisoire de 15 mois* »⁴¹¹. Alors comment justifier cette solution ? Gérard Couturier estime que cela découle éventuellement du fait qu'il s'agisse du droit de la protection sociale complémentaire⁴¹² et dans la mesure où la Cour de cassation avait déjà pris position en ce sens en matière de retraite complémentaire⁴¹³.

⁴⁰⁸ V. Cass. soc., 4 fév. 1997, Dr soc. 1997, p. 416. G. COUTURIER. Le Professeur Couturier remarquant que le régime des engagements unilatéraux était calqué sur celui de l'usage en matière de dénonciation (information individuelle des salariés, information des instances de représentation du personnel et délai raisonnable afin de négocier) et d'opposabilité.

⁴⁰⁹ Cass. soc. 23 sept. 1992, Dr. soc., 1992, 926, v. J. Savatier, « *Cession d'entreprise et statut collectif des salariés* ».

⁴¹⁰ G. COUTURIER, *préc.*

⁴¹¹ P. MORVAN, « *Régime de prévoyance, transfert d'entreprise et inexécution d'un engagement unilatéral* », JCP S, 2005, 1371.

⁴¹² G. COUTURIER, *préc.*

⁴¹³ Cass. soc., 16 juil. 1987, n° 84-13736

224. Solutions.- Finalement, une solution susceptible de contrecarrer cette conséquence néfaste pour l'entreprise d'accueil serait de prévoir contractuellement en amont du transfert d'entreprise que la société cédante mettra fin à l'engagement unilatéral par le biais de la dénonciation telle qu'elle est entendue en droit du travail. Après une décision de la Cour de cassation, d'aucuns se sont interrogés sur la possibilité de réviser un régime mis en place par décision unilatérale par le biais d'un accord collectif. En effet, la Chambre sociale a jugé en 2003 que « *l'accord collectif qui a le même objet que l'usage ou qu'un engagement unilatéral antérieur a pour effet de mettre en cause, peu important que celui-ci ait été ou non préalablement dénoncé* »⁴¹⁴. Cette décision, séduisante de prime abord dans la mesure où elle permet de contourner les règles de la dénonciation d'un engagement unilatéral, est qualifiée de « *piège* » par Patrick Morvan⁴¹⁵. Celui-ci attire l'attention du juriste sur l'idée d'un objet identique des actes normatifs. Selon lui, la singularité de la protection sociale suffit à convaincre le juriste prudent de dénoncer préalablement le régime⁴¹⁶.

225. Article 11 de la loi Evin.- Il est de jurisprudence constante que l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail a pour effet la reprise de l'ancienneté des salariés transférés par l'entreprise d'accueil⁴¹⁷. La question s'est posée de savoir si, dans l'hypothèse où l'entreprise d'accueil couvre ses salariés d'un régime de protection sociale complémentaire par le biais d'un engagement unilatéral, les salariés transférés ont-ils le choix d'adhérer ou non au régime ? Cette situation révèle la complexité du mécanisme de l'article L. 1224-1 puisqu'ici, il faut considérer que le salarié transféré, reprenant son ancienneté, a toujours eu pour employeur l'entreprise d'accueil. Ainsi, si, par la reprise d'ancienneté, il s'avère que le salarié transféré était présent dans l'entreprise antérieurement à la mise en place du régime par décision unilatérale, il bénéficie du droit de refuser son adhésion au dit régime⁴¹⁸. Confortant

⁴¹⁴ Cass. soc., 1^{er} oct. 2003, n°02-30337.

⁴¹⁵ P. MORVAN, *Restructurations en droit social*, LexisNexis, 3^e édition, 2013, p. 1130.

⁴¹⁶ P. MORVAN, *préc.*

⁴¹⁷ V. notamment Cass. soc., 17 mars 1998, n° 95-42100 : « *Attendu, cependant, que l'ancienneté à prendre en considération pour l'appréciation des droits des salariés est l'ancienneté acquise dès l'embauche, peu important la modification intervenue dans la situation juridique de l'employeur et les modifications apportées au contrat de travail ; d'où il suit qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

⁴¹⁸ Cass. soc., 4 janv. 1996, n°92-41885.

cette position, le Professeur Saint-Jours a constaté qu'il ne s'agissait que de l'expression du principe jurisprudentiel selon lequel « *les modifications substantielles du contrat de travail à l'initiative de l'une des parties ne s'imposent pas, contre son gré, à la partie contractante* »⁴¹⁹. Toutefois, cette solution bien que techniquement irréprochable, peut créer une tension dans les relations sociales. Les salariés de l'entité d'accueil arrivés après la mise en place du régime par décision unilatérale n'ont pas eu le choix dans l'adhésion à ce régime complémentaire et ce, même si celle-ci entraînait un précompte sur le salaire⁴²⁰.

226. Le Professeur Morvan a écrit à propos de cette solution que « *les salariés transférés sont considérés comme de nouveaux arrivants par l'organisme assureur auquel la reprise d'ancienneté est inopposable* »⁴²¹. En effet, l'organisme assureur est tiers au transfert d'entreprise qui résulte d'un contrat de cession, de scission, de fusion ou autre. En vertu de l'article 1165 du Code civil et de l'effet relatif des conventions, il ne peut donc être contraint par le jeu de contrats auxquels il n'est pas partie. Pourtant, le contrat d'assurance prévoit que l'organisme assureur sera tenu de garantir la réalisation des risques touchant les salariés présents dans l'entreprise au jour de la conclusion dudit contrat mais également ceux qui viendraient à intégrer l'entreprise par la suite. Est-ce que la différence peut se justifier par le fait que le transfert d'entreprise est conventionnel ? Est-ce à dire que l'employeur sera personnellement tenu de garantir la réalisation des risques pour les nouveaux arrivants ?

227. Article 11, « faculté à un coup »⁴²² ?.- En doctrine, la question s'est posée de savoir si l'article 11 de la loi Evin n'était qu'une faculté à un coup pour les salariés. L'idée étant que les salariés déjà présents dans l'entreprise peuvent s'opposer à leur adhésion à un régime de protection sociale complémentaire lorsque celui est mis en place par décision unilatérale. Cela se déduisant de l'atteinte au contrat de travail que provoque ce régime par le biais du

⁴¹⁹ Cass. soc., 4 janv. 1996, Hyperrally c./ Mme Moreau et a., JCP G 1996, 22692, Y. SAINT-JOURS.

⁴²⁰ Dans la mesure où ils ont été embauchés après la mise en place du régime, l'adhésion au régime ne peut leur amputer une partie de leur salaire puisque le précompte s'applique dès leur embauche. Etant contractuellement prévu, ils ont, de fait, adhéré au régime.

⁴²¹ P. MORVAN, Restructurations en droit social, LexisNexis, 3^e édition, 2013, p. 1131.

⁴²² P. MORVAN, Restructurations en droit social, LexisNexis, 3^e édition, 2013, p. 1131-1132.

précompte⁴²³. Le contrat d'assurance étant, de manière générale, d'une durée d'un an, peut-on envisager, en se fondant sur l'article 11 de la loi Evin, que le salarié bénéficie d'une faculté annuelle d'opposition dans la mesure où le précompte peut être réévalué à la hausse ? Selon le Professeur Morvan, il est impératif de s'en tenir à une interprétation *a contrario* stricte de l'article 11. Celui-ci précise que la faculté de refus du salarié n'existe que parce qu'il était présent dans l'entreprise « *avant la mise en place* » du régime. Les modifications ultérieures ne lui ouvrent pas un nouveau droit au refus dans la mesure où il fera partie, au jour de la nouvelle couverture, du personnel de l'entreprise.

Section 2. La place de l'accord en cas d'extinction de l'assurance de groupe

228. Plan.- L'édition d'un régime de protection sociale complémentaire fait naître une *triangulation* juridique. L'analyse de cette triangulation complexe invite le juriste à analyser la place de l'accord dans les hypothèses où un événement affecte le lien individuel entre l'employeur et le salarié (**Sous-section 1**) et où le contrat d'assurance de groupe s'éteint (**Sous-section 2**).

Sous-section 1. La place de l'accord dans l'extinction du lien individuel entre l'employeur et le salarié

229. La compréhension du rôle de l'accord de volonté suppose l'étude des causes (§1) et des conséquences (§2) de l'évènement affectant le lien individuel existant entre l'employeur et le salarié.

§1. Les causes de l'évènement affectant le lien individuel entre l'employeur et le salarié

230. Une distinction est généralement faite entre la sortie du régime de protection sociale complémentaire par cessation du lien individuel (I) et sans cessation de ce lien (II)⁴²⁴.

⁴²³ V. *supra*, G. COUTURIER, Dr soc. 1997, p. 416.

⁴²⁴ V. Ph. COURSIER, B. SERIZAY, La protection sociale complémentaire en questions, Litec, 2011, p.141 et s.

I. La sortie du régime par cessation du lien individuel

231. L'article L. 141-3 du Code des assurances prévoit que « *le souscripteur ne peut exclure un adhérent du bénéfice du contrat d'assurance de groupe que si le lien qui les unit est rompu ou si l'adhérent cesse de payer la prime* »⁴²⁵. De cet article ressortent deux causes de cessation du lien individuel : l'exclusion de l'adhérent par le souscripteur lorsque le lien est rompu (A) – qui sera abordé sous l'angle plus général de la rupture du lien contractuel – et l'exclusion de l'adhérent en cas de non paiement des primes par ce dernier (B).

A. La rupture du lien contractuel entre l'employeur et le salarié

232. Cas de rupture.- Lorsqu'est rompu le lien contractuel, c'est-à-dire le contrat de travail, le salarié bénéficiaire sort du groupe assurable. Le terme de rupture est générique et plusieurs cas de rupture sont susceptibles d'entraîner la sortie du groupe assurable. Sont notamment concernés le licenciement, la démission, la rupture conventionnelle, l'arrivée du terme du contrat à durée déterminée etc. Remarquons qu'il importe peu de savoir qui de l'employeur ou du salarié est à l'origine de la rupture du lien contractuel. La rupture de ce lien s'oppose à sa suspension, comme cela pourrait être le cas lorsqu'un salarié est en arrêt maladie à la suite d'un accident du travail. Encore faut-il, pour que le salarié continue de bénéficier des garanties du contrat d'assurance de groupe, que la suspension de son contrat n'entraîne pas corrélativement une suspension du versement des prestations dues au titre du régime⁴²⁶.

233. Date de sortie.- La jurisprudence a entendu préciser les situations entraînant la sortie du groupe assurable par rupture du contrat de travail. Ainsi la Cour de cassation a jugé qu'un salarié radié par erreur de l'entreprise continue à bénéficier des garanties du contrat d'assurance durant cette période, à condition qu'il se soit acquitté du paiement des cotisations⁴²⁷. De même, les juges du droit ont pu considérer qu'un sinistre survenu pendant la

⁴²⁵ C. ass. L. 141-3, al. 1^{er}.

⁴²⁶ V. G. BRIENS, M-C. HALLER (ss dir.), *Lamy Rémunérations Complémentaires*, LamyLine.

⁴²⁷ Cass. Soc., 31 mars 1981, RGAT 1982, p. 62.

période de préavis d'un salarié est toujours couvert par le contrat d'assurance de groupe, le salarié faisant toujours partie de l'entreprise au jour du sinistre⁴²⁸.

234. Si ces arrêts semblent s'inscrire dans la logique juridique, un autre arrêt de 1977 a laissé plusieurs auteurs circonspects. La Cour de cassation y affirmait qu'un salarié venant de quitter l'entreprise mais continuant à verser des cotisations à l'organisme assureur doit pouvoir bénéficier des garanties prévues au contrat d'assurance de groupe dans la mesure où l'organisme assureur a continué d'accepter le paiement des cotisations en toute connaissance de cause⁴²⁹. On peut s'interroger sur le bien-fondé de cette décision dans la mesure où le lien évoqué à l'article L. 141-3 du Code des assurances n'existe plus puisque celui-ci résidait dans le contrat de travail rompu. Pour Magali Bigot-Gonçalves, si cette décision semble se justifier par souci du salarié, elle n'en est pas moins contestable puisque l'appartenance au groupe est l'un « *des principes fondamentaux du contrat d'assurance de groupe* »⁴³⁰. D'aucuns estiment qu'il faudrait considérer que l'acceptation du paiement des cotisations par l'assureur emporte création d'un nouveau contrat d'assurance individuelle⁴³¹.

235. Incertitudes.- Plusieurs autres situations ont été présentées par certains auteurs comme constitutives d'un doute⁴³². Sont notamment concernées le départ à la retraite ou la mise la retraite. Si cette question ne paraît pas soulever d'interrogations pour les régimes de retraite complémentaire ou supplémentaire⁴³³, tel n'est pas le cas des régimes de prévoyance. En effet, le salarié bénéficiaire semble pouvoir être exclu du bénéfice des garanties proposées par le contrat d'assurance de groupe dès lors qu'il sort du groupe assurable. Sont également concernés différents cas de suspension du contrat de travail. Pendant ce temps de suspension du contrat de travail, dans quels cas faut-il considérer que le salarié est maintenu dans le

⁴²⁸ Cass. 1^{er} civ., 17 nov. 1987, n°86-13184.

⁴²⁹ Cass. 1^{er} civ., 5 janv. 1977, n°75-12098.

⁴³⁰ M. BIGOT-GONCALVES, Les assurances de groupe, Thèse PUAM, 2009.

⁴³¹ L. MAYAUX, BIGOT (dir.), Traité de droit des assurances, Tome III, 2014.

⁴³² Ph. COURSIER, B. SERIZAY, La protection sociale complémentaire en questions, Litec, 2011.

⁴³³ Les régimes de retraite complémentaire ou supplémentaire ont vocation à produire les effets au moment du départ ou de la mise à la retraite. Dès lors, priver le salarié de son droit aux garanties prévues par le régime au motif qu'il en sort et alors même que la condition pour en bénéficier est la retraite paraît inenvisageable.

régime et dans quels cas considérer qu'il en est sorti ? Pour Philippe Coursier la suspension du contrat de travail pour congés payés ou pour arrêt maladie ne doit pas empêcher le maintien des garanties au bénéfice du salarié⁴³⁴. Tandis que lorsque le contrat de travail est suspendu pour de simples convenances personnelles (par exemple le congé sans solde), une suspension du bénéfice des garanties serait envisageable. Cette différence paraît se justifier par le fait que la prise de congés payés est un droit exercé en dehors de toute contrainte extérieure pour le salarié et que l'arrêt maladie est lié à l'état de santé de celui-ci et ne résulte pas de la simple volonté du salarié malade.

236. L'imbrication de contrats induite par la protection sociale complémentaire ne tient qu'à un fil. Le lien contractuel direct unissant l'employeur et le salarié est le lien sans lequel rien n'est possible. Que la sortie se fasse par le biais de la volonté de l'employeur ou par celle du salarié⁴³⁵, elle entraînera une sortie imminente du régime.

B. Le défaut de paiement des primes

237. L'article L. 141-3 du Code des assurances prévoit que l'adhérent au contrat d'assurance de groupe – donc le salarié – peut être exclu du bénéfice du contrat d'assurance de groupe dès lors que celui-ci ne paie pas les primes. Si l'on s'en tient à la distinction – contestable – opérée par certains auteurs, à savoir qu'un régime à adhésion facultative fait naître un contrat entre l'organisme assureur et le souscripteur alors que tel n'est pas le cas dans un régime à adhésion obligatoire⁴³⁶, l'application de l'article L. 141-3 n'a pas vocation à régir toutes les situations. En effet, dans un régime à adhésion facultative, le souscripteur ne peut intenter une action contre le salarié dans la mesure où celui-ci s'est engagé au paiement des primes directement auprès de l'assureur. Par l'effet de la stipulation de contrat pour autrui, un contrat est conclu entre l'organisme assureur et le salarié bénéficiaire. L'on constate la particulière complexité de la situation : alors que le salarié n'exécute pas son obligation

⁴³⁴ Ph. COURSIER, B. SERIZAY, *La protection sociale complémentaire en questions*, Litec, 2011, p. 142.

⁴³⁵ Le licenciement est la conséquence de la volonté de l'employeur tandis que la démission est la conséquence de celle du salarié.

⁴³⁶ Cf. *supra* §133 et s.

contractuelle de payer les primes afférentes aux garanties, ce n'est pas l'organisme assureur, en sa qualité de cocontractant, qui bénéficie de l'article L. 141-3 pour exclure ce salarié mais c'est l'employeur. Dès lors, comment résoudre la problématique dans laquelle le salarié ne paie plus les primes dues au titre du contrat et que l'employeur ne l'exclut pas du régime ? Est-ce à dire que l'organisme assureur sera tout de même tenu de garantir la réalisation des risques ? La réponse paraît négative dans la mesure où l'organisme assureur pourra opposer au salarié l'exception d'inexécution du contrat⁴³⁷. Si l'on se fie toujours à la distinction opérée selon que le régime est à adhésion obligatoire ou facultative, seul l'employeur pourra tenter une action contre le salarié mauvais payeur lorsqu'il s'agit d'un régime à adhésion obligatoire. Cependant, cette distinction paraît artificielle dans la mesure où il existe un contrat entre l'organisme assureur et le salarié, que le régime soit à adhésion facultative ou obligatoire⁴³⁸ dans quasiment tous les régimes le paiement de la prime se fait par le biais du précompte.

238. Rigueur.- Le législateur octroie par le biais de l'article L. 141-3 du Code des assurances une large place à la volonté de l'employeur qui doit rigoureusement s'assurer que l'ensemble des primes dues par les salariés est acquitté. S'il ne le fait pas, les conséquences peuvent être importantes. En effet, si l'employeur s'est tourné vers tel organisme assureur c'est qu'il existe un équilibre entre le niveau des garanties et le coût de l'assurance⁴³⁹. Dès lors, si l'employeur-souscripteur n'est pas attentif au paiement effectif des primes, il est certain que l'organisme assureur ne voudra plus contracter avec lui lorsque la question du renouvellement du contrat d'assurance se posera. Cependant, l'assureur est sauf dans la

⁴³⁷ L'exception d'inexécution, qui se définit comme « *le droit qu'a chaque partie à un contrat synallagmatique de refuser d'exécuter la prestation à laquelle elle est tenue tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due* » doit être utilisée comme un « *moyen de pression* » et non comme un « *moyen de chantage* » et doit sur des obligations interdépendantes et simultanées (V. notamment F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE Droit civil - Les obligations : Dalloz, 2009).

⁴³⁸ Cass. 1^{ère} civ., 7 juin 1989, n°87-14648.

⁴³⁹ A condition que le choix de l'organisme assureur ne fasse pas suite à une désignation mais bien à la liberté contractuelle.

mesure où le Code des assurances lui octroie également une faculté résiliation du contrat d'assurance⁴⁴⁰.

II. La sortie du périmètre sans cessation du lien contractuel

239. Liberté.- L'acte fondateur du régime de protection sociale complémentaire est soumis au droit des contrats – et donc à la liberté contractuelle – lorsqu'il s'agit d'une convention ou d'un accord collectif et à la discrétion de l'employeur lorsqu'il s'agit d'un accord référendaire ou d'une décision unilatérale. De cette liberté découle un contenu variable selon qu'un acte collectif existe au niveau de la branche ou non. Quoi qu'il advienne, l'acte fondateur peut définir un champ personnel et géographique d'application du régime de protection sociale complémentaire. Ainsi, il est permis aux négociateurs de l'acte ou à l'employeur (selon la source du régime) de retenir des régimes aux portées différentes selon les catégories de salariés bénéficiaires⁴⁴¹ ou selon les établissements de l'entreprise. Deux situations doivent être distinguées : le changement de catégorie professionnelle et la mutation géographique.

240. Changement de catégorie professionnelle.- Promotion faisant, un salarié peut être amené, au cours de sa carrière, à changer de catégorie professionnelle dans l'entreprise qui l'emploie. Au sein de cette dernière, existent plusieurs contrats d'assurance de groupe couvrant chacun une catégorie professionnelle au sens de l'article R. 242-1-1 du Code de la sécurité sociale. Le changement de catégorie professionnelle a donc un impact sur le régime dont bénéficie ce salarié dans la mesure où les garanties peuvent être différentes. Ainsi, un

⁴⁴⁰ Cf. *infra* §253 et s.

⁴⁴¹ En matière de protection sociale complémentaire, il n'est pas inutile de rappeler que la Cour de cassation a jugé en 2013 que la spécificité de la matière avait pour conséquence que le principe de l'égalité de traitement n'a vocation à s'appliquer que dans une catégorie professionnelle. Autrement dit, un salarié bénéficiaire ne peut opposer à l'employeur un manquement à l'obligation d'égalité de traitement dès lors qu'il ne se trouve pas dans la même catégorie professionnelle que les autres salariés bénéficiant de garanties plus avantageuses (V. Cass. soc., 13 mars 2013, n°11-20490, n°10-28022, n°11-23761).

salarié agent de maîtrise promu à un poste de cadre dans l'entreprise pourrait bénéficier d'un régime de prévoyance autre que celui dont il bénéficiait auparavant⁴⁴².

241. Mutation géographique.- Un régime de protection sociale complémentaire peut ne bénéficier qu'à une catégorie professionnelle objective mais également qu'à certains établissements de l'entreprise. En effet, le législateur a prévu la possibilité de mettre en place un accord collectif de « *prévoyance maladie* » au niveau d'un établissement ou d'un groupe d'établissements⁴⁴³. Ce que confirme la Cour de cassation⁴⁴⁴. Ces énonciations laissent le juriste songeur sur deux points. D'abord, est-ce que seul l'acte collectif (convention ou accord collectif) est concerné par cette faculté de mettre place un régime différent dans un établissement ou est-ce que cela comprend également la mise en place par accord référendaire et par décision unilatérale de l'employeur ? Cette interrogation n'est pas dénuée d'intérêt dans la mesure où l'on peut se demander s'il est possible pour l'employeur de mettre en place par accord référendaire ou par décision unilatérale un régime différent. Ensuite, le législateur vise un accord de « *prévoyance maladie* ». Est-ce à dire qu'un régime de protection sociale complémentaire couvrant les risques lourds ne peut être mis en place au seul niveau d'un établissement ?

242. La sortie du périmètre géographique, par exemple par mutation géographique, du salarié lui fait donc perdre le bénéfice du régime. Il est étonnant de constater que ce principe ne semble avoir vocation à s'appliquer que dans des situations purement internes. En effet, l'article L. 914-4 du Code de la sécurité sociale prévoit que « *les salariés détachés temporairement par leur employeur dans un Etat membre de la communauté européenne ou dans un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen pour y exercer une activité salariée ou assimilée en application des dispositions du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs*

⁴⁴² L'on remarque en pratique que pour intéresser le top management à la vie de l'entreprise et sa pérennité, certaines entreprises choisissent de leur bénéficier d'un régime de prévoyance plus avantageux que celui dont peut bénéficier les autres catégories professionnelles.

⁴⁴³ C. trav. art. L. 2242-11, al. 1^{er}.

⁴⁴⁴ Cass. soc., 18 janv. 2006, n°03-45422.

salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté doivent pouvoir demeurer soumis pendant la période de détachement aux dispositions des régimes d'invalidité, de retraite ou en cas de décès institués conformément à l'article L. 911-1, applicables à l'entreprise ». De cet article nous tirons la conclusion que lorsque le salarié est muté dans un établissement en dehors du champ d'application du régime de protection sociale complémentaire, il perd le bénéfice de ce régime tandis que lorsqu'il est muté à l'étranger par le biais d'un détachement, il continuera à bénéficier du régime.

§2. Les conséquences de l'évènement affectant le lien individuel entre l'employeur et le salarié

243. Sortie du groupe assurable.- La rupture du contrat de travail unissant l'employeur-souscripteur au salarié-bénéficiaire a pour effet de faire sortir ce dernier du groupe assurable. Alors qu'il bénéficiait jusque-là du régime mis en place dans l'entreprise ou de l'établissement, sa « sortie » du régime fait perdre de sa substance l'opération d'assurance en ce qu'elle repose sur le principe fondamental du groupe. La cessation du lien contractuel entraîne dans son sillage plusieurs conséquences en raison du mécanisme de la loi Evin du 31 décembre 1989 (I) mais également au regard de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 (II).

I. L'impact de la loi Evin du 31 décembre 1989 en cas de rupture du contrat de travail

244. Maintien des garanties.- L'article 4 de la loi Evin du 31 décembre 1989 prévoit au profit des anciens salariés bénéficiaires le maintien de la couverture « *frais de santé* » en vigueur dans l'entreprise et dont ils bénéficiaient lorsqu'ils étaient encore salariés. L'organisme assureur a l'obligation de maintenir sa couverture au profit des « *anciens salariés bénéficiaires d'une rente d'incapacité ou d'invalidité* »⁴⁴⁵. Cette garantie ne sera due

⁴⁴⁵ L. n°89-1009, 31 déc. 1989, art. 4, 1°.

que si le salarié en fait la demande expresse auprès de l'assureur dans un délai de 6 mois à compter de la rupture du contrat de travail.

245. L'on voit dès lors la contrainte que peut constituer cette disposition pour les organismes assureurs tenus de prendre en charge l'ensemble des frais de santé des anciens salariés de l'entreprise. La question s'est alors posée de savoir s'il était possible d'écarter conventionnellement les effets de l'article 4. La Cour de cassation, dans un arrêt de principe, a rendu une décision sans équivoque au visa de l'article 4 de la loi Evin. Elle censure une Cour d'appel et juge « *qu'en statuant ainsi alors qu'il ne peut être dérogé par voie de convention 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 résultant de l'assurance de groupe souscrite par l'employeur pour la garantie des frais de santé* », la Cour d'appel a violé l'article 4⁴⁴⁶.

246. Maintien des prestations ?- Dans un premier temps, le législateur n'a pas précisé ce qu'il adviendrait des risques lourds (incapacité, invalidité, décès) en cas de rupture du contrat de travail, alors qu'il l'avait fait pour la couverture des frais de santé. L'application de l'article 7 de la loi Evin apparaissait pourtant séduisante, l'article disposant : « *la résiliation ou le non renouvellement du contrat ou de la convention [d'assurance] est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées acquises ou nées durant son exécution* »⁴⁴⁷. Mais seule l'extinction du contrat d'assurance se trouvait concernée. Depuis, la Cour de cassation a œuvré et a affirmé dans un arrêt rendu au visa de l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale que « *lorsque des personnes sont garanties 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 effets sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant cette relation* »⁴⁴⁸. Très récemment, la Cour a précisé « *qu'il ne peut être dérogé à ce principe par*

⁴⁴⁶ Cass. 2^e civ., 7 fév. 2008, n°06-15006.

⁴⁴⁷ L. n°89-1009, 31 déc. 1989, art. 7.

⁴⁴⁸ Cass. 2^e civ., 17 avril 2008, n°07-12088.

une disposition contractuelle »⁴⁴⁹. La Cour de cassation ne cesse d'étendre les dispositions de la loi Evin et d'enrichir les principes qui en découlent⁴⁵⁰.

II. L'impact de l'ANI du 11 janvier 2008 en cas de rupture du contrat de travail

247. Portabilité pour tous.- Aux termes de l'article 14 de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, a été prévu par les partenaires sociaux un mécanisme de « *portabilité de certains droits* » visant à « *garantir le maintien de l'accès à certains droits liés au contrat de travail, en cas de rupture de celui-ci ouvrant à prise en charge par le régime de l'assurance chômage* »⁴⁵¹. Cependant, ce dispositif, aussi louable soit-il, n'était réservé qu'aux entreprises des branches d'activité représentées par les organisations patronales signataires c'est-à-dire le MEDEF, la CGPME et l'UPA. La loi de sécurisation de la loi du 14 juin 2013 est venue préciser le régime de la portabilité tout en faisant de son application un principe pour l'ensemble des salariés, peu important leur branche d'activité⁴⁵².

248. Régime.- Le texte de l'article 14 de l'ANI de 2008 provoqua la doctrine pour son manque de clarté⁴⁵³. Si l'article L. 911-8 semble apporter quelques précisions quant à son régime, certaines zones d'ombre demeurent. A noter notamment le mode de financement du mécanisme de la portabilité. Selon l'article L. 911-8, les salariés « *bénéficient du maintien à titre gratuit de cette couverture en cas de cessation du contrat de travail* »⁴⁵⁴. La question s'est posée (et se pose toujours) de savoir ce qu'il fallait entendre par l'expression « *à titre*

⁴⁴⁹ Cass. 2^e civ., 5 mars 2015, n°13-26892 : « *Mais attendu que 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 ; qu'il ne peut être dérogé à ce principe par une disposition contractuelle* ».

⁴⁵⁰ Cass. 2^e civ., 5 mars 2015, *préc.*, note sous arrêt, D. RONET-YAGUE, « *Rupture du contrat de travail et maintien des prestations au profit de celui qui a perdu son emploi* », JCP S 2015, 1160.

⁴⁵¹ ANI, 11 janv. 2008, art. 14.

⁴⁵² CSS art. L. 911-8.

⁴⁵³ V. notamment B. SERIZAY, « *La portabilité des droits de protection sociale* », Semaine Sociale Lamy 2008, n°1366, p. 7.

⁴⁵⁴ CSS art. L. 911-8, 1^{er}.

gratuit ». Est-ce à dire que l'organisme assureur devra supporter l'intégralité des frais engendrés par la portabilité ? Ou bien que l'employeur devra prendre en charge le mécanisme ? Selon certains auteurs, cette expression s'inscrit dans le prolongement du principe dégagé par l'ANI du 11 février 2008, à savoir que le financement se fait par « *mutualisation* » du coût : l'employeur financera une partie de la portabilité tandis que le reste sera financé par les salariés encore en poste (à l'image d'un régime géré en répartition). Par ailleurs, l'article L. 911-8 dresse une liste de conditions qui devront être respectées pour que s'applique le mécanisme de la portabilité des droits.

249. Articulation.- L'article L. 911-8 laisse au juriste spécialiste du droit de la protection sociale complémentaire un goût de déjà-vu. En effet, l'application de l'article 4 de la loi Evin ne prévoit déjà-t-il pas le bénéfice de la couverture frais de santé pour les anciens salariés ? Il est vrai que si certaines dispositions sont présentes dans l'article L. 911-8 sans l'être aux termes de l'article 4 de la loi Evin, telle que la perte du bénéfice de la portabilité en cas de licenciement pour faute lourde, l'esprit des mécanismes est similaire. Une application cumulée paraît donc possible. Cependant, avant la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, un désavantage se faisait sentir chez les salariés en raison de ce chevauchement des législations. Rappelons qu'aux termes de l'article 4 de la loi Evin, le salarié a six mois pour demander le bénéfice de la couverture frais de santé. Lorsque le salarié bénéficiait de la portabilité issue de l'ANI du 11 février 2008 sur une durée supérieure à six mois, il perdait définitivement le droit au bénéfice de l'article 4 et donc au maintien de la couverture frais de santé. Désormais, le salarié disposera de six mois pour faire la demande du maintien de la couverture frais de santé à l'expiration de la période de bénéfice de la portabilité.

250. Le mécanisme de la portabilité, s'il a été plutôt bien accueilli par les organisations patronales⁴⁵⁵, représente un gouffre financier pour l'employeur et les organismes assureurs⁴⁵⁶. Déjà contraints de maintenir les garanties et prestations en vertu des articles 4 et 7 de la loi Evin en cas de cessation du contrat de travail, le mécanisme de la portabilité est perçu comme un alourdissement des charges liées à la législation sociale. L'on peut comprendre les

⁴⁵⁵ B. SERIZAY, « *La portabilité des droits de protection sociale* », Semaine Sociale Lamy 2008, n°1366, p. 7.

⁴⁵⁶ Les Echos, « *Portabilité : la note s'annonce salée pour les DRH* », LesEchos.fr

réactions des employeurs qui, après s'être séparés de l'un des collaborateurs, continuent à être liés à ces derniers par les mécanismes légaux. Le sentiment de frustration est certain. La réaction est la même pour les organismes assureurs qui ont accepté d'assurer les risques de tel assuré parce qu'il était salarié de telle entreprise. Après la cessation du contrat de travail, les voilà liés avec un individu par un contrat d'assurance individuel imposé par le législateur.

Sous-section 2. La place de l'accord dans l'extinction du support de l'opération collective d'assurance

251. Destin lié.- Le contrat d'assurance de groupe doit être réglé sur l'acte créateur du régime de protection sociale complémentaire. L'un sans l'autre, ils ne sont rien. Lorsque l'acte créateur meurt, l'acte exécutant perd son sens. Doit être étudiée la place de l'accord de volonté dans l'extinction de l'*instrumentum* (§1) et dans l'extinction du *negotium* (§2).

§1. La place de l'accord de volonté dans l'extinction de l'*instrumentum*

252. Droit civil, droit des assurances.- Le droit civil (I) et le droit des assurances (II) peuvent dicter la volonté des parties lorsqu'est venu le temps de l'extinction du support de l'opération collective d'assurance.

I. Les causes d'extinction de l'*instrumentum* issues du droit civil

253. Causes légales.- Le Code civil énonce plusieurs causes d'extinction des engagements contractuels. Ainsi, l'article 1234 prévoit que l'extinction des obligations en cas de paiement, de novation, de remise volontaire, de compensation, de confusion, de perte de la chose, de nullité ou de rescision ou de stipulation d'une condition résolutoire et enfin par la prescription. Le constat a déjà été fait que l'extinction des obligations par arrivée du terme n'est pas visée par l'article 1234 alors qu'il s'agit d'une véritable cause d'extinction des obligations⁴⁵⁷. En plus de ces causes d'extinction dont la survenance se constate généralement

⁴⁵⁷ Cf. *supra* §195.

lors de l'exécution du contrat d'assurance de groupe, les vices du consentement sont autant de causes extinctives de ce contrat.

254. Il n'est pas inutile de soulever la remarque formulée par Jacques Barthélémy à propos de l'extinction du contrat d'assurance de groupe. Alors qu'il évoque le délai de survie d'un an de l'acte créateur du régime de protection sociale complémentaire il constate que « *le contrat d'assurance, régi par le droit commercial, va prendre fin avec la vie de la société absorbée* »⁴⁵⁸. De cette affirmation se déduit le caractère *intuitu personae* du contrat d'assurance qui n'existe que parce que telle ou telle personne l'a conclu. Ainsi, lorsque celle-ci est amenée à disparaître le contrat doit également prendre fin. Cependant, cette affirmation semble faire l'impasse sur quelques règles. En effet, le contrat d'assurance souscrit par une société absorbée est transmis automatiquement à la société absorbante en application du principe de la transmission universelle de patrimoine. La Cour a jugé que seul le respect des dispositions d'ordre public sur la résiliation des contrats pouvait mettre fin au contrat⁴⁵⁹. Ainsi, l'on ne peut comprendre l'argument de Monsieur Barthélémy qui semble considérer l'extinction automatique du contrat d'assurance de groupe sans en apporter la justification...

255. Causes contractuelles.- Les parties peuvent contractuellement prévoir certaines causes de rupture du contrat d'assurance de groupe. La Cour de cassation a notamment validé une clause en application de laquelle le contrat d'assurance serait résilié en cas de réalisation du sinistre⁴⁶⁰. Toutefois, l'on pourrait s'interroger sur l'opportunité de négocier une telle clause pour l'employeur-souscripteur dans la mesure où un sinistre entraîne l'extinction de l'entière couverture. Peut-être est-elle stipulée afin d'inciter les salariés-assurés à ne pas s'exposer aux risques sociaux...

⁴⁵⁸ J. BARTHELEMY, « *Restructurations et sort de la protection sociale complémentaire* », Gazette du Palais, 2013 n°234, p. 24 et s

⁴⁵⁹ Cass. 2^e civ., 1^{er} juill. 2003, n°00-16147.

⁴⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 20 janv. 1993, n°90-12482.

II. Les causes d'extinction de l'*instrumentum* issues du droit des assurances

256. Multiples causes.- Le contrat d'assurance de groupe est soumis aux causes d'extinction propres au droit des assurances. Ainsi, le non paiement des primes par le salarié offre la possibilité à l'organisme assureur de résilier le contrat d'assurance de groupe. Selon l'article L. 113-3 du Code des assurances, en cas de non paiement de la prime, « *l'assureur a le droit de résilier le contrat dix jours après l'expiration du délai de trente jours [...]* »⁴⁶¹. Le Code de la mutualité précisé également, en son article L. 221-7 alinéa 2 que « *la mutuelle ou l'union a le droit de résilier ses garanties dix jours après l'expiration du délai de trente jours [...]* ». Le Code la sécurité sociale prévoit quant à lui qu' « *à défaut de paiement d'une cotisation dans les dix jours de son échéance et indépendamment du droit pour l'institution de prévoyance d'appliquer des majorations de retard à la charge exclusive de l'employeur et de poursuivre en justice l'exécution du bulletin d'adhésion, du règlement ou du contrat, la garantie ne peut être suspendue que trente jours après la mise en demeure de l'adhérent* »⁴⁶². De même, en vertu de l'article L. 113-12 du Code des assurances, est offerte aux parties la faculté de résilier annuellement le contrat d'assurance de groupe. La loi du 17 mars 2014 a inséré un nouvel article L. 113-15-2 dans le Code des assurances offrant la possibilité aux assurés de résilier « *sans frais ni pénalités les contrats et adhésions tacitement reconductibles* » et ce « *à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la première souscription* »⁴⁶³.

257. Interrogations.- Certaines dispositions du Code des assurances prévoyant des causes de rupture du contrat d'assurance de groupe ont posé quelques difficultés en pratique. Le Code des assurances prévoit en effet que le contrat pourra être entaché de nullité pour fausse déclaration intentionnelle du risque⁴⁶⁴, ou résilié en cas d'absence de mauvaise foi⁴⁶⁵. Si l'on compare ces dispositions du Code des assurances avec l'article 2 de la loi Evin, les

⁴⁶¹ Le délai de trente jours correspond au délai devant s'écouler entre la mise en demeure du salarié de payer la prime non acquittée.

⁴⁶² CSS art. L. 932-9, al. 1^{er}.

⁴⁶³ C. ass. L. 113-15-2, al. 1^{er}.

⁴⁶⁴ C. ass. L. 113-8.

⁴⁶⁵ C. ass. L. 113-9.

interrogations jaillissent. L'article 2 prévoit que l'organisme assureur doit prendre en charge la suite des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat, « *sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration* »⁴⁶⁶. Autrement dit, les sanctions prévues par le Code des assurances en cas de fausse déclaration, au rang desquelles figurent les sanctions prévues aux articles L. 113-8 et L. 113-9, s'appliquent. Cependant, la question s'est posée de savoir si était concernés par la sanction le contrat d'assurance de groupe, véritable contrat-cadre, ou l'ensemble des contrats individuels créés par le biais de la triangulation juridique que constitue l'opération collective d'assurance ? Selon le Professeur Luc Mayaux, il vaut mieux limiter les effets de la nullité ou de la résiliation au seul adhérent auteur de la fausse déclaration⁴⁶⁷. En jurisprudence, les arrêts sont rares en la matière. Relevons toutefois un arrêt de la Première chambre civile relatif à la résiliation d'un contrat d'assurance de groupe après sinistre en application d'une clause contractuelle. La Cour a validé la résiliation du contrat d'assurance de groupe en raison de réalisation d'un sinistre n'ayant atteint qu'un seul des assurés⁴⁶⁸.

258. L'on remarque que la volonté de l'assuré a un rôle majeur dans les causes d'extinction du contrat d'assurance de groupe. Les articles L. 113-3, L. 113-8, L. 113-9 du Code des assurances, L. 221-7 du Code de la mutualité ou encore L. 932-9 du Code de la sécurité sociale tentent de responsabiliser le salarié en le forçant à respecter les obligations spécifiques au contrat d'assurance sous peine de rupture dudit contrat.

§2. La place de l'accord de volonté dans l'extinction du *negotium*

259. Maintien des prestations acquises.- Le contrat d'assurance a la particularité de créer, au cours de son exécution, une période de garantie. Ainsi, la réalisation d'un risque durant cette période octroie au bénéficiaire de la garantie l'indemnisation contractuellement prévue. *Quid* en cas de résiliation du contrat d'assurance de groupe ? Une fois encore, la loi Evin du 31 décembre 1989, et notamment son article 7, viennent au secours du salarié-bénéficiaire puisque celui-ci précise que « *lorsque des assurés ou des adhérents sont garantis*

⁴⁶⁶ Loi n°89-1009 du 31 déc. 1989, art. 2 al. 1^{er}.

⁴⁶⁷ L. MAYAUX, J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, Tome III, 2014, p. 704, n°871.

⁴⁶⁸ Cass. 1^{ère} civ., 20 janv. 1993, *préc.*

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 résiliation ou le non-renouvellement du contrat ou de la convention est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant son exécution »⁴⁶⁹. Il en résulte que dès lors que le fait générateur de la réalisation du risque trouve son fondement pendant la période de couverture, le salarié pourra prétendre à la garantie prévue au contrat. Tel est également cas de l'article 7-1 de cette même loi qui permet aux ayants droit d'un salarié décédé après la résiliation du contrat de percevoir l'indemnisation due au titre de ce contrat, mettant fin à une jurisprudence salvatrice⁴⁷⁰.

260. Article 5.- Cet article de la loi Evin du 31 décembre 1989 organise, en cas de résiliation ou de non-renouvellement du contrat d'assurance, le maintien des garanties contre plusieurs risques. Sont visés, les risques, décès, incapacité de travail, invalidité et ceux portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liée à la maternité. Outre la nécessité de prévoir dans le contrat un préavis applicable à la résiliation ou au non renouvellement, doit être indiqué dans quelle mesure les salariés autrefois bénéficiaires de ce contrat fraîchement rompu vont pouvoir – si le principe même est prévu dans le contrat – bénéficier d'un maintien des garanties au titre d'un contrat d'assurance individuel. Cet article est largement imprégné de l'esprit protecteur de la loi Evin. En effet, si le principe de la continuation en contrat d'assurance individuel est prévu, l'organisme assureur ne pourra conditionner ce nouveau contrat à une période probatoire ou à un questionnaire médical⁴⁷¹.

261. Dans un arrêt du 23 septembre 2004, la Cour de cassation affirme que « *la résiliation régulière du contrat entre l'assureur et le souscripteur d'une assurance de groupe produit, de plein droit, effet à l'égard des adhérents au contrat* »⁴⁷². Cette décision révèle une déformation du droit des contrats : la cessation d'un contrat emporte la cessation de la

⁴⁶⁹ L. n°89-1009 du 31 déc. 1989, art. 7 al. 1^{er}.

⁴⁷⁰ V. notamment Cass. 1^e civ., 22 mai 2001, n°98-17935

⁴⁷¹ L.n°89-1009 du 31 déc. 1989, art. 5.

⁴⁷² Cass. 1^{ère} civ., 23 sept. 2004, n°03-10501, 03-15179.

dizaine, de la centaine voire des milliers d'autres contrats issus de la stipulation de contrat pour autrui.

262. L'on voit à quel point la protection sociale complémentaire constitue une imbrication d'actes juridiques menant le juriste au carrefour de nombreux droits.

263. Conclusion de Chapitre.- Jamais l'accord de volonté n'aura été autant respecté que lors de l'extinction du contrat de travail et du contrat d'assurance de groupe. Le principe de la rupture résulte pratiquement toujours de la volonté de l'employeur, du salarié ou de l'organisme assureur. Les causes peuvent être multiples : démission, licenciement, résiliation de l'employeur-souscripteur ou de l'organisme assureur pour non paiement des primes etc. L'accord reste cependant fragile lorsque doit être évoquée sa place dans les effets de la rupture du contrat. En témoigne le résumé cinglant mais criant de vérité de Madame Le Gac-Pech : « *si la conclusion d'un contrat requiert des qualités sans cesse croissantes, la rupture du lien contractuel devient, elle aussi, un art périlleux tant il apparaît difficile de dénouer des relations engagées* »⁴⁷³.

⁴⁷³ S. Le GAC-PECH, « *Rompre son contrat* », RTD Civ. 2005, p. 223.

Conclusion du Titre 2

264. Après sa mise en place, le régime de protection sociale complémentaire vit. Dépendant de l'environnement qui l'entoure, il subira les événements politiques, économiques et sociaux. Parfois, son juste équilibre le rendra indispensable au point que ses effets seront élargis ou étendus. Parfois, son économie ne reflètera plus la réalité et une adaptation de son acte fondateur ou de son support sera nécessaire. Quand la modification du régime n'est plus possible, vient le temps de son extinction. La volonté des parties semble occuper une place prépondérante en la matière dans la mesure où l'extinction est le résultat d'au moins une volonté.

Conclusion générale

265. « *Liberté, Liberté chérie* »⁴⁷⁴.- Nés ensemble, l'acte fondateur du régime de protection sociale complémentaire et son support, le contrat d'assurance de groupe, ont leurs destinés liés. Si l'un se trouve affecté par événement, l'autre en ressentira les effets. Si l'un s'apprête à expirer, l'autre n'aura plus de raison d'être. La mise en place de ces contrats est exclusive de toute volonté extérieure. Si l'on assiste à la naissance d'un régime de protection sociale complémentaire il est certain que la rencontre entre la volonté de l'employeur et celle du salarié (par l'intermédiaire de leurs représentants si l'on se trouve au niveau de la branche) a eu lieu. La liberté contractuelle chère aux Lumières et aux révolutionnaires est préservée. La récente condamnation des clauses de désignation et de migration par le Conseil des Sages a permis de renforcer la place de cette liberté fondatrice du droit des obligations. Le libéralisme économique trouve dans cette solution un juste rétablissement de la place qui doit être dévolue à la loi : l'Etat ne doit pas pouvoir intervenir dans la société civile sous prétexte de rétablir une égalité sociale au risque d'éradiquer la liberté⁴⁷⁵.

266. Triptyque.- Cependant, la protection sociale complémentaire ne peut uniquement reposer sur la liberté contractuelle. Sa dimension collective ne peut être efficace que si le recours au traditionnel triptyque est assuré : la solidarité, la mutualisation et l'égalité. Pour être certain que ces trois mécanismes guideront le régime, le Législateur a pris les devants en se faisant le régulateur des relations contractuelles et privées. La généralisation de la complémentaire santé en est illustration flagrante. L'intervention des idéologies politiques trouve une place importante dans cette généralisation⁴⁷⁶ et met en exergue à quel point la protection sociale complémentaire, comme la Sécurité sociale avant elle, est le fruit d'un consensus politique de grande ampleur.

⁴⁷⁴ La Marseillaise.

⁴⁷⁵ V. L. HANSEN-LOVE (dir), La philosophie de A à Z, Hatier, 2004.

⁴⁷⁶ Le 20 octobre 2012, le Président Hollande annonçait au Congrès de la mutualité française qu'il souhait « généraliser à l'horizon de 2017 l'accès à une couverture complémentaire de qualité » (V. Lefigaro.fr « *Mutuelles à "généraliser" d'ici 2017* », 20 oct. 2012).

267. Nouveau paradigme.- D'aucuns décrivent la protection sociale complémentaire comme le foyer d'un droit jeune et plein d'ambitions. Le propos est à nuancer. Le développement de la protection sociale fut à la fin du XIXe et au début du XXe pour la France l'élément nécessaire à son développement : des travailleurs en bonne santé et protégés face à la réalisation des risques sociaux constituent les piliers d'un Etat puissant. Cependant, le paradigme de l'économie de masse reposant sur une protection sociale également de masse arrive aujourd'hui à son terme⁴⁷⁷. Cet essoufflement profite au nouveau paradigme : l'économie numérique. Cette nouvelle ère entraîne un bouleversement des relations de travail. Le salariat, même s'il restera certainement le mode de travail le plus répandu, marque un recul face à l'émergence et au développement de l'entrepreneuriat. L'économie numérique permet la création d'une forte valeur ajoutée en très peu de temps ce qui explique l'attraction d'anciens salariés pour ce mode alternatif. Face à ce changement de paradigme, les acteurs de la protection sociale doivent réagir afin d'adapter le modèle devenu obsolète. Les protagonistes de la protection sociale complémentaire ont également la charge de remodeler la prévoyance afin d'inclure dans le système complémentaire les entrepreneurs et les *freelancers*. Pour se faire, il est apparu nécessaire que se dessine une nouvelle force représentative des nouvelles formes d'organisation du travail, à l'image de la *Freelancers Union* aux Etats-Unis représentant les nouveaux acteurs de l'ère numérique. La protection sociale complémentaire, et plus largement la protection sociale, sont mises face à leur destin commun : l'économie numérique. Sauront-elles y faire face ?

⁴⁷⁷ Sur ce changement de paradigme et la nécessité de penser une nouvelle protection sociale adaptée à l'économie numérique, V. www.medium.com spéc. N. COLIN, « *Une protection sociale en phase avec l'économie numérique* ».

Bibliographie

I. Ouvrages généraux

J. BIGOT (dir.), Traité de droit des assurances, Tome III, 2014.

G. CORNU, Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, PUF, 10^e édition, 2014.

J-J DUPEYROUX, M. BORGETTO, R. LAFORE, Droit de la sécurité sociale, Dalloz, 2008.

J. GHESTIN, La formation du contrat, Tome 1 : Le contrat - Le consentement, LGDJ, 4e Edition, 2013.

P. MORVAN, Droit de la protection sociale, Lexis Nexis, 6^e édition, 2013.

P. MORVAN, Restructurations en droit social, Lexis Nexis, 3^e édition, 2013.

P. MOUSSERON, Technique contractuelle, Ed. Francis Lefebvre, 4^e édition, 2010.

P. PIC, Traité élémentaire de législation industrielle – les lois ouvrière, Edition A. ROUSSEAU, 3^e édition, 1909.

F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit civil, Les obligations : Dalloz, 2009.

B. TEYSSIE, Droit du travail, t. 2, Relations collectives : Lexis Nexis, 9^e édition, 2014.

II. Ouvrages spéciaux

M. BIGOT-GONCALVES, Les assurances de groupe, Thèse PUAM, 2009.

J-F CESARO, Le doute en droit privé, Editions Panthéon-Assas, 2001.

Ph. COURSIER, B. SERIZAY, La protection sociale complémentaire en questions, Litec, 2011.

L. DAUXERRE, La représentativité syndicale instrument du dialogue social, Thèse PUAM, 2004.

L. HANSEN-LOVE (dir), La philosophie de A à Z, Hatier, 2004.

P. KLEIN, L'opération de prévoyance, Thèse dactyl. 2011.

J-P LEVY, A. CASTALDO, Histoire du droit civil, Dalloz, 2010.

G. MORIN, La désagrégation de la théorie contractuelle du code, Arch. phil. dr., 1940.

F. TERRE, Y. LEQUETTE, GAJC, Dalloz, 12^e édition, 2008.

B. TEYSSIE, La cause en droit du travail, Ed. Panthéon-Assas 2013.

VOLTAIRE, Traité sur la Tolérance, Gallimard, éd. 2012.

III. Articles

J. BARTHELEMY :

- « *Protection sociale complémentaire : de la conception institutionnelle à la conception assurantielle* », JCP S 2006, 1810.
- « *La libre concurrence à l'épreuve de la solidarité* », Les cahiers du DRH, 2012, n°185.
- « *Le référendum en droit social* », Dr. soc., 1993.
- « *Prévoyance collective. Obligation patronale d'information* », Dr. soc., 1995, p. 399.
- « *Regardes croisés sur les clauses de désignation et de migration* », Les cahiers du DRH, 2012, n°185.
- « *Protection sociale complémentaire. La survie des clauses de désignation* », Dr. soc., 2014, p. 1057.
- « *Restructurations et sort de la protection sociale complémentaire* », Gaz. Pal., 2013 n°234, p. 24 et s.
- « *Extension et élargissement des conventions collectives* », Dr. soc., 1993, p. 359.
- « *Réflexion prospective sur l'extension des accords de protection sociale* », Dr. soc., 2010, p. 182.

V. BERNAUD :

- « *Difficultés et solutions dans l'approche constitutionnelle de la liberté contractuelle en droit du travail* », Dr. soc., 2015, p. 4.

F. BOUCARD :

- « *L'analyse juridique de l'assurance de groupe en matière de crédit* », RGDA, n°2002-03, p. 644.

G. BRIENS :

- « *Le référendum de l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale : une forme d'accord collectif méconnue* », Jurisprudence Sociale Lamy, 2003, n°126.

J-F. CESARO :

- « *Protection sociale d'entreprise et assurance* », Dr. soc., 2006, p. 165.

S. CHOISEZ :

- « *La primauté, en matière de prévoyance complémentaire, de la notion de sinistre sur la notion de fait générateur* », D. 2001, p. 3391.

D. E. COMMARET :

- « *La révision d'un régime de protection sociale complémentaire : parallélisme ou altérité des formes* », Dr. soc., 1999, p. 384.

Ph. COURSIER :

- « *Vive la protection sociale libre* », JCP S 2014, 1002.
- « *Protection sociale complémentaire : trop c'est trop!* », JCP S, 2014, 1413.

X. DELPECHE :

- « *Contrat d'assurance de groupe et stipulation de contrat pour autrui* », D. 2008, p. 1954.

J-J. DUPEYROUX :

- « *Sur les accords collectifs relatifs à la protection sociale complémentaire* », Dr. soc., 1994, p. 820.
- « *Les exigences de la solidarité* », Dr. soc., 1990, 741.

P. DURAND :

- « *Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale* », Dr. soc., 1960, 42.

J. GRIMALDI d'ESDRA :

- « *Nature et régimes juridiques du référendum en droit social* », Dr. soc., 1995 p. 397.

H-J. LEGRAND :

- « *La « mise en cause » d'une convention ou d'un accord collectif... en question* », RTD, 2008, p. 10.

M. LUCAS :

- « *Les enjeux de la protection sociale complémentaire* », Dr. soc., 1986, p. 286.

C. MILLET-URSIN :

- « *Clauses de recommandation d'organisme assureur. Mode d'emploi et questions en suspens* », Semaine Sociale Lamy, 2015, n°1669.

P. MORVAN :

- « *L'étranger codification d'un accord collectif: le hold up de l'ANI sur la mensualisation* », JCP S, 2008, 1266.
- « *Régime de prévoyance, transfert d'entreprise et inexécution d'un engagement unilatéral* », JCP S, 2005, 1371.
- « *Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration* », Dr. soc., 2006, p. 279.
- « *Les transferts d'entreprise et les régimes de protection sociale* », Dr. soc., 2005, p. 772.

H. OUAISSI :

- « *Le devenir des régimes de retraite supplémentaire et de prévoyance lors de fusions d'entreprises* », JCP S, 2006, 1858.

B. PETIT :

- « *Généralisation des complémentaires-santé : une approche davantage "sociale" que "sociétale" ?* », JCP S 2013, 1309.

X. PIGNAUD :

- « *Généralisation de la couverture “frais de santé” et de la portabilité* », JCP S 2013, 1269.

X. PRETOT :

- « *La modification du régime de la protection sociale complémentaire* », D. 1991, p. 155 ;

J. SAVATIER :

- « *Cession d’entreprise et statut collectif des salariés* », Dr. soc., 1993, p. 156.

B. SERIZAY :

- « *La portabilité des droits de protection sociale* », Semaine Sociale Lamy 2008, n°1366, p. 7.
- « *Protection sociale complémentaire : trop c’est trop!* », JCP S, 2014, 1413.

B. TEYSSIE :

- « *La mise en place de la protection sociale complémentaire et le droit du travail* » Dr. soc., 1986, p. 296.

Index Alphabétique

- A**
Accord
 Accord référendaire, 115
 Collectif, 17
 Dénonciation (accord référendaire), 89
 Dénonciation (engagement unilatéral), 90
 Elargissement, 85
 Extension, 81
 Révision, 79
AGIRC, 10, 93
 Cadres, 7
Ancien régime, 12
ARRCO, 8, 10, 93
Assurances sociales, 6
Avantages individuels acquis, 107
- B**
Beveridge, 7
Bismarck, 7
- C**
Capitalisation
 (régime par), 10
Clause
 - de désignation, 28
 - de migration
Comité d'entreprise, 60
Contrat
 D'assurance de groupe, 130
 Effet relatif (du), 12, 19, 119
 Force obligatoire (du), 13, 19
 Rupture (du), 120
- D**
Déclaration des droits de l'homme et
du citoyen, 5
Démocratie, 34
- E**
Egalité de traitement, 32
- G**
Garanties sociales, 18, 20
- L**
Libéralisme économique, 12
Liberté
 - contractuelle, 12, 30
 - d'entreprendre, 28, 52
 - de concurrence, 13
Loi Evin, 9, 10, 127
Loi Veil, 9
- M**
Mutualisation, 14, 29, 52
- P**
Portabilité, 128
- R**
Répartition
 (régime en), 10
Représentativité, 18
Restructuration, 111
Risque social, 6
Risques,
 Courts, 8
 Lourds, 8
Roosevelt, 7
- S**
Sécurité sociale, 6
Solidarité, 13, 29
Stipulation pour autrui, 65, 66
- V**
Volonté,
 Autonomie (de la), 12, 38, 45, 93

Table des matières

INTRODUCTION.....	7
Section 1. L'intérêt de la protection sociale complémentaire.....	8
Section 2. La légitimité de la protection sociale complémentaire	13
TITRE 1. LA PLACE DE L'ACCORD AU TEMPS DE LA FORMATION DES REGIMES DE PROTECTION SOCIALE COMPLEMENTAIRE.....	17
<i>Chapitre 1. L'accord des parties dans l'opération collective d'assurance</i>	<i>18</i>
Section 1. L'accord de volonté présent.....	18
Sous-section 1. L'existence de l'accord de volonté dans l'acte collectif.....	18
§1. La nature ambiguë de l'acte collectif de protection sociale complémentaire... ..	18
I. Les interrogations nées.....	19
II. Les réponses apportées.....	21
A. La solidarité : une réponse appropriée.....	22
B. La réponse du législateur.....	23
§2. Le régime de l'acte collectif de protection sociale complémentaire.....	24
I. Le régime de l'acte collectif de branche.....	24
A. Les conventions collectives orientatrices.....	25
1. Les conventions imposant une cotisation minimale.....	25
2. Les conventions imposant un niveau de couverture.....	26
B. Les conventions collectives directrices.....	27
II. Le régime de l'acte collectif d'entreprise.....	28
A. Les régimes de protection sociale complémentaire voulus.....	28
B. Les régimes de protection sociale complémentaire	29
Sous-section 2. L'existence de l'accord de volonté dans l'accord référendaire.....	33
§1. La rencontre des volontés différée.....	33
§2. La nature ambiguë de l'accord.....	36
I. La qualification de contrat admise.....	36
II. La qualification de contrat critiquée.....	37
Section 2. L'accord de volonté absent	39
Sous-section 1. La volonté contrainte par la loi.....	39
§1. L'indemnisation complémentaire en cas d'accident ou de maladie.....	40
§2. Généralisation de la complémentaire santé.....	42
I. La volonté des parties privilégiées : le recours à l'acte collectif.....	42
II. La volonté des parties évincées : le recours à la décision unilatérale.....	44
Sous-section 2. La décision unilatérale de l'employeur.....	45
§1. La volonté du salarié préservée.....	46
§2. La volonté du salarié sacrifiée.....	47
<i>Chapitre 2. L'accord des parties dans le support de l'opération collective d'assurance.....</i>	<i>49</i>

Section 1. L'accord de l'employeur dans le support de l'opération de prévoyance.....	51
Sous-section 1. L'accord entre l'employeur et l'assureur.....	51
§1. Accord et choix du cocontractant.....	52
§2. Accord et contenu du contrat d'assurance.....	54
I. La prédétermination légale issue du droit des assurances.....	54
II. La prédétermination légale issue du droit de la protection sociale complémentaire.....	55
A. La prédétermination légale commune à tous les contrats d'assurance de group.....	56
B. La prédétermination légale fluctuante selon la qualité du gestionnaire.....	58
Sous-section 2. L'information du bénéficiaire par le souscripteur.....	60
§1. L'information délivrée au salarié.....	60
§2. Le contrôle social du comité d'entreprise.....	62
Section 2. L'accord du salarié dans le support de l'opération de prévoyance.....	63
§1. L'accord de volonté du salarié nécessaire : le régime à adhésion facultative.....	64
§2. L'accord de volonté du salarié évincé : le régime à adhésion obligatoire.....	65
I. La stipulation pour autrui.....	66
II. La stipulation de contrat pour autrui.....	68

**TITRE 2. LA PLACE DE L'ACCORD AU TEMPS DE L'APPLICATION DES
REGIMES DE PROTECTION SOCIALE COMPLEMENTAIRE.....74**

<i>Chapitre 1. La place de l'accord de volonté au temps de l'exécution du régime de protection sociale complémentaire.....</i>	<i>75</i>
Section 1. La place de l'accord de volonté dans l'évolution de l'opération collective d'assurance.....	75
Sous-section 1. La place de l'accord de volonté dans l'évolution de l'acte collectif...75	75
§1. La révision de l'acte collectif	76
I. Les causes de l'évolution de l'acte collectif.....	76
II. Les modalités de l'évolution de l'acte collectif.....	79
§2. Le développement de l'acte collectif.....	81
I. L'extension de l'acte collectif.....	82
II. L'élargissement de l'acte collectif.....	85
Sous-section 2. La place de l'accord de volonté dans l'évolution des autres actes normatifs.....	87
§1. L'évolution de l'acte référendaire.....	87
§2. L'évolution de la décision unilatérale.....	89

Section 2. La place de l'accord de volonté dans l'évolution du support de l'opération collective d'assurance	91
Sous-section 1. L'accord de volonté malmené cas de résiliation du contrat d'assurance	92
Sous-section 2. L'accord de volonté malmené dans les effets de résiliation du contrat d'assurance.....	94
§1. Le maintien des prestations.....	94
§2. Le maintien des garanties.....	99
<i>Chapitre 2. La place de l'accord de volonté au temps de l'extinction du régime de protection sociale complémentaire.....</i>	<i>101</i>
Section 1. La place de l'accord en cas d'extinction de l'opération collective d'assurance.....	101
Sous-section 1. La place de l'accord en cas d'extinction de l'acte collectif.....	102
§1. Accord de volonté et dénonciation.....	102
I. L'accord de volonté disparu.....	102
A. Les caractéristiques de la dénonciation.....	102
B. Les modalités de la dénonciation.....	104
II. L'accord de volonté recherché	106
A. La recherche d'un accord de substitution.....	106
B. Le risque des avantages individuels acquis.....	107
§2. Accord de volonté et mise en cause.....	110
I. La préexistence d'un régime de protection sociale complémentaire.....	111
II. la coexistence de deux régimes de protection sociale complémentaire.....	112
Sous-section 2. La place de l'accord en cas d'extinction des autres actes normatifs.....	114
§1. La place de l'accord en cas d'extinction de l'accord référendaire.....	114
§2. La place de l'accord en cas d'extinction de l'engagement unilatéral.....	116
Section 2. La place de l'accord en cas d'extinction de l'assurance de groupe	119
Sous-section 1. La place de l'accord dans l'extinction du lien individuel entre l'employeur et le salarié.....	119
§1. Les causes de l'événement affectant le lien individuel entre l'employeur et le salarié.....	119
I. La sortie du régime par cessation du lien individuel.....	120
A. La rupture du lien contractuel entre l'employeur et le salarié.....	120
B. Le défaut de paiement des primes.....	122
II. La sortie du périmètre sans cessation du lien individuel.....	124
§2. Les conséquences de l'événement affectant le lien individuel entre l'employeur et le salarié.....	126
I. L'impact de la loi Evin du 31 décembre 1989 en cas de rupture du contrat de travail.....	126

II. L'impact de l'ANI du 11 janvier 2008 en cas de rupture du contrat de travail.....	128
Sous-section 2. La place de l'accord dans l'extinction du support de l'opération collective d'assurance.....	130
§1. La place de l'accord du salarié dans l'extinction de l' <i>instrumentum</i>	130
I. Les causes d'extinction de l' <i>instrumentum</i> issues du droit civil.....	130
II. Les causes d'extinction de l' <i>instrumentum</i> issues du droit des assurances.....	132
§2. La place de l'accord de volonté dans l'extinction du <i>negotium</i>	133
Conclusion générale.....	137