

PROTECTION SOCIALE D'ENTREPRISE

ÉTAT DES LIEUX ET PERSPECTIVES

Vincent ROULET*

* Maître de conférences à l'Université de Tours

Septembre 2013

Recherche effectuée dans le cadre d'une convention conclue
entre l'Institut de Recherches Économiques et Sociales (IRES) et la CFE-CGC

SOMMAIRE

INTRODUCTION	7
CHAPITRE LIMINAIRE. PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE LA PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE	13
<i>Section 1. L'objet de la protection sociale complémentaire</i>	13
§1. Les personnes concernées	13
§2. Les garanties concernées.....	13
<i>Section 2. La mise en œuvre de la protection sociale complémentaire</i>	15
§1. Les employeurs et les salariés	16
§2. Les employeurs et les organismes assureurs.....	18
CHAPITRE 1. LA RÈGLE DE DROIT	21
<i>Section 1. La construction de la règle de droit</i>	21
§1. La construction formelle.....	21
§2. La construction intellectuelle.....	28
<i>Section 2. La qualité de la règle de droit</i>	30
§1. Le droit du travail.....	30
§2. Le droit de l'assujettissement.....	33
CHAPITRE 2. L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT	37
<i>Section 1. L'émergence de l'égalité de traitement en droit du travail</i>	37
§1. Le fondement de l'égalité de traitement.....	37
§2. La portée de l'égalité de traitement.....	38
<i>Section 2. L'égalité de traitement en droit de la protection sociale d'entreprise</i>	39
§1. La loi n° 2003-775 du 21 août 2003.....	40
§2. La doctrine administrative	40
§3. Le décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012	44
§4. Les décisions de la Cour de cassation du 13 mars 2013	45
§5. La fin de l'histoire	49
CHAPITRE 3. IMPOSITION ET ASSUJETTISSEMENT À CHARGES SOCIALES	53
<i>Section 1. La réduction des avantages sociaux et fiscaux</i>	54
§1. Le constat.....	54
§2. Les conséquences.....	54
<i>Section 2. La réalité des avantages sociaux et fiscaux</i>	55
§1. La diversité des règles d'assujettissement.....	55
§2. L'efficacité des règles d'assujettissement	60

<i>Section 3. Pour une « vraie » politique sociale et fiscale</i>	61
§1. Le choix du levier fiscal et social	61
§2. La permanence du levier fiscal et social	63
CHAPITRE 4. LA PRISE EN COMPTE DE LA MOBILITÉ PROFESSIONNELLE	65
<i>Section 1. Les maintiens des prestations</i>	66
<i>Section 2. Les maintiens des garanties</i>	67
§1. L'article 4 de la loi Évin.....	67
§2. L'article 14 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008	69
§3. Les articles 1 ^{er} et 2 ^e de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013	71
§4. La loi relative à la sécurisation de l'emploi	72
§5. Les améliorations nécessaires	73
CHAPITRE 5. LES CLAUSES DE DÉSIGNATION	77
<i>Section 1. Aperçu historique</i>	77
§1. La diversité des clauses de désignation	77
§2. La licéité des clauses de désignation au regard du droit de l'Union européenne	78
§3. La licéité des clauses de migration au regard du droit interne	79
<i>Section 2. Utilités et inconvénients des clauses de désignation</i>	80
<i>Section 3. Avenir des clauses de désignation et de migration</i>	82
§1. Le frémissement du droit de la désignation	82
§2. Les hésitations du droit de la désignation	85
<i>Section 4. La disparition des clauses de désignation et de migration</i>	87
BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE	90

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

art.	Article
CA	Arrêt de cour d'appel
CE	Décision du Conseil d'État
Civ. 1 ^{re}	Arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 2 ^e	Arrêt de la seconde chambre civile de la Cour de cassation
Civ. 3 ^e	Arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
C.	Code
C. séc. soc.	Code de la sécurité sociale
C. trav.	Code du travail
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
Comp.	Comparer
Cons. Cons.	Décision du Conseil constitutionnel
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
Dr. soc.	Droit Social
éd.	Édition
JCP	Juris-classeur périodique, édition générale
JCP E	Juris-classeur périodique, édition entreprise
JCP S	Juris-classeur périodique, édition sociale
obs.	Observations
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
ss. dir.	Sous la direction de
SSL	Semaine sociale Lamy
p.	Page
préf.	Préface
Plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
RDSS	Revue de droit sanitaire et social

INTRODUCTION

AVERTISSEMENT

Les quelques pages qui suivent sont suffisamment remplies d'observations techniques, de constats pratiques, d'énumération de jurisprudence, pour que l'introduction – n'est-ce pas là son office ? – soit consacrée à resituer la protection sociale d'entreprise actuelle dans son histoire et dans son environnement juridique. Il ne s'agit pas, à proprement parler, de retracer les grandes étapes de son évolution ni de compiler les « grandes » dates qui l'ont marquée. Il s'agit, plus simplement mais, aussi, de manière plus personnelle, d'exposer les lignes de force qui marquèrent l'activité et la matière ces dernières années puis d'en esquisser l'avenir.

La protection sociale d'entreprise est, d'abord, un phénomène sociologique. Se déployant dans le temps, elle acquit peu à peu une dimension historique. Il y aurait quelque artifice (quoique beaucoup d'intérêt) aujourd'hui, alors que s'amoncellent les difficultés techniques et financières, à peindre longuement l'histoire de la protection sociale et, plus spécifiquement, de la protection sociale d'entreprise.

Faut-il nécessairement remonter aux légions romaines, aux corporations et autres jurandes, ou à la marine de l'ancien régime pour saisir l'empreinte de la matière sur notre société actuelle ? Rien n'est moins sûr. Certains traits cependant, bien qu'anciens, marquent encore le paysage ; les souligner permet d'enrichir une approche technique, désincarnée, de la matière. Des constantes historiques dont l'importance rejailit aujourd'hui, deux doivent être soulignées : le corporatisme d'une part, l'initiative des bénéficiaires – des individus ou des groupes que ceux-ci constituent – d'autre part. L'un et l'autre, au demeurant, sont étroitement liés (1).

LE CORPORATISME

La protection sociale – ou ses ébauches – a toujours été une activité corporatiste. La sécurité sociale « universelle » est un droit fondamental partout reconnu ; elle est globalement réalisée en France, mais n'est pas une réalité juridique. Le XIX^e siècle vit l'essor mutualiste ; se renouvela le lien étroit existant entre l'activité productrice et la protection dont bénéficiaient les travailleurs sous l'Ancien Régime ; ce lien se renforça encore par le recours de la France au modèle Bismarckien. Le XX^e siècle ne s'émancipa guère de l'Histoire. La création de la Sécurité sociale à la Libération, en dépit de l'espoir qu'elle portait, céda à la puissante idée corporatiste (2) : les « régimes » se multiplièrent, segmentés par professions ou degrés hiérarchiques : les médecins séparés des infirmières, les cadres séparés des autres salariés. L'universalisation de la sécurité sociale fut un amoncement, une accumulation de régimes distincts aux bénéficiaires propres, non la réunion d'une population sans cesse élargie au sein d'un même espace de mutualisation. La tendance lourde ne se démentit qu'à mesure que naissaient puis enflaient les difficultés financières. Encore dans la plupart des cas les difficultés furent voilées ; les transferts financiers évitèrent la

(1) « *Le plan de sécurité sociale ne tend pas uniquement à l'amélioration de la situation matérielle des travailleurs, mais surtout à la création d'un ordre social nouveau dans lequel les travailleurs aient leurs pleines responsabilités* » (F.-X. Merrien, *États-providence : l'empreinte des origines*, in *Revue Française des affaires sociales*, n° 3, juillet-septembre 1990, p. 53, cité par B. Palier, *Gouverner la sécurité sociale*, Puf 2005, p. 74).

(2) « Le désir de respecter les situations privilégiées de certaines professions, la résistance opposée par les travailleurs indépendants à leur incorporation dans le régime général de la sécurité sociale, les particularismes du monde agricole ont fait multiplier les régimes spéciaux. Une liste exagérément longue de ces régimes réunit, entre autres, les agriculteurs et les gens de mer, les travailleurs des mines et les cheminots, le personnel de la banque de France ou du Crédit Foncier et celui des industries électriques et gazières, le personnel des théâtres nationaux et les fonctionnaires, les étudiants et le personnel des assemblées parlementaires, les clercs de notaires et les Forts des Halles ! L'assurance vieillesse est formée d'un ensemble de législations où voisinent régime normal et régimes spéciaux, régimes complémentaires, tantôt obligatoires, tantôt facultatifs, régimes des salariés et des non-salariés, régimes des professions industrielles, commerciales libérales et agricoles » (P. Durand, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, D. 1953, p. 125 ; rééd. Dalloz 2005, préf. X. Prétôt).

fusion des régimes ; aux yeux des assurés, l'essentiel était sauf : aucun changement, aucune disparition du caractère propre à une profession de tel ou tel système de protection sociale. Le mouvement afférent à la sécurité sociale s'étendit par capillarité à la protection sociale d'entreprise où il devait s'épanouir : n'est-il pas de l'essence des garanties collectives d'entreprise que d'être corporatistes ? Le corporatisme ne demeura pas confiné à l'entreprise. Il en franchit les frontières pour saisir non le lieu mais l'activité de production : les branches jouent un rôle essentiel dans la mise en œuvre des garanties collectives (3) et il n'est pas écrit qu'il en aille différemment demain (4).

La segmentation verticale, par secteur d'activité, n'est pas la seule qui caractérise la protection sociale. Depuis la Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947, la protection sociale complémentaire demeure marquée par une segmentation horizontale : les salariés ne sont pas « uns » ; ils sont multiples. En leurs rangs, des divisions sont opérées à raison de la volonté même des assurés, volonté consacrée par le législateur (5) et, pour un temps encore, protégée par la Cour de cassation : « *en raison des particularités des régimes de prévoyance couvrant les risques maladie, incapacité, invalidité, décès et retraite, qui reposent sur une évaluation des risques garantis, en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle, prenant en compte un objectif de solidarité et qui requièrent dans leur mise en œuvre la garantie d'un organisme extérieur à l'entreprise, l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre les salariés relevant d'une même catégorie professionnelle* » (6).

L'État, au demeurant, reconnaissait amplement le rôle essentiel des professions et des entreprises dans le déploiement de la protection sociale complémentaire : non seulement il admettait que celles-ci s'y consacrent (7), mais encore il les y encourageait fortement, notamment au moyen d'obligations de négocier (8).

Le corporatisme ne mériterait pas d'être ainsi longuement évoqué s'il ne levait pas le voile sur une certaine idée que la société a d'elle-même et s'il ne se trouvait aujourd'hui mis à mal à la fois par la remise en cause du pouvoir des branches professionnelles et par la montée en puissance du principe d'égalité de traitement (9). Les deux thèmes, hautement d'actualité, sont trop souvent envisagés par et pour eux-mêmes. Au regard du droit de l'Union, au regard de plus ou moins vagues principes constitutionnels (10), le législateur, le pouvoir réglementaire et les partenaires sociaux bouleversent une tradition plusieurs fois séculaire de la société française.

Que celle-ci soit mauvaise, qu'elle appelle à être renversée, est une chose de laquelle chacun peut débattre. Mais que l'abandon de cette tradition, quoiqu'un temps retardé par la Cour de cassation, ne se réalise en conscience témoigne d'une certaine ignorance. Les défenseurs de la norme nouvelle, convaincus que le droit et les mœurs naissent des principes plutôt que les principes se forment à l'aune des mœurs et du droit déchanteront. Que tombe aujourd'hui le pouvoir de la branche, que soient abolies demain les différences catégorielles, ils renaîtront bien vite, sous de nouveaux habits juridiques, parées de nouvelles vertus sociales.

Par essence, la protection sociale, est un au-delà, un complément aux garanties « de base », offertes – imposées – par l'État tenu de s'accomplir lui-même en assurant le maintien de l'ordre public. De « *panem et circenses* » à Bismarck, une fonction commune : l'achat de la paix sociale. Autrefois financée par la fortune du dirigeant, aujourd'hui financée par le revenu du dirigé, toujours la fourniture de garanties sociales minimales releva

(3) À mi-chemin du constat objectif et la provocation, il sera relevé que, sous l'ancien régime, ce n'est pas l'employeur (le maître) qui assurait la subsistance aux salariés (compagnons et apprentis), mais la corporation (la branche).

(4) V., à ce propos, l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 (articles 1 et 2) qui reconnaît aux branches un rôle prépondérant en matière de protection sociale d'entreprise puis la loi relative à la sécurisation de l'emploi.

(5) Le droit de la représentation collective souligne suffisamment le soin que le législateur prend à distinguer des « classes » parmi les salariés.

(6) Soc., 13 mars 2013, trois espèces, n° 11-20.490, 10-28.022, 11-23.761.

(7) Code de la sécurité sociale, article L. 911-1.

(8) Code du travail, article L. 1242-11 ; article L. 3334-3.

(9) En dépit des décisions précitées de la Cour de cassation du 13 mars 2013, le droit positif témoigne de la vive montée en puissance de l'égalité de traitement, y compris en matière de protection sociale d'entreprise : v. Décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012 ; accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013.

(10) Est ici directement visé le principe d'égalité de traitement.

de la mission de l'État. Devoir de celui-ci, elle est également un droit. Celui d'organiser un dispositif général de protection sociale, fut-il contraignant. Et tant le devoir que le droit sont consacrés par le droit interne, le droit de l'Union européenne et le droit international.

Encore le rôle de l'État cesse-t-il (doit-il cesser ?), lorsque le nécessaire est assuré. Est-il seulement tolérable, moralement et socialement, qu'une activité étatique contraignante s'étende au-delà ?

De longues années durant, la protection sociale d'entreprise échappa à l'emprise étatique. Tout au plus bénéficia-t-elle de normes incitatives dont l'objet était de faciliter ou d'encourager – non de contraindre ou d'encadrer – l'opération d'assurance développée au profit des salariés. Le législateur, habile, parvenait même à créer une règle qui, tout en témoignant d'une « préférence » étatique, servait le marché (11).

Le vent tourna ; l'horizon s'assombrit. Les régimes de base – voire les régimes complémentaires – marquèrent quelques signes de faiblesse à mesure qu'enflaient les difficultés financières. L'État entreprit de s'approprier la protection sociale d'entreprise. Celle-ci n'était plus l'instrument des individus ou des groupes sociaux, le supplément de sécurité et de confort auquel le travail donne droit, mais l'auxiliaire dévoué de l'État dans sa mission de maintien de l'ordre public que ne peuvent, seuls, réaliser désormais les régimes de base. Alors la liberté s'estompe : les garanties et les bénéficiaires sont encadrés (12), la souscription imposée (13). La protection sociale d'entreprise change de visage. Elle n'est plus la prévoyance (ou le moyen de celle-ci) dont chacun a le devoir moral de faire preuve. Elle n'était plus une vertu, mais une obligation, juridiquement sanctionnée (14). Elle n'était plus un acte de raison né d'un commun accord entre les salariés et l'employeur, mais l'exécution d'une obligation légale ; en d'autres termes, et quoique les sommes ne transitassent pas dans les caisses de l'État, elle devient impôt (15).

Toutefois, les salariés les plus aisés ne se contenteront jamais du « nécessaire » aux yeux de l'État. Que les circonstances économiques leur en donnent l'occasion, ils s'organiseront, comme ils le firent en 1947, et amélioreront la protection dont ils bénéficient afin de traduire, dans leur vie personnelle, la particularité qui est leur (ou qui leur paraît telle) dans la vie professionnelle. Que l'ensemble des salariés d'une entreprise soient uniformément couverts, le cadre, disposant de meilleurs revenus, cherchera de meilleures garanties. Et parce qu'il dispose des moyens politiques, économiques et culturels pour y parvenir, il obtiendra, à terme, la reconnaissance de cette spécificité (16). Alors que l'époque traduit davantage une tendance à l'uniformisation, il ne faut pas douter qu'à échéance de quelques années le même besoin de spécificité réapparaisse. La seule question, la seule difficulté étant de trouver le fondement juridique propre à faire émerger, contre le principe d'égalité de traitement, le droit à la spécificité.

Ce constat d'une classe « en avance » est-il moralement condamnable, politiquement blâmable ou juridiquement contestable lorsque l'avance en question a trait à la protection la plus essentielle de la personne, à l'accès au soin ou à la dignité humaine ? De fait, il est difficile de ne pas ressentir quelque malaise moral à la lecture des décisions de la Cour de cassation du 13 mars 2013 justifiant par l'idée de solidarité l'octroi aux cadres de meilleures garanties décès, invalidité et frais de santé : comment justifier par la « solidarité » que l'employeur finançât intégralement le régime offert aux cadres mais n'assumât que soixante pour cent du coût du régime bénéficiant aux ouvriers et employés (17) ?

(11) La loi n° 89-1009 renforce la sécurité des assurés ; partant, elle est une incitation à la souscription de garanties collectives. Mais, en même temps, elle améliore les conditions de fonctionnement du marché de l'assurance collective.

(12) Pour les garanties : loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites et loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

(13) Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013.

(14) « La prévoyance n'est pas une science ou un art comme la prévision ou la prospective, mais d'abord une vertu » (G. Lyon-Caen, La prévoyance, Dalloz 1994, p. 1).

(15) Alors est abandonnée la « liberté subsidiée » qui laisse aux travailleurs la liberté de s'assurer ou de s'en abstenir mais garantit à ceux-ci qu'ils bénéficieront de l'aide de l'État s'ils s'assurent. « Ce système a l'intérêt de sauvegarder la liberté individuelle et d'inciter à la prévoyance, tandis que l'assurance obligatoire peut avoir l'inconvénient de supprimer l'initiative et l'effort » (P. Durand, La politique contemporaine de sécurité sociale, D. 1953, p. 67 ; rééd. Dalloz 2005, préf. X. Prétôt).

(16) Alors même que les avantages catégoriels sont aujourd'hui menacés, il faut admirer la maestria avec laquelle réapparait la notion de « taux de remplacement » qui permet aux salariés disposant des meilleurs revenus de bénéficier des meilleures couvertures.

(17) Soc., 13 mars 2013, n° 11-20.490.

S'en tenir à ce sentiment, à cet *a priori*, serait cependant mal rendre compte d'une réalité appréhendée dans le temps. Peu important le jugement de valeur porté sur le phénomène, la classe (la catégorie) « en avance » est un moteur, un facteur de progrès. Non à raison de la « sagesse » de cette classe (cette catégorie), mais à raison du fait qu'ayant plus tôt satisfait les besoins les plus élémentaires, elle est la première à ressentir le besoin nouveau (et la première à pouvoir y faire face). La construction de la retraite complémentaire en témoigne. Faut-il d'autres exemples ? L'article 111 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites ; le décret du n° 2012-25 du 9 janvier 2012 ; les dispositions de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013. Depuis 1947, la protection sociale complémentaire des salariés non-cadres se construit, en fait puis en droit, en miroir de la protection sociale des cadres, ceux-là ayant toujours une avance sur ceux-ci.

S'ils se privaient des avantages catégoriels, le droit du travail et le droit de la protection sociale d'entreprise se priveraient également d'un formidable moteur.

Corollaire du corporatisme, la mise en place des garanties est, le plus souvent (toujours ?) le fruit du travail des représentants des collectivités. À des personnes extérieures – à l'État – incombe la protection minimale, objective ; aux collectivités organisées d'instituer les garanties correspondant à leurs besoins intersubjectifs (besoins collectifs), en fonction de leurs ressources spécifiques. Pour ces raisons, l'État fut chassé de la mise en place des garanties complémentaires. Aux partenaires sociaux de la branche ou de l'entreprise, aux salariés, à l'employeur de décider du moment de la mise en place, de la forme, du coût de ces garanties ; l'État de n'intervenir que pour appuyer (arrêté d'extension) ou pour s'approprier et généraliser les innovations nées de la relation privée de travail (retraites complémentaires). Le dialogue des « forces vives » et de l'État se perpétue depuis le milieu du XIX^e siècle jusqu'à nos jours.

Une telle organisation permet la conciliation de la liberté et du besoin en même temps que la prise en considération de l'évolution de celui-ci.

D'abord, sauf à reconnaître à l'État un rôle que nous ne saurions lui reconnaître, il ne lui incombe pas d'intervenir au-delà des exigences de l'ordre public. Par nature son rôle est cantonné aux garanties minimales, à celles que l'ordre social reconnaît comme nécessaires pour assurer une vie, physiquement et intellectuellement, digne. Au-delà, doit régner la liberté ; l'esprit d'indépendance et de responsabilité des individus et des groupements qui portent leurs aspirations communes.

Le cantonnement de l'État ne signifie pas que, les années passant, son emprise ne se renforce pas. Les exigences les plus élémentaires relatives à la santé, à la vieillesse, c'est-à-dire à la dignité humaine évoluent avec le temps. Le besoin se renforce ; s'étend l'espace de l'ordre public ; croît le rôle de l'État. Cet accroissement toutefois ne doit pas conduire à l'absorption des dispositifs mis en place par les personnes privées, individus et groupements, mais à un décalage de ces dispositifs de sorte que la protection globale augmente, non qu'elle change de nature et, de partiellement privée, devienne complètement publique.

Aussi est-ce avec un certain scepticisme qu'est constaté l'accroissement ininterrompu de l'espace de contrainte, sans que soit, en même temps, ménagé, si ce n'est encouragé, un espace de liberté. Lorsque le législateur élève les prélèvements sociaux, lorsque l'administration impose fiscalement et socialement l'extension permanente des garanties et non des cotisations, lorsque les partenaires sociaux, non dans les entreprises ou dans les branches, mais aux niveaux interprofessionnel et national, exigent la généralisation des garanties collectives, lorsque, parallèlement, le revenu disponible pour une couverture supplémentaire (libre) s'épuise ou s'avère insuffisant tandis que sont inexistantes les aides au financement de celle-ci, se réalise une étatisation injustifiée de la protection sociale. Laquelle se prolonge encore lorsque l'État précise, si minutieusement, les garanties qui doivent être souscrites et les formes que celles-ci doivent revêtir.

Avec surprise est pourtant constaté le phénomène, tant celui-ci se réalise à l'encontre d'une politique « libérale », laissant toute sa place à la libre initiative individuelle du salarié et de l'employeur ou à l'encontre d'une politique de démocratie sociale dans laquelle les corps intermédiaires jouent un rôle déterminant. Et puisque doit entrer en vigueur l'esprit, à défaut de la lettre, de l'accord national interprofessionnel du 13 janvier 2013, la place effectivement réservée à l'initiative individuelle comme celle laissée aux partenaires sociaux deviennent bien résiduelles.

S'il est permis de débattre de la question de savoir si, historiquement, les « avancées sociales » furent le fait d'individus isolés (patron, ouvriers) ou organisés (organisations

patronales, syndicats), il paraît bien acquis que l'État n'a jamais eu – du reste il n'y a pas prétendu – un rôle créateur. À entraver individus ou corps intermédiaires, il est à craindre que la protection sociale d'entreprise se fige peu à peu, qu'elle ne créée plus. Du reste, la question de la prise en charge de la dépendance est un bon exemple du frein aujourd'hui constaté. Alors que les salariés sont convaincus du besoin et que les entreprises, dans une certaine mesure, sont prêtes à s'y engager, aucune évolution ne se fait sentir. Trop occupés à régir l'existant, assaillis de contraintes qui, vraisemblablement, se feront également sentir sur le risque nouveau qu'on leur propose de couvrir, salariés et entreprises ne bougent guère. L'État non plus.

Il est frappant de voir quelle différence marque la prévoyance par rapport aux autres domaines du droit du travail. Alors que, précisément, l'autonomie des partenaires sociaux se renforce partout ailleurs, alors que les entreprises et les représentants des salariés au sein de celles-ci acquièrent le droit de se saisir de domaines jusque-là réservés à l'État ou aux branches, le mouvement est inversé en matière de protection sociale d'entreprise.

Libre à chacun de partager ces craintes ou, au contraire, de voir dans la tendance actuelle une réponse adaptée aux besoins des citoyens. L'essentiel n'est pas dans le jugement qui sera porté, mais dans un second constat. Cette politique, cette tendance, est le fruit d'une conjonction de faits, une réunion de circonstances non le fruit d'une volonté délibérée, consciente. Ainsi faisant, la protection sociale complémentaire ne se construit pas ; elle subit. Elle n'est pas la réponse à un besoin mais une variable d'ajustement.

TABLEAU N° 1
Gradation des obligations de négociier et de mise en place :
de l'encouragement à la contrainte étatique pesant sur les partenaires sociaux

Article	Texte
C. trav., art. L. 2242-11	Lorsque les salariés ne sont pas couverts par un accord de branche ou par un accord d'entreprise définissant les modalités d'un régime de prévoyance maladie, l'employeur engage chaque année une négociation sur ce thème.
C. trav., art. L. 2241-8	Les organisations liées par une convention de branche ou, à défaut, par des accords professionnels se réunissent, une fois tous les cinq ans, pour engager une négociation sur l'institution d'un ou plusieurs plans d'épargne interentreprises ou plans d'épargne pour la retraite collectifs interentreprises lorsqu'il n'existe aucun accord conclu à ce niveau en la matière
C. trav., art. L. 3334-3	L'entreprise qui a mis en place un plan d'épargne d'entreprise depuis plus de trois ans ouvre une négociation en vue de la mise en place d'un plan d'épargne pour la retraite collectif ou d'un contrat mentionné au b du 1 du I de l'article 163 quater viciés du code général des impôts ou d'un régime mentionné au 2° de l'article 83 du même code.
Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010, art. 111	<p>I. – Un régime de retraite supplémentaire à prestations définies répondant aux caractéristiques des régimes mentionnés au premier alinéa du I de l'article L. 137-11 du code de la sécurité sociale réservé par l'employeur à une ou certaines catégories de ses salariés ou aux personnes visées au deuxième alinéa de l'article L. 3323-6 et au troisième alinéa de l'article L. 3324-2 du code du travail ne peut être mis en place dans une entreprise que si l'ensemble des salariés bénéficie d'au moins un des dispositifs suivants :</p> <p>1° Plan d'épargne pour la retraite collectif prévu au chapitre IV du titre III du livre III de la troisième partie du code du travail ;</p> <p>2° Régime de retraite supplémentaire auquel l'affiliation est obligatoire et mis en place dans les conditions prévues à l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale.</p> <p>II. – Lorsqu'un régime de retraite supplémentaire mentionné au premier alinéa du I existe dans l'entreprise à la date de promulgation de la présente loi, cette entreprise est tenue de mettre en place, au plus tard le 31 décembre 2012, pour l'ensemble de ses salariés, l'un des dispositifs prévus par les 1° et 2° du même I, sauf si le régime n'accueille plus de nouvelles personnes adhérentes à compter de sa date de fermeture lorsque celle-ci est antérieure à la promulgation de la présente loi.</p>

<p>–</p> <p>ANI du 11 janvier 2013, art 1.</p>	<p>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 [...]</p> <p>À défaut d'accord de branche signé avant le 1^{er} juillet 2014, et afin de parvenir à l'objectif de généralisation fixé au 1^{er} paragraphe du 1^o du présent article, les entreprises non couvertes relevant de telles branches ouvriront des négociations dans le cadre de l'obligation annuelle de négocier sur la prévoyance prévue à l'article L. 2242-11 du code du Travail.</p> <p>b) À défaut d'accord d'entreprise, les entreprises visées au premier paragraphe du 2^o seront alors tenues, au plus tard à compter du 1^{er} janvier 2016, de faire bénéficier leurs salariés d'une couverture collective de frais de santé [...].</p>
--	--

La vive émergence de nouveaux principes que notre droit n'ignorait pas parfaitement mais qu'il contenait dans des limites certaines explique en premier lieu cette tendance. L'égalité de traitement, contraint à la généralisation et à l'uniformisation des avantages. L'accroissement des besoins de financement des régimes de base conduit à limiter les prestations servies par ceux-ci, à faire supporter pour partie ce retrait aux régimes supplémentaires et à limiter les avantages sociaux et fiscaux reconnus à l'initiative individuelle ou collective. Les difficultés financières de l'État renforcent ce dernier effet.

À ces causes directes s'ajoutent des causes conjoncturelles. La protection sociale complémentaire est vue, y compris par les partenaires sociaux, comme une variable d'ajustement des échanges et des équilibres entre employeurs et salariés. S'ils ne proposent aucune ligne directrice, aucune perspective propre à ce domaine, ils n'hésitent pas s'en servir pour parvenir, sur d'autres thèmes, à des accords. Les accords nationaux interprofessionnels de 2008 et de 2013 démontrent à quel point la protection sociale d'entreprise est bien davantage un moyen qu'une fin.

La conséquence directe de cette élaboration de la protection sociale d'entreprise est que celle-ci fait l'objet de normes éparses, différentes par leur objet et leur finalité. Immédiatement, l'imprécision de la norme, son inapplicabilité aux circonstances de fait qu'elle prétend régir, son incohérence et, partant, son imprécision, se ressentent fortement et, si curieux que cela paraisse, s'avèrent être un frein au développement de la protection sociale d'entreprise.

Tel sera l'objet du présent rapport. Démontrer au travers d'une série de thèmes d'actualité les avantages que présente la protection sociale complémentaire et qui méritent que celle-ci soit conservée mais souligner les difficultés, souvent purement normatives, que l'accumulation de normes éparses, trop rapidement et trop isolément adoptées, a fait naître.

Aussi, n'est-ce pas de manière séparée, mais ensemble, que doivent être lues et comprises les observations qui suivent. Que certains thèmes, immédiatement proposés aux praticiens de la protection sociale d'entreprise et auxquels organismes assureurs, partenaires sociaux et salariés sont confrontés au quotidien soulèvent spécialement des difficultés est une chose. Isolément, une à une, ces difficultés doivent être traitées ; il en va de l'efficacité de la protection sociale d'entreprise.

D'avantage, ces difficultés, non plus segmentées mais réunies, mises bout-à-bout les unes aux autres, éclairent la seule question qui, socialement, est importante. Réunis, la médiocre qualité de la loi (Chapitre 1), l'emprise de l'égalité de traitement (Chapitre 2), les conditions d'assujettissement et d'imposition du financement (Chapitre 3), l'appréhension des parcours et de la mobilité professionnelle (Chapitre 4) et le rôle des branches au moyen de feues les clauses de désignation (Chapitre 5) dessinent ensemble la situation actuelle de la protection sociale d'entreprise mais, surtout, esquissent ce qu'en sera l'avenir.

Ces développeront suivront une courte présentation générale de la protection sociale complémentaire et de son organisation (Chapitre liminaire).

CHAPITRE LIMINAIRE

PRÉSENTATION GÉNÉRALE DE LA PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE

Résumé. – *La protection sociale complémentaire permet aux salariés, avec l'aide de l'État, de souscrire une couverture en complément de celles fournies par la sécurité sociale. Cette couverture est mise en place en collaboration avec l'employeur qui fait appel, le plus souvent, à un organisme assureur. Naît un rapport unissant trois personnes qu'il convient d'animer juridiquement.*

Plan. – *Section 1. Objet de la protection sociale complémentaire ; Section 2. Mise en œuvre de la protection sociale complémentaire.*

La matière est peu familière au grand public, y compris à de nombreux spécialistes du droit du travail. À titre liminaire, et de façon succincte, il faut en présenter les grandes lignes de façon que les pages suivantes soient accessibles au plus grand nombre. La présentation de l'objet de la protection sociale complémentaire (section 1) précédera celle des moyens juridiques de sa mise en œuvre (section 2).

SECTION 1. L'OBJET DE LA PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE

La protection sociale complémentaire se définit au regard des personnes qui en bénéficient (§1) et des garanties qui leur sont offertes (§2).

§1. Les personnes concernées

Les bénéficiaires naturels de la protection sociale complémentaire sont les salariés. Mais le salarié n'est pas une île. D'une part, il faut lui souhaiter qu'il quitte un jour son statut de salarié pour bénéficier paisiblement des fruits de son épargne : le salarié est un futur retraité. Dans des circonstances moins heureuses, que le chômage ou la maladie ne l'ait pas épargné, le besoin de protection est tout aussi important. Et, d'autre part, parallèlement à sa carrière, le salarié construit sa vie de famille. Non seulement le salarié mais aussi l'ancien salarié et ses ayants droit accèdent à la protection sociale complémentaire.

Telles sont les prévisions de l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale. La protection sociale complémentaire bénéficie aux « *salariés, anciens salariés et ayants droit* ».

§2. Les garanties concernées

L'objet de la protection sociale complémentaire est fixé aux articles L. 911-1 et L. 911-2 du Code de la sécurité sociale. Aux termes du premier de ces textes, relèvent de la protection sociale complémentaire « *les garanties collectives dont bénéficient les salariés, anciens salariés et ayants droit en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale* ».

Selon le second de ces textes, les garanties collectives ont notamment pour objet de prévoir, au profit de leurs bénéficiaires, « *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'indemnité ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière* ».

Ainsi est-il admis que la protection sociale complémentaire enveloppe trois grands types de garanties offertes aux salariés, aux anciens salariés ou à leurs ayants droit : les garanties

« frais de santé » (désignées abusivement dans le langage commun « mutuelles » (18)), la prévoyance qui tend à la couverture des risques incapacités, invalidité et décès (les deux derniers étant dénommés « risques lourds ») (19) et la retraite.

La diversité des formes que revêt la protection sociale et, encore, la diversité des formes que revêtent les rémunérations versées aux salariés rendent toutefois difficile l'établissement d'une stricte nomenclature. Certains dispositifs poursuivent une finalité identique à celle relevant de la protection sociale complémentaire quoique leurs modalités de mise en œuvre divergent. C'est le cas de l'épargne salariale, des « maintiens de salaires » ou des « indemnités de fin de carrière ». Il faut jeter des ponts vers des disciplines voisines (droit du travail strict, droit de l'épargne salariale) pour saisir l'ensemble du phénomène social ou, au contraire, séparer nettement les disciplines, pour appréhender correctement la réalisation juridique de celui-ci.

TABLEAU N° 2
Finalités poursuivies par les mécanismes d'épargne salariale

Les affres de la classification : Où situer l'épargne salariale ?

De prime abord, l'épargne salariale n'a que peu de choses en commun avec la protection sociale complémentaire. Certes, il s'agit dans les deux cas, de dispositifs de rémunération (Code de la sécurité sociale, article L. 242-1), mais les modes d'organisation comme les finalités poursuivies divergent :

Organisation

- L'épargne salariale est règlementée dans le Code du travail (Partie III, Livre III), non dans le code de la sécurité sociale ;
- L'épargne salariale obéit à ses propres règles de mise en place, différentes de celles applicables à la protection sociale complémentaire (comp., C. trav., art. L. 3312-5 et L. 3322-6 avec L. 911-1) ;
- L'épargne salariale obéit à ses propres règles d'assujettissement à charges sociales.

Finalités

- Intéressement : « *a pour objet d'associer collectivement les salariés aux résultats ou aux performances de l'entreprise* » (C. trav., art. L. 3312-1) ;
- Participation : « *a pour objet de garantir collectivement aux salariés le droit de participer aux résultats de l'entreprise* » et « *concourt à la mise en œuvre de la gestion participative dans l'entreprise* » (C. trav., art. L. 3322-1) ;
- Plan d'épargne entreprise : il s'agit d'un « *système d'épargne collectif ouvrant aux salariés de l'entreprise la faculté de participer, avec l'aide de celle-ci, à la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières* ».

Et pourtant...

Le plan d'épargne pour la retraite collectif (PERCO) régi par les articles L. 3334-1 et suivants du Code du travail et ce dernier ne définit pas la finalité a cependant pour objet de permettre aux salariés de bénéficier, à compter de la liquidation de leur pension de retraite de base, d'une rente viagère ou d'un capital (C. trav., art. L. 3334-14). À ce titre, le PERCO participe de la protection sociale complémentaire.

En outre, les financements du PERCO et des régimes de retraite à cotisations définies sont fréquemment assimilés au regard de l'imposition sur le revenu ou des charges sociales (v. p. ex. : C. trav. art. L. 3334-8).

Au sein même de la protection sociale complémentaire, les frontières sont parfois poreuses. S'il est acquis, comme son nom l'indique, qu'un régime de retraite à cotisations définies a pour objet la couverture du risque retraite, il peut (il doit) cependant servir également à la couverture, certes partielle, des risques invalidité, décès et chômage (20).

(18) Juridiquement, « mutuelle » désigne un type d'organismes assureurs qui, historiquement, fut le premier et le principal offrant de ces garanties. Abusivement, le langage commun désigne désormais ces garanties sous ce terme, quelle que soit la forme juridique de l'organisme assureur.

(19) Le terme « prévoyance » est également ambigu. Tantôt il inclut les garanties « frais de santé », tantôt il les exclut. Dans la suite du présent rapport, le terme est employé dans ce second sens.

(20) C. ass., art. L. 132-23.

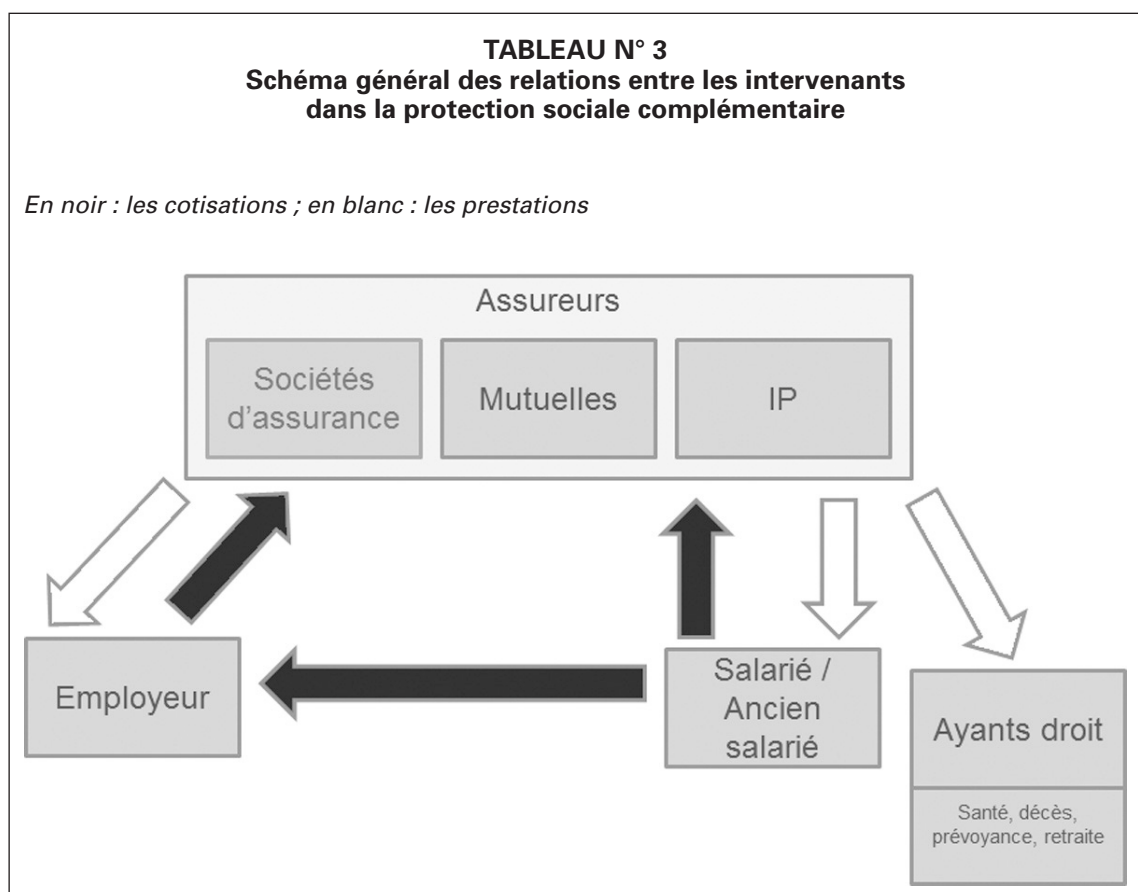
Enfin, deux risques particuliers occupent actuellement une situation particulière.

Le risque chômage, visé à l'article L. 911-2, ne fait cependant l'objet, dans les faits, d'aucune couverture complémentaire. Il n'y a guère que les mandataires sociaux n'accédant pas à l'assurance chômage réservée aux salariés qui recourent à des assurances spécifiques en dehors du dispositif étatique.

Quant à la dépendance, elle n'est pas spécifiquement visée par la loi mais compte au nombre des prestations de retraite possibles. Certains régimes de retraite supplémentaire prévoient des garanties ou des options spécifiques afin de couvrir une partie du risque dépendance ; toutefois, il n'y a guère aujourd'hui de généralisation ou d'autonomie de cette couverture. Très certainement, les débats qui, depuis quelques années, ont lieu sur la scène nationale quant à la façon de gérer ce risque (21), participent-ils de la quasi-absence de couverture de la dépendance via l'entreprise.

SECTION 2. LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE

La protection sociale complémentaire, mécanisme de rémunération, fait intervenir à ce titre les employeurs et les salariés (§1). Souvent, l'efficacité de la protection sociale complémentaire exige cependant qu'un tiers se greffe sur cette relation : le tiers garantit le versement des prestations lorsque se réalisent les risques couverts : l'employeur contracte avec un organisme assureur en faveur des salariés (§2).



(21) V., dernièrement, Rapports *Anticiper pour une autonomie préservée : un enjeu de société, L'adaptation de la société au vieillissement de sa population : France : année zéro !* et *Relever le défi politique de l'avancée en âge*, remis au Premier ministre le 11 mars 2013.

§1. Les employeurs et les salariés

La mise en place de garanties collectives exige que l'employeur s'y investisse : ou bien il y est contraint par une norme extérieure à l'entreprise, ou bien il en décide librement avec ses salariés. L'un et l'autre cas de figure obéissent à un régime juridique quasi-identique.

Les garanties collectives prévues en dehors de l'entreprise

Des textes extérieurs à l'entreprise contraignent les employeurs à mettre en place des garanties collectives au profit de leurs salariés. Ces textes sont de natures et de portées différentes.

Diversité des textes imposant des obligations aux entreprises

Les obligations externes pesant sur les entreprises (abstraction faite des conventions et accords collectifs de groupe) résultent :

- De la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947,

Outre la création des régimes de retraite complémentaire, exclus du champ de la protection sociale complémentaire, la convention collective prévoit l'obligation pour les entreprises de cotiser afin de financer « *par priorité (...) la couverture d'avantages en cas de décès* ».

- Des conventions et accords collectifs de branche

Il est admis que les garanties collectives peuvent être mises en place au niveau des branches professionnelles. Selon les termes des différentes conventions et des différents accords, les entreprises doivent adhérer au régime mis en place dans la branche ou offrir à leurs salariés des garanties au moins équivalentes ou un niveau de cotisation au moins égal.

Le plus fréquemment, les branches prévoient la mise en place de garanties de prévoyance ; plus rarement, sont prévues des garanties « frais de santé ».

- La loi relative à la sécurisation de l'emploi

Est prévue l'obligation pour toutes les entreprises, à compter du 1^{er} janvier 2016, de faire bénéficier leurs salariés de garanties « frais de santé ».

Il convient en outre d'ajouter les dispositions légales et conventionnelles prévoyant un maintien de salaire ou une indemnité de départ ou de mise en retraite.

Diversité des obligations incombant aux entreprises

L'objet des obligations mises à la charge des entreprises varie selon les termes des textes applicables.

Il peut d'abord être question de contraindre l'employeur à offrir certaines garanties (obligations de maintien de salaire). Les entreprises disposent alors d'une alternative : assurer seule ces garanties ou recourir à un organisme assureur pour couvrir leur engagement.

Il peut ensuite être question d'une obligation de souscrire une assurance : tel est le cas de nombreuses conventions collectives de branche et de la loi de sécurisation de l'emploi. L'obligation de souscrire une assurance est souvent (toujours ?) accompagnée d'une obligation d'offrir un certain niveau de garantie (loi de sécurisation de l'emploi) ou de verser un certain niveau de cotisation (convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947, article 7). Il peut également être décidé de mettre à la charge des salariés une partie de la cotisation. Le cas échéant, un organisme assureur est « recommandé » par les auteurs de la norme.

Il peut enfin être question d'une obligation de souscrire une assurance auprès d'un assureur désigné. Dans ce cas, le niveau des garanties comme le montant des cotisations (et la répartition de celles-ci entre l'employeur et les salariés) sont précisés. Ces clauses sont

appelées clauses de désignation et, sous certaines de leurs formes, « clauses de migration ». Elles soulevaient des difficultés juridiques importantes (22) ; le Conseil constitutionnel les abolit récemment (23).

Les garanties collectives prévues au sein de l'entreprise

À l'entreprise qui choisit de mettre en place des garanties collectives se posent deux questions principales, celle du mode juridique de mise en place et celle du financement.

Mise en place

Au sein de l'entreprise, les garanties collectives sont mises en place soit par accord collectif, soit par projet d'accord ratifié à la majorité des intéressés, soit par décision unilatérale de l'employeur. La jurisprudence admet que le comité d'entreprise puisse également être à l'origine de garanties collectives, dans le cadre de ses attributions sociales et culturelles (24).

En tout état de cause, le comité d'entreprise est informé et consulté avant la mise en place et à l'occasion de toute modification apportée aux garanties collectives et de toute disparition de celles-ci (25).

Aux partenaires sociaux ou à l'employeur de dessiner précisément l'objet de l'obligation de celui-ci.

Financement

Le financement des garanties collectives est opéré par l'entreprise. C'est elle qui, après avoir contracté avec l'organisme assureur, sera débitrice des primes ou cotisations à l'égard de celui-ci.

Toutefois, il est admis que l'employeur et les organisations syndicales, lorsqu'ils concluent un accord collectif, mettent à la charge des salariés une partie du coût des garanties collectives. Cette possibilité est également ouverte lorsque les garanties collectives sont prévues par projet d'accord ratifié ou par décision unilatérale de l'employeur. Mais, alors que dans le premier et le second cas, les salariés sont tenus de cette charge, la loi prévoit expressément 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 » (26).

Dispositions légales et réglementaires communes

Le régime des garanties collectives varie quelque peu selon que celles-ci ont été mises en place en dehors de l'entreprise ou au sein de cette dernière ; elles obéissent à des « grands principes » communs.

Régime juridique

Le régime juridique des garanties collectives dépend du mode de mise en place. Par exemple, des garanties collectives mises en place par accord collectif obéiront au régime juridique commun des accords collectifs, notamment lorsqu'il sera question de leur bénéfice ou de leur disparition.

Il n'y a donc pas, à cet égard, de spécificité de la protection sociale complémentaire.

(22) V. *infra* p. 78 et s.

(23) Cons. Const., déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013.

(24) Soc., 22 juin 1993, n° 91-17.686.

(25) C. trav., art. L. 2323-1 et R. 2323-1.

(26) Loi n° 89-1009, article 11. Il faut observer que n'est pas visé le coût d'une couverture du risque retraite.

Clauses obligatoires et prohibées

Les articles L. 912-1 et suivants du Code de la sécurité sociale prévoient une série de clauses obligatoires et prohibées s'appliquant de manière quasi-identique quel que soit le mode de mise en place. Ainsi, par exemple, sont prohibées les discriminations selon le sexe (27) ou doit être prévue la faculté, pour les garanties de retraite, de souscrire une option « réversion » au profit du conjoint ou des conjoints successifs (28).

Exonérations de charges sociales et d'impôt sur le revenu

Les contributions des employeurs au financement des garanties collectives bénéficient, sous certaines conditions et sous plafond, d'exonérations de charges sociales (29). Les contributions des employeurs et des salariés au financement des garanties collectives bénéficient, sous certaines conditions et sous plafond, d'exonération d'impôt sur le revenu (30).

Ces avantages, parfois substantiels, influent sensiblement sur le développement des garanties collectives.

Ils sont octroyés quel que soit le mode de mise en place, pourvu que les conditions d'accès soient satisfaites.

Opposabilité de l'engagement de l'employeur

Quel que soit le mode de mise en place des garanties collectives, les termes de l'engagement de l'employeur contenus dans l'accord collectif, le projet d'accord ou la décision unilatérale, lui sont opposables. Peu importe à cet égard que le contrat d'assurance ou l'adhésion souscrits en application de ces textes ne soient pas en adéquation avec ces derniers.

§2. Les employeurs et les organismes assureurs

La loi encadre les organismes assureurs intervenant sur le marché de l'assurance collective. Elle régit, tout spécialement, les conditions dans lesquelles sont délivrées les garanties aux assurés. Ce rapport, nettement distinct du rapport entretenu par l'employeur et ses salariés suit des règles particulières.

Nature des organismes assureurs

La loi confie à trois types d'organismes assureurs différents le soin de gérer les garanties collectives offertes aux salariés. Il s'agit des sociétés d'assurance, régies par le Code des assurances, des mutuelles, régies par le Code de la mutualité, et des institutions de prévoyance, régies par le Code de la sécurité sociale. Si ces trois corps de textes conservent certaines différences, l'essentiel de leurs dispositions ont été harmonisées.

Ces organismes assureurs se distinguent principalement par leurs constitutions, chaque type obéissant à une logique institutionnelle propre (31). Ils se distinguaient également (quoique s'estompent les différences) par les règles comptables et fiscales qui leur sont applicables. À l'occasion, ces différences ont suscité quelques discussions en raison de l'impact qu'elles produisaient sur la concurrence entre organismes assureurs.

Protection spéciale des assurés

Quels qu'ils soient, les organismes assureurs, lorsqu'ils développent de l'assurance collective au profit des salariés sont soumis, dans les mêmes conditions, aux dispositions protectrices des assurés de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 (loi Évin).

(27) C. séc. soc., art. L. 913-1.

(28) C. séc. soc., art. L. 912-4.

(29) C. séc. soc., art. L. 242-1 et R. 242-1 et s.

(30) CGI, art. 83.

(31) Sommairement, les sociétés d'assurances sont gérées par les actionnaires, les mutuelles, par les membres participants et les institutions de prévoyance par les partenaires sociaux.

Ainsi sont harmonisées, dans un sens favorable aux assurés, les modalités de mise en œuvre de la protection sociale. Tous les organismes assureurs sont soumis aux mêmes exigences en ce qui concerne l'absence de sélection (ou une sélection limitée) à l'entrée de l'assurance ou en ce qui concerne le maintien des garanties et des prestations.

Particularités du rapport

L'organisme assureur, quelle que soit sa nature, est tenu par le seul contrat ou la seule adhésion souscrite par l'employeur : il n'est donc pas tenu selon les termes de la convention ou de l'accord collectif, du projet d'accord ratifié ou de la décision unilatérale, ni à l'égard de l'employeur ni à l'égard des salariés.

CHAPITRE PREMIER

LA RÈGLE

Résumé. – *Les normes applicables à la protection sociale d'entreprise, d'origine éparse, sont nombreuses et dispersées. De ce fait, entreprises et salariés y accèdent difficilement. Davantage, depuis plusieurs années, il n'existe aucune « politique » de la protection sociale complémentaire : aucune constance, aucune cohérence n'émerge susceptible de lui redonner une fonction sociale claire. À ces entraves s'ajoutent encore la mauvaise qualité rédactionnelle de la règle de droit : imprécise ou incohérente, elle ouvre la porte à de fréquentes confusions. Un effort de réunion et d'amélioration des règles devrait être entrepris.*

Plan. – *Section 1. La construction de la règle de droit ; Section 2. La qualité de la règle de droit.*

Il est d'usage, dans les milieux juridiques et au-delà, de constater et de pourfendre le « déclin » de la loi ou, plus largement, de la norme : aux griefs d'instabilité ou d'accumulation se joignent ceux de malfaçon ou d'inaccessibilité (32). Que la critique ait une portée contestable est une chose (33) ; elle n'en revêt pas moins une pertinence évidente lorsqu'elle s'adresse au droit de la protection sociale d'entreprise. Davantage encore que la qualité de la règle de droit elle-même (Section 2), c'est son mode de construction qui paraît causer les préjudices les plus importants (Section 1).

SECTION 1. LA CONSTRUCTION DE LA RÈGLE DE DROIT

La construction de la règle de droit en matière de protection sociale d'entreprise soulève deux difficultés. D'abord, depuis plusieurs années, la protection sociale d'entreprise n'est plus le cœur des règles nouvelles qui la régissent ; elle n'est abordée qu'à titre incident ; ensuite – mais n'est-ce pas la conséquence nécessaire ? –, elle poursuit des objectifs épars, brisant quelles que soient ses qualités intrinsèques, son efficacité. L'hétérogénéité substantielle de la norme (§2) se traduit par la diversité formelle de celle-ci (§1). Des textes de natures et de portées différentes s'entrelacent, rendant malaisée leur appréhension par les opérateurs.

§1. La construction formelle de la règle de droit

Le droit de la protection sociale d'entreprise se caractérise par la diversité de ses sources ; ne répond à cette diversité aucun effort sensible de réunion ou de compilation afin de permettre aux employeurs comme aux salariés d'accéder (plus) aisément au droit.

Diversité des sources

La diversité des sources du droit de la protection sociale d'entreprise n'est pas à démontrer. La loi, codifiée ou non, le règlement, codifié ou non, la doctrine administrative, éclatée en plusieurs administrations, participent tous activement à la construction du régime juridique de la protection sociale d'entreprise. Aux normes étatiques s'ajoutent les normes

(32) V. dernièrement, *Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative*, remis au Premier ministre le 26 mars 2013. V., spécialement pour le droit du travail, Rapport remis au ministre des Affaires Sociales, du Travail et de la Solidarité, *Pour un Code du travail plus efficace*, 2004 (Rapport de Virville).

(33) À titre personnel, nous ne croyons pas, contrairement aux auteurs du rapport du 26 mars 2013, que la législation d'une société telle que la nôtre, aussi complexe, aussi évolutive, puisse être placée sous le patronage de Saint-Just : « on ne gouverne pas sans laconisme ». Nous souscrivons cependant à l'existence du devoir découlant d'un tel idéal.

conventionnelles, prises à tous les niveaux de négociation, de l'établissement à l'interprofessionnel, en passant par l'entreprise, le groupe et la branche.

Depuis longtemps également, il est acquis que le droit de l'Union européenne régit ponctuellement la matière (clauses de désignation dans les branches professionnelles (34), Institutions de retraite professionnelle (35), égalité de traitement (36)), tandis que plane l'ombre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (37).

La Constitution participe aussi de l'élaboration du droit de la protection sociale complémentaire (38). Si les principes d'égalité et de garantie des droits occupent pour l'heure l'essentiel des dispositions mobilisées par le Conseil (39), il ne faut pas exclure que de nouvelles dispositions aient un rôle à jouer dans les années à venir. La récente décision du Conseil relative aux clauses de désignation en témoigne déjà : l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale fut censuré sur le fondement de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle (40).

Le phénomène est naturel, tant la protection sociale d'entreprise mobilise des matières différentes ; il est cependant un obstacle important à l'accessibilité de la règle de droit et une source majeure d'insécurité pour les organismes assureurs, les entreprises et les salariés.

Si un certain éparpillement est un mal nécessaire, les éclatements législatifs et administratifs mériteraient d'être combattus. Outre qu'ils entravent l'accès au droit, ils sont sources d'erreurs techniques plus ou moins préjudiciables.

TABLEAU N° 4 **Corps minimaux de règles** **applicables à une opération de protection sociale complémentaire**

Mise en place d'un régime collectif « frais de santé »

La mise en place d'un régime collectif « frais de santé » classique nécessite une dextérité certaine. L'employeur et les salariés doivent apprendre, très rapidement, à manier les codes et à jongler avec les textes. Sont ainsi nécessaires :

1. Code de la sécurité sociale, Livre IX : *Mode de mise en place, clauses obligatoires et prohibées de l'acte de mise en place.*
2. Code de la sécurité sociale, Livre I : *Contributions spécifiques (CSG/CRDS, forfait social...).*
3. Code de la sécurité sociale, Livre II (parties législative et réglementaire) : *Exonérations de charges sociales sur les contributions patronales.*
4. Code du travail : *Information consultation du comité d'entreprise et, le cas échéant, règles de conclusion de l'accord collectif.*
5. Code général des impôts : *Taxe sur les contrats d'assurance, déductibilité à l'impôt sur le revenu et à l'impôt sur les sociétés.*

(34) V. *infra* p. 78 et s.

(35) Directive 2003/41/CE du Parlement européen et du Conseil du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle.

(36) V. p. ex. : Directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail. V. aussi, CJCE, 17 mai 1990, Barber, aff. C-262/88.

(37) V., p. ex. : CEDH, 16 décembre 1974, *Muller c./ Autriche*, req. n° 5849/72.

(38) Des auteurs avaient anticipé cette montée en puissance des dispositions constitutionnelles : B. Serizay, *La QPC et la protection sociale*, JCP S 2011.1269 ; B. Jadaud, *Régime fiscal des retraites chapeau*, JCP E 2011.1339.

(39) Cons. Const., déc. n° 94-348 DC du 3 août 1994 ; Cons. Const., déc. n° 2011-180 QPC du 13 octobre 2011, JCP S 2011.1594, note V. Roulet ; Cons. Const., déc. n° 2012-662 du 29 décembre 2012. Pour des questions prioritaires de constitutionnalité n'ayant pas franchi le barrage des juges du fond, du Conseil d'État ou de la Cour de cassation : Montpellier, ch. 1, sect. B, 22 juin 2011, n° 11/02595.

(40) Cons. Const., déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, csd. n° 11 : « si le législateur peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle dans un but de mutualisation des risques, notamment en prévoyant que soit recommandé au niveau de la branche un seul organisme de prévoyance proposant un contrat de référence y compris à un tarif d'assurance donné ou en offrant la possibilité que soient désignés au niveau de la branche plusieurs organismes de prévoyance proposant au moins de tels contrats de référence, il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini ».

6. Code civil : *Règles générales du droit des obligations (notamment articles 1134 et 1147).*
7. Code des assurances, de la mutualité ou de la sécurité sociale : *Relations avec l'organisme assureur.*
8. Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 : *Dispositions spéciales aux assurances collectives de personnes.*

À ces dispositions seront encore ajoutées les circulaires et autres instructions administratives ainsi que les différents textes conventionnels applicables dans l'entreprise.

Il ne faut guère s'étonner que les entreprises ne disposant pas des ressources, en interne ou en externe, pour appréhender ces dispositions rechignent à la gestion de ces garanties. D'autant que l'erreur, même commise de bonne foi, est lourdement sanctionnée (redressement, action en responsabilité, délit d'entrave...).

Proposition 1

Travailler à la codification des dispositions applicables à la protection sociale complémentaire

Combinaison des sources

De l'accumulation des sources résulte l'accumulation des normes ; il n'y a rien que de très classique. Le grief adressé à la protection sociale tenant à l'empilement des règles de droit est fondé ; il n'est pas original.

Plus symptomatique est le développement, propre au droit du travail mais s'étendant à la protection sociale, de la combinaison de plusieurs sources du droit donnant naissance non à autant de normes qu'il y a de sources mais à une seule et unique norme :

- l'accord collectif (première source) se combine avec le pouvoir réglementaire (deuxième source) pour donner naissance à un accord étendu (norme unique) ;
- l'article L. 1 du Code du travail aux termes duquel le législateur se saisit de l'accord national interprofessionnel pour assurer sa traduction en droit positif : tel est le sort de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013.

Dans un cas comme dans l'autre, l'appréhension par les pouvoirs publics de la norme conventionnelle peut être réalisée parfaitement. Au texte conventionnel n'est apporté aucun amendement, aucune modification (41). Mais il n'est pas rare que cette appréhension connaisse quelques accrocs. Si l'article 14 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 n'a pas été affecté par l'intervention de l'État, la loi relative à la sécurisation de l'emploi diffère sensiblement sur certains points des articles 1 et 2 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013.

Or, dans l'attente de la publication de la loi, les opérateurs confrontés à ces divergences ne savent guère dans quel sens faire évoluer leurs régimes de protection sociale. L'incertitude serait de peu d'importance si, pour des raisons étrangères (42), ils ne subissaient en même temps l'obligation de procéder à une refonte de leurs régimes dans les plus brefs délais. Dès lors, se présente une alternative :

- faire évoluer rapidement le régime au risque de devoir, quelques mois ou semaines plus tard, procéder à une nouvelle évolution ;
- ou attendre la publication de la loi au risque d'intégrer trop tardivement les changements rendus nécessaires par un premier texte.

Aujourd'hui, tandis que les entreprises doivent mettre en conformité leurs régimes de protection sociale avec les dispositions du décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012, elles furent contraintes d'attendre les dispositions, modifiées par le gouvernement et le législateur, de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 (43). Il en alla de même en 2009 lorsque la circulaire interprétative de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale fut publiée après l'expiration du délai de mise en conformité qui avait été donné aux

(41) Ex. accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, étendu par arrêté du 23 juillet 2008.

(42) La nécessité d'adapter les régimes aux conditions posées par le décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012.

(43) En outre, jusqu'au 13 mars 2013, demeurait en suspens la question de l'égalité de traitement appliquée aux régimes de protection sociale.

entreprises pour respecter les prescriptions de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites (44).

Si la combinaison des sources peut être utile, elle exige des différents participants à l'élaboration du droit une parfaite collaboration sur la forme et sur le fond, sauf à gêner substantiellement les destinataires des normes. Or cette gêne n'est pas neutre : elle est vécue comme une source d'insécurité (donc de risque) juridique qui, prenant un large essor, freine le développement des garanties collectives.

Instabilité de la règle

L'instabilité de la règle de droit caractérise la protection sociale d'entreprise. Il est vain d'en comptabiliser les manifestations ; certaines d'entre elles méritent cependant un éclairage particulier tant leurs conséquences préjudiciables sont nombreuses.

Illustration de l'instabilité

À titre liminaire, il faut observer que le phénomène concerne toutes les normes (ou presque). La nuance sera à peine introduite en hiérarchisant les normes, de la plus précaire à la plus stable : loi, doctrine administrative, conventions et accords collectifs, jurisprudence.

➤ *Instabilité de la loi*

L'exemple le plus abouti est très certainement constitué des modifications relatives à l'assujettissement des contributions et des rentes afférentes aux régimes de retraite à prestations définies visés à l'article L. 137-11 du Code de la sécurité sociale. Alors que la loi n° 2010-1594 du 20 décembre 2010 de financement de la sécurité sociale pour 2011 créait et définissait une contribution spécifique à l'article L. 137-11-1 du Code de la sécurité sociale, les modalités de cette contribution furent modifiées par la loi n° 2010-1657 du 29 décembre... 2010 de finances pour 2011 !

D'autres exemples, moins anecdotiques mais plus préjudiciables, peuvent être avancés, tel le forfait social, créé par la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale et dont le taux fut augmenté de 2 points par an durant trois exercices avant d'être porté à 20 % en 2012.

Et, alors même que la période transitoire prévue par le décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012 n'est pas expirée, l'article 2° de la loi relative à la sécurisation de l'emploi prévoit que « *le Gouvernement remet au Parlement, avant le 15 septembre 2014, un rapport sur les aides directes et indirectes accordées au financement de la complémentaire santé ainsi que sur une refonte de la fiscalité appliquée aux contrats...* ».

➤ *Instabilité de la doctrine administrative*

De la multiplication des textes administratifs (45) résulte l'instabilité de la doctrine administrative. Il est possible de vérifier précisément cette instabilité en s'attachant aux deux conditions essentielles que doivent satisfaire les régimes de protection sociale complémentaire pour bénéficier des exonérations de charges sociales : le caractère obligatoire et le caractère collectif :

- Les « dispenses d'affiliation » autorisant l'employeur à ne pas procéder à l'adhésion de certains salariés aux garanties collectives sans remettre en cause le caractère obligatoire de ce régime ne sont pas les mêmes dans les trois textes administratifs les plus importants (46),
- La définition de la notion de « catégorie objective » a varié dans chacun des trois textes administratifs les plus importants,

(44) V. B. Dorin, V. Roulet, *Les contributions des employeurs au financement des régimes de protection sociale complémentaire*, JCP S 2009.1093.

(45) V. *infra* p. 32.

(46) Circ. DSS/5B/2005/396 du 25 août 2005 ; Circ. DSS/5B/2009/32 du 30 janvier 2009 ; Décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012.

➤ *Instabilité des conventions et accords collectifs*

La stabilité des conventions et accords collectifs varie selon le niveau de négociation. Au sein des branches, est constatée une certaine pérennité. Une fois les régimes ou les obligations définies, les avenants ne sont pas rares ; leur objet est cependant limité soit à des adaptations rendues nécessaires par une évolution législative ou réglementaire, soit à une amélioration des garanties (ou une diminution du coût), soit, simplement, à la prolongation du régime existant (47).

Au niveau interprofessionnel, les textes conventionnels relatifs à la prévoyance n'existaient pas jusqu'à l'accord du 11 janvier 2008 (48). Les modifications qui ont été apportées procèdent de deux causes.

La première doit naturellement être tolérée : il s'agit d'améliorer les droits dont bénéficient les salariés : ce fut d'ailleurs le cas à l'occasion de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 (généralisation des garanties frais de santé et amélioration de la portabilité).

La seconde doit au contraire être pourchassée : elle tient aux maladresses rédactionnelles présentes dans certains accords. Ainsi l'article 14 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, notamment en raison de sa mauvaise rédaction originelle, fut réécrit par les partenaires sociaux à peine une année plus tard, par l'avenant n° 3 du 18 mai 2009.

La nécessité de procéder à une réécriture aurait été identique pour les articles 1 et 2 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 si le législateur n'avait décidé de se l'approprier.

En définitive, les dispositions relatives à la portabilité auront été modifiées quatre fois en cinq ans.

Ce chiffre croit encore pour les entreprises non adhérentes à une organisation patronale signataire en raison des conséquences attachées à la modification d'un accord collectif étendu.

➤ *Instabilité de la Jurisprudence*

La Cour de cassation, dont l'œuvre en la matière doit être saluée, fait preuve d'une réelle constance de sa jurisprudence. Seront uniquement mises en avant l'évolution de sa jurisprudence relative à la portée des clauses de désignation ainsi que quelques incohérences apparentes dans la mise en œuvre de l'article 7 de la loi n° 89-1009 (49).

Conséquences de l'instabilité

Très classiquement, l'instabilité de la norme est un élément qui perturbe l'accessibilité au droit et influe sur l'insécurité juridique. Le droit de la protection sociale ne fait pas exception à la règle.

Mais, au-delà, deux conséquences doivent être soulignées :

D'abord, les coûts de transactions considérables qu'emportent ces évolutions. En raison de la technicité de la matière et des enjeux financiers et humains qui s'y attachent, les entreprises mobilisent des moyens importants, en personnel et en argent, pour réaliser les évolutions qui leur sont imposées. La gestion de la protection sociale d'entreprise est en-elle-même une charge importante.

Ensuite, lorsque les évolutions ont trait aux régimes d'imposition des sommes consacrées à la protection sociale d'entreprise, elles ont mécaniquement un effet désastreux à court et long terme. Le frein au développement des régimes qu'emporte une hausse des prélèvements obligatoires affecte l'efficacité des opérations d'épargne passées et, partant, l'efficacité des aides sociales et fiscales dont ont déjà bénéficié l'entreprise ou le salarié.

(47) V. COMAREP, Rapport d'activité pour 2011, p. 27.

(48) Abstraction faite des dispositions relatives au maintien de salaire prévues dans l'accord national interprofessionnel du 10 décembre 1977, désormais intégrées dans la partie réglementaire du Code du travail (articles D. 1226-1 et s.).

(49) De manière plus approfondie, il ne s'agit pas là de fluctuation de jurisprudence mais d'une application rigoureuse de la loi, laquelle invite à des distinctions de fait minutieuses.

Éclatement de la règle

« *Souvent il n’y a pas tant de perfection dans les ouvrages composés de plusieurs pièces, et faits de la main de divers maîtres, qu’en ceux auxquels un seul a travaillé* » (50). Or, qu’elle émane de la loi ou de l’administration, la règle est ventilée dans des corpus différents qui rendent extrêmement délicate son appréhension.

Éclatement législatif

Il suffirait de constater que les deux « grands » textes de la protection sociale d’entreprise sont tous deux de nature législative mais que l’un est codifié aux articles L. 911-1 et suivants du Code de la sécurité sociale tandis que l’autre demeure étranger à toute codification (loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989).

Il est permis cependant d’aller plus loin. Alors que les prestations offertes aux salariés sont identiques, les règles qui leur sont applicables varient pour partie selon la nature juridique de l’organisme assureur auprès duquel sont souscrites les garanties. C’est ainsi que les contrats souscrits avec les sociétés d’assurance sont régis par les articles 141-1 et suivants du Code des assurances, les adhésions auprès des mutuelles sont régies par les articles L. 221-1 et suivants du Code de la mutualité et les adhésions auprès des Institutions de prévoyance le sont par les articles L. 921-1 et suivants du Code de la sécurité sociale.

La dispersion pourrait être dépourvue de portée pratique s’il s’avérait que le contenu des normes demeurerait identique (et même si un simple aménagement tenant à la nature de l’organisme assureur était opéré). Il n’est pas rare pourtant que le législateur, modifiant quelque texte à propos des sociétés d’assurance ou des mutuelles « oublie » de modifier le texte correspondant aux institutions de prévoyance, ceci alors même que la modification n’aurait guère de portée institutionnelle (51).

Les modalités de la couverture du risque décès résultant du suicide constituent un exemple des conséquences néfastes de l’éclatement des normes. Ce risque est prévu par l’article 7§2, al. 3 de la Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 ainsi que, selon l’organisme assureur concerné, par les codes des assurances, de la mutualité et de la sécurité sociale. Il n’y a guère de correspondance entre ces différents textes.

TABLEAU N° 5
Textes applicables à la couverture du décès résultant du suicide

Texte	Dispositions
Convention AGIRC, art. 7§2	Exclusion <u>possible</u> de la couverture du risque décès, « <u>durant les deux premières années de l’admission au régime</u> », en cas de « <u>suicide volontaire et conscient</u> ».
Code des assurances, art. L. 132-7 & Code de la mutualité, art. L. 223-9	Principe (alinéa 1 ^{er} et alinéa 2) : Exclusion <u>légal</u> e du suicide si celui-ci intervient <u>durant la première année</u> ; <u>obligation de couverture</u> à compter de la <u>deuxième année</u> . Exception (pour les contrats ou adhésions de groupe) : Exclusion <u>possible</u> du suicide <u>durant la première année de couverture</u> ; <u>obligation de prise en charge à compter de la deuxième année</u> .
Code de la sécurité sociale (Institutions de prévoyance)	Aucune disposition : le cas échéant, application des seules dispositions de la convention AGIRC.

Le législateur, il est vrai, tend à réduire les différences. Ainsi la loi de sécurisation de l’emploi prévoit-elle, par exemple, la transposition dans le Code des assurances, d’une dispo-

(50) R. Descartes, *Le discours de la méthode*, Seconde Partie.

(51) L’ouverture d’une procédure collective à l’endroit de l’adhérent ou du souscripteur n’autorise plus la société d’assurance ou la mutuelle à résilier le contrat ou l’adhésion (loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, article 176). Toutefois, l’article L. 932-10 du Code de la sécurité sociale continue de reconnaître une telle faculté aux institutions de prévoyance.

sition déjà présente dans le Code de la mutualité et le Code de la sécurité sociale relative aux contraintes pesant sur l'organisme assureur en cas de procédure judiciaire ouverte contre une entreprise participant à l'opération d'assurance.

Éclatement administratif

Il n'en va pas différemment des dispositions d'origines administratives : l'auteur comme la nature des différents actes administratifs applicables à la protection sociale d'entreprise varient.

Il en résulte d'une part que le destinataire de la règle doit maîtriser non seulement le contenu des textes administratifs mais encore l'articulation et la hiérarchisation de ces textes, entre eux et avec les textes de nature différente. La situation est encore compliquée par le fait que les organismes de recouvrement prennent grand soin de ne pas observer la hiérarchie et l'articulation des normes. Ainsi les URSSAF continuent-elles de justifier leurs redressements sur les circulaires émises par la direction de la sécurité sociale. Et si, effectivement, les dispositions légales et réglementaires sont citées, c'est bien le texte administratif, simplement recopié, qui paraît constituer le fondement juridique du redressement. La Cour de cassation et plusieurs cours d'appel ont pourtant, à de nombreuses reprises, rappelé que ces textes étaient inopposables au débiteur (52).

D'autre part, les administrations participant à l'élaboration de la norme sont nombreuses. Il s'agit, d'abord, de la direction de la sécurité sociale, ensuite de l'ACOSS et, enfin et dans une moindre mesure, des organismes de recouvrement lorsque ceux-ci se prononcent par voie d'observations pour l'avenir ou de rescrit social.

L'expérience montre que ces trois institutions ne s'accordent que très imparfaitement. Quoique l'ACOSS assure la diffusion des circulaires de la direction de la sécurité sociale, elle produit ses propres textes. Ceux-ci apportent certes quelques compléments mais sans cohérence apparente.

À cet éclatement relatif aux administrations en charge des cotisations de sécurité sociale il faut ajouter que ces administrations n'ont guère de lien avec l'administration fiscale en charge du recouvrement de l'impôt. Or l'administration fiscale élabore sa propre doctrine, laquelle, en bien des points, diffère sensiblement de la doctrine « sociale ».

Que ces divergences soient techniquement justifiées en raison des assises législatives différentes (Code général des impôts, article 83 ; Code de la sécurité sociale, article L. 242-1), n'interdit pas de penser que ces différences sont inopportunes (53).

Si, désormais, l'administration fiscale vise expressément le décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012 et s'approprie généralement les conditions que celui-ci fixe, certaines différences demeurent. Ainsi, le caractère collectif est-il défini, pour l'administration sociale, de manière impérative par le décret tandis que l'administration fiscale ne voit dans celui-ci que des indications :

*« Pour l'application du 2° de l'article 83 du CGI, comme du 1° quater du même article (cf. ci-après), les contrats d'assurance de groupe s'entendent de ceux que les entreprises elles-mêmes ont souscrit et dont le bénéfice est accordé à l'ensemble du personnel salarié ou à certaines catégories objectives de salariés, peu important que les bénéficiaires soient des cadres dirigeants ou de direction (arrêt CE, 8 juillet 2005, n° 259251, Weisenburger). Si tous les salariés d'une même catégorie ne sont pas adhérents du contrat, la déduction des cotisations n'est pas admise. Il est admis que les catégories de personnels **puissent** être définies par référence aux critères mentionnés à l'article R. 242-1-1 du code de la sécurité sociale » (54).*

Proposition 2

Travailler à l'harmonisation des dispositions applicables à la protection sociale d'entreprise

(52) V., p. ex. : Civ. 2°, 23 novembre 2006, n° 05-11.364 et 05-11.365 ; Soc., 4 avril 1996, n° 94-15.497 ; Soc., 31 octobre 2000, n° 98-18.307 ; Soc., 21 février 1991, n° 88-17.032 ; Soc., 18 novembre 1999, n° 98-12.269, Bull. civ. V, n° 445 ; RJS 1/00, n° 89 ; Soc., 19 juillet 2000, n° 98-13.949, RJS 1/01, n° 83. V. dernièrement, sur la notion de caractère collectif : CA Versailles, 14 juin 2012, RG 08/00218.

(53) L'administration fiscale, il est vrai, s'efforce de reprendre à son compte la doctrine de l'administration sociale.

(54) BOI-RSA-BASE-30-10-20-20120912, n° 80.

§2. La construction intellectuelle de la règle de droit

Autrefois conçu pour elle-même, la protection sociale complémentaire n'est plus l'objet d'une politique cohérente. De plus en plus, elle est réduite à une variable d'ajustement, mise au service d'autres impératifs.

La protection sociale d'entreprise à titre principal

Le droit de la protection sociale d'entreprise repose sur deux grandes lois, prises, respectivement, en 1989 (loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite loi Évin) et 1994 (loi n° 94-678 du 8 août 1994). L'une tenait à la réglementation des rapports entretenus par l'assureur d'une part et le souscripteur ou adhérent et les assurés d'autre part ; l'autre, intéressait les rapports entre l'employeur et les salariés.

La première loi renforça les droits des participants aux opérations de prévoyance de groupe, notamment lorsque ces participants étaient salariés. Le renforcement, extrêmement bien conçu, passait principalement par une modification substantielle du fonctionnement technique des opérations d'assurance : conservé pour les garanties frais de santé, le fonctionnement en répartition était délaissé pour les garanties incapacité, invalidité et décès et faisait place, pour partie, à une gestion par capitalisation. L'évolution du mode de gestion permit de concilier deux impératifs : d'une part, garantir le versement effectif des prestations auxquelles pouvaient prétendre les assurés, y compris en cas de défaillance de l'entreprise souscriptrice ou adhérente, ou de résiliation du contrat ou de l'adhésion ; d'autre part, favoriser la concurrence des organismes assureurs (55). La loi Évin, par ailleurs, intégrait utilement dans la protection sociale complémentaire des éléments essentiels de solidarité, assurant l'accès (article 2 et article 3) ou le maintien (article 4) dans l'assurance des personnes plus exposées aux risques.

La seconde loi organisa la refonte des dispositions du Code de la sécurité sociale et fixa, notamment, les articles L. 911-1 et suivants dudit Code. L'ampleur de la modification fut moindre, la qualité de la règle également. La loi avait cependant le mérite de réunir dans un ensemble relativement clair les dispositions afférentes à la protection sociale d'entreprise tout en renforçant les droits offerts aux salariés assurés mais sans, pour autant, affecter démesurément la situation de l'employeur (56).

Ces deux textes avaient une qualité non négligeable. Chacun d'entre eux avait pour objet principal, direct la protection sociale et, notamment, les garanties complémentaires des salariés. De cette unicité d'objet ressortait une finalité propre, utile lorsque, quelques années plus tard, se profileraient des difficultés d'interprétation. Ainsi quand la Cour de cassation jugea que, en cas de cumul d'application des articles 2 et 7 de la loi Évin, ce dernier seul doit s'appliquer, elle s'inscrivait parfaitement dans l'esprit de la loi dont elle assure l'interprétation (57).

La protection sociale à titre incident

Le temps où la protection sociale d'entreprise était l'objet premier de l'attention de l'auteur de la norme est désormais révolu. Qu'il s'agisse du législateur, des partenaires sociaux ou du juge, aucun ne paraît penser la règle de droit au regard de la protection sociale d'entreprise ; celle-ci n'est plus régie qu'incidemment par des textes ou des principes qui ont trait à d'autres matières, d'autres institutions.

(55) Les prestations étant préfinancées, le départ du souscripteur ou de l'adhérent n'était plus conditionné au versement d'une indemnité de résiliation ayant pour objet de permettre le paiement des prestations à la suite de la résiliation, c'est-à-dire lorsque l'assureur ne reçoit plus de cotisations.

(56) À titre d'exemple, sera retenue la disposition relative à la revalorisation dont doivent bénéficier les salariés indemnisés. Si le principe de cette revalorisation est imposé (droit pour les salariés et contrainte pour l'employeur), ses modalités et son importance sont laissées à la discrétion des intéressés.

(57) L'article 2 de la loi Évin prévoit que le nouvel assureur doit assurer la prise en charge des suites des états pathologiques existants ; l'article 7 prévoit que l'assureur résilié doit continuer de verser les prestations. La question s'est donc posée de savoir, en cas de résiliation d'une opération d'assurance et de mise en place d'une nouvelle, lequel, de l'ancien ou du nouvel assureur était tenu au paiement des prestations. La Cour de cassation retint l'application de l'article 7 (Soc., 16 janvier 2007, n° 05-43.434, JCP S 2007.1275, note D. Asquinazi-Bailleux ; Dr. Soc. 2007.500, obs. J. Barthélémy ; D. 2007.1060, obs. G. François).

Le législateur

Le législateur prit d'abord ses distances avec la protection sociale d'entreprise lorsqu'il procéda à une réforme substantielle de celle-ci, en 2003 et en 2004, en même temps qu'il réformait l'assurance vieillesse et l'assurance maladie.

Parce que les différents systèmes de protection sociale doivent s'articuler entre eux, parce qu'ils concourent à des objectifs similaires si ce n'est identiques, il n'y avait certes pas d'absurdité à traiter, ensemble, la protection sociale complémentaire et la protection sociale de base ; toutefois, la forte attention portée – à juste titre – sur cette dernière reléqua la première au second plan.

Quoique l'intention du législateur parût claire, faute d'attention suffisante portée par celui-ci, la mise en œuvre de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites fut laborieuse. Dix années plus tard, les conditions d'exonérations de charges sociales des contributions patronales de prévoyance et de retraite ne sont toujours pas définies précisément.

Par la suite, la situation s'aggrava ; et le législateur n'intervint plus que par à-coup, pour répondre à des problématiques diverses, au premier rang desquelles figurait la recherche de recettes nouvelles pour les régimes légaux de sécurité sociale. La politique sociale et fiscale n'eût plus pour effet d'améliorer l'efficacité sociale des dispositifs de protection sociale complémentaire, mais de réduire le coût que ces derniers représentaient pour l'État et ses démembrements directs et indirects. Le résultat d'une telle politique fut de conduire à des situations plus ou moins absurdes et, en tout état de cause, de ruiner l'attractivité de ces régimes dont, pourtant, l'utilité sociale était toujours admise. De façon à compenser cette perte d'attractivité, le législateur recourut alors non plus à l'incitation mais à l'obligation : plus les prélèvements sociaux s'élevèrent, plus l'obligation de mettre en place des garanties se renforça !

TABLEAU N° 6
Évolutions comparées (et simplifiées) de la liberté des opérateurs
et des conditions d'assujettissement à charges sociales

Années	Liberté des opérateurs	Charges sociales et autres	
		Conditions	Montant
Avant 2003	Aucune contrainte	Larges (absence de caractère obligatoire, compréhension large du caractère collectif).	Faible (Taxe sur les opérations de prévoyance).
À partir de 2003	Aucune contrainte	Début des restrictions : – instauration du caractère obligatoire puis définition progressive et restrictive du caractère collectif, – définition des garanties en matière de frais de santé.	Hausse progressive : introduction et hausse progressive du forfait social.
À partir de 2010	Contrainte conditionnelle en matière de retraite (en cas de présence d'un régime à prestations définies qualifiant à L. 137-11 du Code de la sécurité sociale), obligation de mettre en place un régime à cotisations définies ou un PERCO. Mise en place de la portabilité.	Pas d'évolution sensible.	Durcissement en matière de régimes de retraite à prestations définies (augmentation de la contribution prévue à l'article L. 137-11 du Code de la sécurité sociale et création de la contribution prévue à l'article L. 137-11-1 du même code).
À partir de 2012	Généralisation en deux temps des garanties frais de santé (Décret n° 2012-25 du 9 janvier puis ANI du 11 janvier 2013).	Définition précise par voie réglementaire.	Passage du forfait social à 20 %. Assujettissement à la taxe sur les contrats d'assurance.

De la même façon, le législateur modifia la loi Évin ; mais le but de cette intervention était uniquement de tirer les conséquences d'une évolution législative relative aux régimes légaux : l'opportunité ne fut pas saisie de traiter, à cette occasion, les autres difficultés que l'usage et la pratique avaient révélées.

Il n'en va pas différemment actuellement : aussi bien la loi Évin que le Code de la sécurité sociale ont été légèrement modifiés pour intégrer la volonté des partenaires sociaux exprimée dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 ; mais des difficultés qui demeurent sur ce thème ou de nouvelles perspectives pour la protection sociale complémentaire, il n'est guère question, alors même que la doctrine appelle à une réforme en profondeur des dispositions de la loi Évin.

Les partenaires sociaux

En 2008 comme en 2013, les partenaires sociaux se sont saisis de la protection sociale complémentaire : d'abord, fut créée la « portabilité », ensuite, elle fut étendue en même temps qu'étaient accrus les droits des salariés à profiter de tels dispositifs de protection sociale.

En 2008 comme en 2013, la protection sociale complémentaire ne fut pas appréhendée pour elle-même, ni même comme un complément utile aux dispositifs de sécurité sociale. Elle fut simplement présentée comme un moyen d'ajustement du marché de travail ; une voie dans laquelle les salariés puisaient des droits nouveaux en contrepartie de la protection à laquelle ils renonçaient dans d'autres domaines.

Il est significatif de relever que les plus grandes modifications que connut la protection sociale complémentaire durant ces cinq dernières années furent des éléments, somme toute mineurs, d'une politique visant « *la modernisation du marché du travail* » ou l'élaboration d'un « *nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés* ».

La protection sociale n'est donc pas l'objet immédiat de la préoccupation des partenaires sociaux ; elle n'a qu'un rôle d'appoint. Le fait est, dès lors, qu'il est vain d'espérer voir se constituer une politique conventionnelle lisible, pérenne, sur ce thème.

Proposition 3

Élaborer une politique à long terme de la protection sociale complémentaire :

- **fixer le rôle de la protection sociale complémentaire au regard des régimes de base,**
- **fixer la place des libertés individuelles et des libertés collectives dans le déploiement de la protection sociale complémentaire,**
- **tracer une politique stable de la fiscalité,**
- **réformer les règles légales existantes au regard de cette politique à long terme.**

SECTION 2. LA QUALITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT

Indépendamment des conditions d'élaboration de la règle, les dispositions légales et réglementaires applicables à la protection sociale d'entreprise souffrent de malfaçons fréquentes dont la portée est plus ou moins sensible selon qu'il s'agit du droit du travail (§1) ou du droit de l'assujettissement (§2).

§1. Le droit du travail

Dans son ensemble, le droit du travail se prête de façon satisfaisante au déploiement des garanties collectives dans l'entreprise. Le choix du législateur de ne pas construire un droit propre à ces garanties et de recourir aux notions et normes communes en droit du travail a été validé par l'expérience (58).

(58) V. le débat, désormais classique : J.-J. Dupeyroux, Sur les accords relatifs à la protection sociale complémentaire des salariés Dr. soc. 1994.820 ; P. Langlois, *Les accords de prévoyance*, in Sur l'entreprise et le droit social, études offertes à J. Barthélémy, Semaine Juridique, H.S., 1994.55. Et, sur la conclusion de ce débat : J. Barthélémy, Protection sociale complémentaire : de la conception institutionnelle à la conception assurantielle, JCP S 2006.1810 ; V. Roulet, *L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés*, préc., n° 107 et s.

Certes, quelques accrocs sont à noter à raison des difficultés spécifiques auxquelles peuvent donner naissance les garanties collectives. Mais ces accrocs sont relativement peu nombreux et, surtout, ont été pertinemment démêlés par la Cour de cassation aussitôt que l'occasion lui en fut donnée.

Ainsi, à propos du droit des salariés de ne pas adhérer à un régime de protection sociale mis en place par décision unilatérale de l'employeur dès lors qu'une fraction de la cotisation leur incombe (59), a-t-elle dissipé au moyen d'un raisonnement parfaitement rigoureux le doute que laissait planer la loi : « aux termes de l'article 11 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, 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 [...] ne peut être contraint à cotiser contre son gré, à ce système ». Et de conclure : « la généralité de ces termes ne permet pas d'exclure du champ d'application de la loi les salariés dont l'ancienneté n'était pas contestée, et dont les contrats de travail ont été repris par la société qui a absorbé leur entreprise » (60). L'intervention du juge fut suffisamment efficace pour que la question ne se reposât plus devant la Cour de cassation.

Quant aux quelques points qui demeurent obscurs, il faut bien constater qu'ils ne donnent guère lieu à contentieux, preuve que l'imperfection de l'organisation juridique n'affecte pas l'organisation sociale et économique des garanties collectives. Ainsi n'ont toujours pas été définies clairement les conditions dans lesquelles doit être mise en œuvre la comparaison des régimes de protection sociale au regard du principe de faveur en cas de concours de norme. Mais le contentieux paraît faible (61).

Ainsi assez curieusement, c'est lorsqu'il crée des dispositions propres à la protection sociale d'entreprise que le législateur (ou, à sa suite, le pouvoir réglementaire) fait preuve de quelque faiblesse de rédaction sur lesquelles prennent racine, à plus ou moins long terme, des questions extrêmement délicates et lourdes d'enjeux financiers et sociaux.

TABLEAU N° 7 **Les ravages d'une malfaçon réglementaire anodine**

L'AFPA et la Protection sociale complémentaire

Soc., 15 novembre 2011, n° 10-20.891, JCP S 2012.1091, note B. Dorin, V. Roulet.

Un bel exemple de malfaçon à raison des qualités toutes particulières des faits de l'espèce et de la règle de droit en cause.

Au sein de l'AFPA, avait été signé un accord collectif aux termes duquel l'employeur s'engageait à soumettre un « contrat » frais de santé obligatoire défini avec les organisations syndicales à un référendum auprès du personnel. L'accord collectif n'avait pas pour objet les garanties elles-mêmes, mais seulement la procédure de leur mise en place.

Après la dénonciation d'un premier contrat, l'employeur soumit à un référendum un nouveau régime d'assurance obligatoire que les organisations syndicales rejetèrent. Le régime fut néanmoins adopté par les salariés à la majorité des suffrages exprimés.

Une organisation syndicale désavouée par le référendum contesta l'acte.

1. la question de droit est simple : la ratification du référendum doit-elle être opérée à la majorité des suffrages exprimés, des votants ou des inscrits ?
2. l'enjeu est lourd : selon la réponse apportée, les salariés, contraints de s'affilier, pourront réclamer à l'employeur sur lequel plane très sérieusement le risque de la liquidation judiciaire (LeMonde.fr, L'État débloque 110 millions d'euros pour l'AFPA, en grande difficulté, 14 janvier 2013), le remboursement des précomptes de cotisations opérés sur les cinq dernières années ;

(59) Ce droit est prévu par un texte spécial (loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, article 11), lequel n'est cependant qu'une application de l'article 1134 al. 2 du Code civil (sur le lien entre ces deux textes, v. V. Roulet, L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés, préc., n° 178).

(60) Soc., 4 janvier 1996, n° 92-41.885, RJS 04/96 n° 466, Dr. soc. 1996.163, obs. J.-J. Dupeyroux ; Dr. soc. 1996.270 concl. Y. Saint-Jours. V., au préalable, un arrêt non publié dans la même affaire : Soc., 6 décembre 1994, n° 93-42.473.

(61) V. toutefois : Soc., 17 octobre 1991, Dr. soc. 1992.452, obs. J. Barthélémy ; Soc., 17 janvier 1996, Dr. soc. 1996.643, obs. J. Barthélémy ; comp. Soc., 23 janvier 2013, n° Dr. soc. 2013.379, note V. Roulet).

3. la bonne foi de l'employeur n'est pas en cause ; d'une part, la pratique du référendum avait été fixée, au préalable, par un accord collectif ; d'autre part, près des deux tiers des salariés consultés s'étaient prononcés.

L'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale prévoit que les garanties collectives peuvent être mises en place, notamment, par un « projet d'accord ratifié à la majorité des intéressés ». L'article L. 911-5, entré en vigueur en 1994, prévoyait qu'un décret fixe les modalités dans lesquelles doit être ratifié le projet d'accord.

Depuis 1994, le décret n'a jamais été pris. Était notamment incertaine la question de savoir si la ratification devait être opérée à la majorité des votants ou des inscrits.

Dans le silence du pouvoir réglementaire, la jurisprudence avait par le passé fait preuve d'une certaine bienveillance en admettant que soit retenue la majorité des votants (CA Lyon, 8 février 1962) ou en retenant la validité d'actes à l'occasion desquels les principes généraux du droit électoral n'avaient pas été respectés (Soc., 21 mars 2002, n° 00-14.001). La doctrine en déduisait qu'il était possible d'entendre la majorité des votants ou la majorité des suffrages exprimés (Lamy rémunération complémentaire n° 510-32, citant la réponse ministérielle à Q.E. n° 5234 du 14 janvier 1953 en ce sens).

En 2009, l'administration, par voie de circulaire, décidait que les régimes mis en place par projet d'accord n'étaient éligibles aux exonérations de charges sociales qu'à la condition que la ratification ait eu lieu à la majorité des inscrits. Partant, étaient « disqualifiés » tous les régimes dans lesquels l'employeur, quoique de bonne foi, avait retenu la majorité des votants ou des suffrages exprimés (62).

Dans une décision du 15 novembre 2011, la Cour de cassation reprenait à son compte cette interprétation : un régime « obligatoire » prévu par un projet d'accord ne peut entrer en vigueur qu'à la condition qu'il ait été ratifié à la majorité des inscrits. En conséquence, d'une part, les exonérations de charges sociales ne bénéficient pas à l'entreprise lorsque la ratification est intervenue à la majorité des votants (et, lorsque les exonérations ont été pratiquées dans le passé, un redressement est possible), d'autre part, les salariés qui ont été contraints à l'affiliation en raison du caractère obligatoire du projet d'accord peuvent demander le remboursement des sommes qui ont été précomptées par le passé pour financer les garanties.

Si les imprécisions du législateur ont pu soulever de réelles difficultés, certaines ont laissé au juge la liberté nécessaire pour que celui-ci retienne les solutions les plus adaptées aux cas d'espèce qui lui étaient soumis. À l'occasion, la Cour de cassation sut user de l'imprécision du droit au profit de l'équité ou de l'efficacité économique de ces décisions.

Équité

La Cour de cassation en fit preuve lorsqu'elle interpréta les termes de l'article 4 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 comme imposant le maintien, au profit de l'ancien salarié bénéficiaire d'un revenu de remplacement, d'une couverture strictement identique à celle dont il bénéficiait en tant que salarié (63), nonobstant la modification éventuelle du contrat ou de l'adhésion assurant la couverture des salariés (64).

Quoique la solution fut à l'époque contestée (65) (l'espèce, il faut le reconnaître, se prêtait à une telle contestation), « *il ne saurait être fait grief à la Cour de cassation d'avoir, avec les moyens que lui offrait le législateur, assuré une protection aux anciens salariés, plus facilement exclus du marché de l'assurance* ». Et, « *si la Cour de cassation impose une identité parfaite entre les garanties offertes aux retraités et celles dont jouissent les actifs, c'est pour éviter que les premiers ne subissent une réduction très substantielle de leurs garanties* » (66).

(62) Circ. DSS/5B/2009/32 du 30 janvier 2009, comm. B. Dorin, V. Roulet, JCP S 2009.1093.

(63) Le contrat ou l'adhésion à une opération collective doit prévoir « *les modalités et les conditions tarifaires des nouveaux contrats ou conventions par lesquels l'organisme assureur maintient cette couverture [la couverture dont bénéficiait, en tant que salarié, la personne quittant l'entreprise]* ». Le texte, en dépit du démonstratif « *cette* », prête à confusion quant à l'objet exact de la garantie dont pouvaient profiter les anciens salariés.

(64) Civ. 2°, 7 février 2008, JCP S 2008.1227, note F. Kessler ; RGDA 2009.549, note J. Kullmann.

(65) J. Barthélémy, L. Lautrette, *La garantie prestations en nature des anciens salariés au regard du système en vigueur pour le personnel en activité*, Dr. soc. 2008.1021 ; L. Lautrette, D. Piau, *Le maintien des obligations d'assurance en prévoyance collective*, Dr. soc. 2007.853 ; *contra*, V. Roulet, *Pour une réforme de l'article 4 de la loi Évin*, Dr. soc. 2012.1060.

(66) V. Roulet, art. préc.

Efficacité économique

La loi Évin, en imposant la capitalisation partielle du financement des garanties avait notamment pour objet de faire disparaître la pratique des « indemnités de résiliation ». Ces indemnités étaient dues par le souscripteur ou l'adhérent à une opération de groupe à l'organisme assureur lorsqu'il résiliait le contrat ou l'adhésion : les régimes étant gérés en répartition pure, l'organisme assureur ne disposait pas des sommes nécessaires au maintien des prestations incapacité ou invalidité en cours de service après résiliation. L'indemnité de résiliation finançait ce maintien de prestation. Toutefois, l'indemnité de résiliation, en raison de son montant, se révélait être un obstacle au changement d'organisme assureur, donc une entrave à la concurrence.

Grâce aux obligations de provisionnement (donc au passage à des régimes gérés en partie par capitalisation), le législateur put exiger des organismes assureurs qu'ils maintiennent le paiement des prestations après la résiliation des contrats et adhésion (67).

Dans le même temps le législateur contraignait le nouvel organisme assureur à prendre en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la période de couverture (68).

La question des indemnités de résiliation réapparut dans une forme différente. En cas de succession d'organismes assureurs, lequel de l'ancien ou du nouveau doit supporter les prestations ?

La Cour de cassation sut manier avec brio les exigences sociales et économiques lorsqu'elle décida, en 2007, des champs d'application respectifs des articles 2 et 7 de la loi n° 89-1009 en cas de succession d'organismes assureurs.

En décidant que l'ancien assureur, et non le nouveau, est tenu de prendre en charge les suites des états pathologiques survenus durant la période de garantie au titre de la première période de couverture, la Cour de cassation évite que le nouvel organisme assureur exige, lors de la souscription du contrat, le paiement d'une somme spéciale en vue de couvrir les provisions correspondantes au risque particulier porté par les salariés en cours d'indemnisation.

Elle évite ainsi l'apparition d'un coût spécial de changement d'organisme assureur et encourage la concurrence, sans nuire à la protection des salariés.

§2. Le droit de l'assujettissement

Ce qui frappe de prime abord, lorsqu'est étudié le droit de l'assujettissement, est la complexité de la règle de droit découlant de la multiplication des textes administratifs et de la mauvaise facture de ceux-ci.

(67) Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, article 7.

(68) Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, articles 2 et 3.

Multiplication de la doctrine administrative

TABLEAU N° 8

Textes administratifs, publiés depuis la loi portant réforme des retraites de 2003 et ayant pour objet principal les conditions d'assujettissement à charges sociales des contributions servant au financement des garanties collectives offertes aux salariés. Ne figurent pas les textes qui n'évoquent ce thème que de manière incidente ou accessoire alors même qu'ils auraient une incidence sur la direction des régimes d'entreprise (69), ne figurent pas non plus les dispositions tenant à l'assujettissement à l'impôt.

Texte	Organisme	Date	Objet	Nombre de pages
Lettre circulaire	ACOSS	12/05/2004	Régimes de retraite à prestations définies conditionnant la constitution de droits à prestations à l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise.	2
Circulaire	DSS	07/06/2004	Contribution à la charge de l'employeur sur les régimes de retraite conditionnant la constitution de droits à prestations à l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise.	6
Lettre circulaire n° 2005-22	ACOSS	25/01/2005	Réforme du régime social des contributions des employeurs au financement de prestations complémentaires de retraite et de prévoyance.	3
Circulaire DSS/5B/2005/396	DSS	25/08/2005	Modalités d'assujettissement aux cotisations de sécurité sociale, à la contribution sociale généralisée et à la contribution au remboursement de la dette sociale des contributions des employeurs destinées au financement de prestations complémentaires de retraite et de prévoyance.	21
Circulaire DSS/2A/2006/314	DSS	11/07/2006	Modalités d'application des règles que les garanties d'assurance complémentaire de santé doivent respecter pour bénéficier d'aides fiscales ou sociales.	17
Circulaire DSS/5B/2007/77	DSS	23/02/2007	Précise la nature des primes versées par les entreprises à des organismes assureurs en vue d'assumer l'obligation de maintien de salaire qui leur incombe, modifiant en conséquence les dispositions de la circulaire DD/5B/2005/396.	3
Lettre-circulaire n°2007-118	ACOSS	29/09/2007	Appréciation du caractère collectif et obligatoire du régime de prévoyance ou de retraite.	4
Circulaire DSS/5B/2008/387	DSS	30/12/2008	Mise en œuvre du forfait social prévu à l'article 13 de la loi n° 2008-1330 du 17 décembre 2008 de financement de la sécurité sociale pour 2009.	4

(69) V. p. ex. : ACOSS, Lettre circulaire n° 2011-39 du 29 mars 2011 ; Lettre circulaire n° 2011-38 du 29 mars 2011.

Circulaire DSS/5B/2009/32	DSS	30/01/2009	Modalités d'assujettissement aux cotisations des contributions des employeurs destinées au financement de prestations de retraite supplémentaire et de prévoyance.	33
Lettre-circulaire n° 2011-36	ACOSS	24/03/2011	Régime social des contributions patronales de retraite et de prévoyance.	19
Circulaire DSS/5B/2012/71	DSS	10/02/2012	Modalités de versement des contributions dues au titre du changement d'option sur les régimes de retraite prévus à l'article L. 137-11 du Code de la sécurité sociale.	5
Lettre-circulaire n° 2012-43	ACOSS	03/04/2012	Contributions dues dans le cadre des régimes de retraite supplémentaire à prestations définies relevant de l'article L.137-11 du Code de la sécurité sociale.	9

NB : La publication de certains des textes ici répertoriés a été « provoquée » par des évolutions législatives.

Malfaçon de la doctrine administrative

Quant à la rédaction des textes administratifs, il est très aisé d'en souligner la faiblesse. À défaut d'une liste exhaustive des maladroites de rédaction, une typologie de celles-ci peut être dressée.

- l'administration ne maîtrise pas certaines notions de droit du travail et place les entreprises dans une situation où elles ne peuvent pas juridiquement respecter à la fois le droit du travail et le droit de l'assujettissement ; à certains égards, des efforts ont été faits récemment par l'administration pour mieux prendre en compte les obligations légales pesant par ailleurs sur les entreprises.
- l'administration recourt à des notions vagues, indéfinies, que l'entreprise de bonne foi ne peut saisir. Ainsi, la notion de « mise en place », par opposition à la notion de « modification », n'a jamais été clairement définie ; pas plus que n'est définie, aujourd'hui, la notion de « sous-catégorie » visées au 4° de l'article R. 242-1-1 du Code de la sécurité sociale dans sa rédaction issue du décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012.
- l'administration commet quelques erreurs matérielles (mais comment savoir *ab initio* qu'il s'agit d'une erreur matérielle ?) : dans le décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012, l'administration distingue et traite juridiquement de manière différente, les prestations « destinées à couvrir (un) risque d'incapacité de travail » et celles destinées à couvrir « une perte de revenu en cas de maladie » (70).

À la décharge de l'administration des éléments peuvent toutefois être apportés. D'abord, les services de la direction de la sécurité sociale font preuve, à l'égard des assujettis, d'une très grande disponibilité. Mais quoique les réponses fournies soient souvent utiles, elles n'apportent pas la sécurité juridique que les assujettis sont en droit d'attendre. Ensuite, dans la confection des textes administratifs, l'administration prend soin de communiquer à la fois sur les époques de publication des textes et sur le contenu de ceux-ci, avant même leur publication.

Proposition 3

Veiller à la qualité des textes ; réécrire certains textes existants.

(70) Code de la sécurité sociale, art. R. 242-1-2, 3° et 4°.

CHAPITRE DEUXIÈME

L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT

Résumé. – *La protection sociale complémentaire s'est construite sur une logique « catégorielle », laquelle paraît contraire à l'épanouissement du principe d'égalité de traitement. Ce dernier, dont l'avènement dans le droit du travail est désormais sensible mais dont la mise en œuvre ne va pas sans soulever des difficultés juridiques techniques, trouve ses limites dans la spécificité de la protection sociale complémentaire.*

Plan. – *Section 1. La montée en puissance du principe d'égalité de traitement en droit du travail ; Section 2. Le déploiement du principe d'égalité de traitement dans la protection sociale d'entreprise.*

Au sein des relations de travail, le principe d'égalité prit ces dernières années une place considérable. Dépasant « discrimination », notion sur laquelle s'était construite la protection des populations exposées à quelque *a priori* social négatif, influençant sensiblement l'accès à l'emploi, la rémunération et la protection durant la carrière, le principe d'égalité prétend aujourd'hui imposer une égalité parfaite entre les salariés placés dans une même situation.

Désormais profondément ancré dans le droit du travail (Section 1), le principe d'égalité devait un jour saisir la protection sociale complémentaire. Il se heurterait alors aux « traditions » qui, jusqu'à présent, présidaient à la construction de la protection sociale (Section 2).

SECTION 1. L'ÉMERGENCE DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT EN DROIT DU TRAVAIL

Du principe « à travail égal, salaire égal » affirmé en 1999 par la Cour de cassation (71) s'est peu à peu dégagé un principe général d' « égalité de traitement » élevé par cette même Cour au rang de principe de valeur constitutionnelle quelques années plus tard (72).

Le déploiement du principe d'égalité, le renversement théorique qu'il concrétise – la liberté contractuelle s'efface au profit du « statut » – comme les bouleversements qu'il emporte dans la pratique quotidienne des relations de travail ont suscité une très importante littérature (73). Pour cette raison, il faut renoncer à envisager le principe d'égalité de traitement sous tous ses aspects, pour se concentrer spécialement sur l'influence du principe à l'égard de la protection sociale d'entreprise.

L'égalité de traitement qu'accueille le droit du travail n'est pas un principe homogène ; il se décline. Ce qui implique de s'arrêter un instant sur le fondement puis sur la portée de l'égalité de traitement.

§1. Le fondement de l'égalité de traitement

Le droit du travail connaît deux *principes* d'égalité de traitement.

Il y a, d'abord, l'égalité de traitement que met en œuvre la Cour de cassation. Le principe est un commandement adressé à l'employeur : à ce dernier il est interdit de traiter différemment les salariés de l'entreprise sans justifier de raisons objectives de distinction, raisons dont le juge s'assure de la réalité et de la pertinence (74). La Cour de cassation étend

(71) Soc., 18 mai 1999, bull. n° 213, Dr. soc. 1999, p. 747, obs. C.Radé.

(72) Soc., 5 mai 2004, bull. n° 119.

(73) V., pour une synthèse récente, J.-F. Cesaro (ss. dir), *L'égalité en droit social*, LexisNexis, 2012.

(74) V. dernièrement, Soc., 6 juillet 2011, n° 09-65.554, JCP S 2011.1545.

l'application du principe d'égalité de traitement aux partenaires sociaux : y sont soumis les conventions et accords collectifs de travail.

Il y a ensuite l'égalité de traitement dont fait usage le Conseil constitutionnel. Reposant sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, elle est une limite fixée au pouvoir du législateur quoique le Conseil la présente sous la forme d'une autorisation : « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* » (75).

L'une et l'autre facettes de l'idée « d'égalité de traitement » s'épanouissent dans le droit du travail. Leur déploiement respectif est facilité puisque leurs contenus, contrairement à leurs destinataires, ne diffèrent pas sensiblement. L'un répond à l'autre.

Toutefois, précisément en raison de la différence des destinataires de ces principes, leurs portées respectives ne sont pas identiques. Voilà qui aura des conséquences en matière de protection sociale complémentaire.

§2. La portée de l'égalité de traitement

La portée de l'égalité de traitement doit être évoquée sous deux angles distincts : d'abord la portée normative, ensuite la portée pratique.

La portée normative

L'égalité de traitement portée par le Conseil constitutionnel s'adresse au législateur ou au pouvoir réglementaire : y sont soumises les normes sur lesquelles les personnes privées déploient leurs activités. En revanche, les actes pris par ces personnes privées n'y sont guère soumis. Ils échappent au contrôle du Conseil constitutionnel.

L'égalité de traitement portée par la Cour de cassation s'adresse quant à elle à ces actes passés par les personnes privées, peu important que ces actes aient une portée collective (engagements unilatéraux de l'employeur, conventions et accords collectifs) ou individuelle. Mais, ce faisant, le contrôle s'étend au-delà de ces actes privés. Parce que l'égalité de traitement à laquelle l'employeur est assujéti à une valeur constitutionnelle, elle a vocation à primer les dispositions légales s'appliquant de façon concurrente à l'employeur. Outre le fait que le juge judiciaire se reconnaît ainsi, de fait, le pouvoir de contrôler la constitutionnalité de la loi, il fait peser sur l'employeur (mais aussi sur les partenaires sociaux) la charge d'anticiper le conflit éventuel – et la résolution de celui-ci – entre la loi et le principe d'égalité de traitement.

Telle fut précisément la difficulté qui se présenta lorsque des salariés contestèrent, sur le fondement de l'égalité de traitement, l'application des dispositions des articles L. 2261-10 et suivants du Code du travail relatifs aux conditions d'extinction des conventions et accords collectifs de travail. La Cour de cassation la résolut en considérant que les dispositions légales, loin de constituer une atteinte au principe d'égalité de traitement, permettaient au contraire la mise en application de celui-ci : les textes en cause « *ont pour objet de compenser en l'absence de conclusion d'un accord de substitution, le préjudice que [les salariés] subissent du fait de la dénonciation de l'accord collectif* » dont ils tiraient autrefois profit (76). Implicitement, la Cour de cassation se réservait donc la possibilité d'écarter une disposition légale qui contreviendrait au principe d'égalité.

D'où il résulte que l'existence et l'organisation de la protection sociale, peu important qu'elle soit instituée au sein de l'entreprise ou au-delà de celle-ci, peu important qu'elle soit instituée par la loi, le règlement ou les conventions et accords collectifs, demeurent soumises à l'application que feront le Conseil constitutionnel mais, surtout, la Cour de cas-

(75) V., dernièrement et en matière de droit du travail : Cons. const., déc. n° 2012-232 QPC du 13 avril 2012.

(76) Des salariés embauchés après la dénonciation d'un accord collectif réclamaient que leur soit étendu, sur le fondement du principe « à travail égal salaire égal », le bénéfice des avantages individuels acquis dont profitaient les salariés présents dans l'entreprise au jour de la dénonciation de l'accord : Soc., 11 juillet 2007, n° 06-42.128 et s., LexbaseHebdo n° 272, note C. Radé.

sation du principe d'égalité de traitement. Au-delà des seuls régimes « supplémentaires » de prévoyance et de retraite, ce sont donc également les régimes complémentaires, notamment de retraite, qui, *a priori*, sont soumis au principe d'égalité de traitement.

La portée pratique

Principe constitutionnel, le principe d'égalité de traitement prétend s'imposer à tous les avantages et à tous les salariés : de limite, il ne connaît guère.

Si hégémonique soit-il, il lui faut cependant fréquemment céder devant les faits. L'observation attentive des us et coutumes sociaux révèle en effet nombre de pratiques ou de comportements qui, bien qu'approuvés par le corps social et validés par le sens commun, vont à l'encontre du principe d'égalité de traitement. De manière plus rare, des considérations économiques contraignent parfois employeurs et salariés à mettre à l'écart le principe.

Or, sans que cela soit fréquent, il n'est pas rare que la Cour de cassation décide que de telles pratiques, approuvées socialement mais manifestement contraires au principe d'égalité, satisfont tout de même à ce dernier.

Parfois, la résistance des faits à un principe dogmatique par essence est dissimulée par quelque artifice juridique. Ainsi en est-il lorsque la Cour de cassation refuse d'ériger l'unité économique et sociale au rang de périmètre d'appréciation de l'égalité (77). Les seuls faits que des salariés exercent leurs activités dans une même perspective économique en bénéficiant d'un statut social comparable justifieraient qu'ils soient traités de manière égale pourvu que leurs prestations fussent de valeur similaire. Et il est difficile de justifier que la personnalité juridique, faisant écran, mette en échec un principe de valeur constitutionnelle (d'autant que, par hypothèse, les personnes juridiques en cause entretiennent entre elles des liens très étroits).

Parfois, la résistance des faits s'impose, sans que la Cour de cassation apporte une quelconque justification. Ainsi jugea-t-elle par le passé qu'une cour d'appel avait « *exactement décidé* » que des dispositions conventionnelles « *qui prévoient des avantages déterminés en fonction d'un critère indépendant du travail fourni tenant compte de la situation de famille des agents, ne violaient pas le principe d'égalité des rémunérations et n'instituaient aucune discrimination prohibée* » (78). L'avantage était d'autant plus important qu'était nombreuse la famille du salarié.

Enfin, le principe devait céder devant le poids d'une situation économique. Ainsi l'employeur peut-il justifier une différence de traitement en démontrant que l'état du marché du travail rend nécessaire cette différence (79).

De ces quelques exemples, un constat doit être fait qui, au demeurant, se renouvèlera en matière de protection sociale complémentaire. **Si l'égalité de traitement est un « but » que le juge assigne aux entreprises, il cède, en fait, dès lors que des considérations sociales ou des impératifs économiques forts s'y opposent.**

SECTION 2. LE DÉPLOIEMENT DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT EN DROIT DE LA PROTECTION SOCIALE D'ENTREPRISE

Le développement du principe d'égalité de traitement en matière de protection sociale complémentaire est le fruit d'une lente évolution engagée à l'occasion de la loi portant réforme des retraites du 21 août 2003 (§1). L'administration fut l'agent principal de cette évolution ; d'abord par voie de circulaires (§2) puis par voie réglementaire (§3) elle donna corps au principe. La Cour de cassation vint enfin, récemment, préciser sa conception de l'égalité de traitement appliquée à la protection sociale complémentaire (§4). Gageons qu'il ne s'agit là encore que d'une étape : les décisions du 13 mars 2013 n'ont vraisemblablement qu'un caractère temporaire (§5).

(77) Soc., 1^{er} juillet 2005, n° 04-42.143, JCP E 2005.1190, note P. Lokiec.

(78) Soc., 25 octobre 2007, n° 06-43.010 et s.

(79) Soc., 21 juin 2005, n° 02-42.658.

§1. La loi n° 2003-775 du 21 août 2003

Originellement, avant même la loi n° 2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, figurait, dans les textes afférents à la protection sociale complémentaire, quelques dispositions sur lesquelles allait, par la suite, émerger l'égalité de traitement : notamment, l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale régissait et régit encore les « garanties collectives » dont bénéficient les salariés. À ce stade, l'idée présidant à l'établissement de la législation était de **permettre juridiquement le maintien et le développement de garanties au profit d'une large population** et d'éviter que de tels avantages, dont l'intérêt pour l'individu et la collectivité est indéniable, soient, pour des raisons juridiques, limités aux salariés disposant des plus fortes rémunérations. Non seulement le contrat de travail, mais encore des normes collectives (la convention ou l'accord collectif, le projet d'accord ratifié, la décision unilatérale), étaient un moyen de mettre en place des garanties complémentaires. L'idée même d'égalité n'est pas installée : des garanties individuelles bénéficient encore des exonérations de charges sociales et d'impôt sur le revenu (80).

En revanche, apparaissaient çà et là quelques dispositions relatives aux discriminations. D'une part, la protection sociale participant de la rémunération, elle obéissait aux dispositions anti-discrimination applicables à cette dernière, tel l'ancien article L. 122-45 du Code du travail (81). D'autre part, certaines dispositions spéciales, propres à la protection sociale trouvaient à s'appliquer : l'article L. 913-1 du Code de la sécurité sociale prévoyait déjà qu' « aucune disposition comportant une discrimination fondée sur le sexe ne peut être insérée, à peine de nullité, dans les conventions, accords ou décisions unilatérales » instituant les garanties collectives (82).

Lorsqu'en 2003 le législateur réserva le bénéfice des avantages sociaux et fiscaux aux régimes collectifs et obligatoires, un premier pas fut franchi. S'il n'est pas acquis que l'idéal d'égalité ait motivé l'action législative (83), furent cependant chassées du champ de ces avantages les garanties offertes à des salariés individuellement identifiés. De fait, un premier mouvement de généralisation des couvertures complémentaires est exigé ; s'esquisse l'idée d'une égalité entre les salariés appartenant à une « même » collectivité. Ainsi que le relevait Maître Rigaud en 2006, « le droit de la sécurité sociale [s'approprie] le concept d'égalité de traitement, issu du droit du travail, pour le retranscrire sous la condition du caractère collectif » (84).

§2. La doctrine administrative

À l'administration revient le mérite d'avoir envisagé les termes spécialement applicables à la protection sociale d'entreprise, tels « garanties collectives » ou caractère « collectif », sous l'angle de l'égalité de traitement se développant alors en droit du travail.

À compter de 2005, la lecture que l'administration fit des textes légaux définissant les conditions d'exonération de charges sociales révélait la volonté de traduire, dans la protection sociale d'entreprise, les exigences du principe d'égalité de traitement.

La construction de la doctrine administrative devait trouver son aboutissement dans le décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012. Elle s'articula autour de deux axes : pourchasser les discriminations, instaurer l'égalité. Le mouvement néanmoins trouva assez vite ses limites soit que, techniquement, l'administration ne parvint pas à résoudre certaines difficultés pratiques, soit que plus curieusement, elle renonçât ponctuellement à ses convictions.

(80) V. p. ex. : Code de la sécurité sociale, article L. 242-1 (réd. du 17 janvier 2002) : « Les contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de retraite et de prévoyance sont exclues de l'assiette des cotisations mentionnées au premier alinéa ci-dessus pour la partie inférieure à un montant fixé par décret ».

(81) Devenu l'article L. 1132-1 du Code du travail.

(82) Et la Cour de justice de l'Union européenne (alors CJCE) eut plusieurs fois l'occasion de faire application de ce principe d'égalité de traitement entre les sexes : v. p. ex. : CJCE, 17 mai 1990, aff. C-262/88, Barber ; CJCE, 28 septembre 1994, aff. C-128/93, Fischer.

(83) Ce sont essentiellement des considérations financières qui ont présidé à la modification de la législation.

(84) D. Rigaud, *Égalité de traitement et rémunérations complémentaires*, SSL 2006, supp. n° 1256, p. 27.

La recherche de l'égalité de traitement

Les grandes lignes de la doctrine administrative furent posées dans la circulaire DSS/5B/2005/396 du 25 août 2005. Elles furent reprises et étoffées dans les textes suivants, jusqu'à la circulaire DSS/5B/2009/32 du 30 janvier 2009.

D'une part, étaient exclus du bénéfice des exonérations de charges sociales les régimes pratiquant des discriminations prohibées expressément ou non par le droit du travail. Certes, l'administration ne visait pas les discriminations les plus flagrantes (sexe, origine...) convaincue, certainement, qu'à leur égard il était inutile de se prononcer. Elle envisageait en revanche spécialement la question de la discrimination selon l'âge et selon la nature du contrat de travail.

À propos du premier critère, elle énonçait que « *sauf à remettre en cause le caractère collectif, l'accès au bénéfice du régime ne peut reposer sur un critère relatif à l'âge du salarié* » (85). Ainsi furent modifiées les pratiques des organismes assureurs qui, fréquemment, prévoyaient une diminution du montant de la garantie décès lorsque l'assuré atteignait l'âge de 60 ou 65 ans.

À propos du second critère, elle décidait que « *l'accès au système de garanties ne peut reposer sur des critères relatifs à la nature du contrat : contrat à durée indéterminée (CDI) ou déterminée (CDD)* » (86). Ainsi influa-t-elle sur la pratique non plus des organismes assureurs mais des entreprises qui, trop souvent, réservaient, contre l'esprit de l'article L. 1242-14, le bénéfice des garanties aux salariés sous contrat de travail à durée indéterminée.

D'autre part, l'administration commença à imposer positivement l'égalité. Conformément à la lettre de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, elle excluait du bénéfice des exonérations de charges sociales la garantie octroyée dans le but « *d'accorder un avantage personnel* » à un salarié (87) ; le régime devait avoir « *vocation à s'appliquer de manière générale et impersonnelle* » (88). S'il n'était pas nécessaire que le régime bénéficiât à l'ensemble des salariés de l'entreprise, du moins fallait-il que fût couverte une « *catégorie objective* » de salariés (dont l'administration fixait les conditions de détermination).

Naquirent les difficultés. En premier lieu, rien n'indiquait que l'administration ait le pouvoir juridique de limiter les conditions dans lesquelles étaient définies les catégories objectives.

En second lieu, la façon dont l'administration définissait les catégories objectives n'était pas exempte de toute critique. Il n'était pas acquis que l'administration se conformait à la jurisprudence de la Cour de cassation lorsqu'elle définissait les catégories objectives. Le juge judiciaire exige (exigeait ? (89)) pour que soit respecté le principe d'égalité de traitement que les critères de distinction (donc, en l'espèce, les critères des catégories objectives) soient « *objectifs* » et « *pertinents* ». En troisième lieu, l'administration ignorait certaines contraintes légales.

Les limites de l'action administrative

La première limite de l'action administrative résida dans sa méconnaissance du droit du travail ; la seconde dans l'incohérence de son propos.

Méconnaissance du droit du travail

L'administration (et ce n'est d'ailleurs pas son rôle), ne maîtrisait pas parfaitement les subtilités du droit du travail. Ainsi sa doctrine se trouvait-elle parfois vouée à être méconnue par les entreprises. L'administration sanctionnait, sans aucun fondement, la constitution de régimes d'établissement par décision unilatérale ou règlementait de façon extrêmement

(85) Circ. DSS/5B/2009/32.

(86) Idem.

(87) Idem.

(88) Idem.

(89) V., suite aux décisions du 13 mars 2013, *infra*, p. 44.

curieuse le transfert du régime de protection sociale à l'occasion d'un transfert d'entreprise soumis à l'article L. 1224-1 du Code du travail.

TABLEAU N° 9 Pourquoi faire simple quand il est possible de faire compliqué ?

Lancinantes et insolubles difficultés pour les entreprises : comment concilier le droit du travail et le droit de l'assujettissement

Il n'est pas rare que l'employeur, diligent et de bonne foi, ainsi que les salariés, également de bonne foi, se trouvent dans l'impossibilité logique de respecter ensemble le droit du travail et le droit de l'assujettissement. Deux exemples parmi d'autres : les questions des régimes d'établissement et des transferts d'entreprise. Anciennes, elles n'ont toujours pas été résolues...

Régimes d'établissement

La Cour de cassation prévoit, en principe, que le principe d'égalité s'applique dans l'ensemble de l'entreprise ; s'il est permis à l'employeur et aux partenaires sociaux, notamment par accord collectif, de déroger à ce principe et de traiter différemment des salariés en fonction de leur rattachement à un établissement particulier, c'est à la condition que cette différence de traitement soit appuyée par un motif légitime et pertinent. Ainsi, le droit du travail n'interdit pas généralement – ni n'autorise généralement – ce type de distinction.

L'administration, pour sa part, apprécie le caractère collectif au regard de l'entreprise. Telle était la position envisagée dans les circulaires de 2005 et 2009 ; le décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012 ne l'a pas remise en cause.

Or, il s'avère que, notamment pour des raisons historiques (rachats successifs d'entreprises et d'établissements), il n'est pas rare que, indépendamment de toute intention frauduleuse et, souvent, avec l'aval des partenaires sociaux, coexistent, côte-à-côte, plusieurs régimes s'appliquant chacun à un établissement constituant l'entreprise. Partant, si tous les salariés d'un même établissement disposent d'un même régime, tous les salariés de l'entreprise ne disposent pas du même régime.

La difficulté s'accroît lorsqu'est prêté attention aux dispositions relatives à la retraite complémentaire. Celles-ci prévoient que, à l'occasion d'une fusion entre plusieurs entreprises, le regroupement des adhésions ne constitue qu'« une possibilité, tant que les anciennes entreprises demeurent des établissements distincts après la fusion ». Il faut ajouter enfin que, cela n'est pas rare, les institutions de retraite complémentaire offrent, bien souvent, des services concurrentiels : et les entreprises ont tendance – même si cela s'estompe peu à peu – à souscrire les régimes de garanties collectives auprès de leurs institutions de retraite complémentaire.

De là naît la question de savoir si un régime d'établissement (parfaitement conforme par ailleurs) satisfait aux conditions d'exonérations des charges sociales posées par l'Administration.

En dernier lieu, l'administration a fourni une réponse extrêmement étrange. À la question : « La mise en place d'un régime de prévoyance complémentaire ou de retraite supplémentaire peut-elle être effectuée au niveau de l'établissement ? », l'administration répondit :

« Aux termes de l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale, le régime doit être mis en place :

- soit par voie de conventions ou d'accords collectifs,*
- soit à la suite de la ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise,*
- soit par une décision unilatérale du chef d'entreprise constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé.*

S'agissant des deux dernières modalités de mise en place, l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale vise un "projet proposé par le chef d'entreprise" ou une "décision unilatérale du chef d'entreprise".

Par cette rédaction précise, le législateur n'autorise pas que le projet d'accord ou la décision unilatérale émane d'un chef d'établissement.

Il en résulte que le régime mis en place selon l'une de ces deux modalités devra nécessairement être mis en place au niveau de l'entreprise et concerner tous les salariés de l'entreprise ou une ou plusieurs catégories objectives de salariés de l'entreprise ».

Le raisonnement est juridiquement indéfendable. Chacun sait que le « chef d'établissement » est assimilé *mutatis mutandis* au « chef d'entreprise » en droit du travail et que, lors même que cela ne serait pas le cas, le « chef d'établissement » qui engage la personne juridique de l'employeur à l'égard des salariés utilise une délégation (un mandat) de celui-ci : partant, c'est bien le « chef d'entreprise » qui s'engage à l'endroit des salariés. En outre, rien dans le texte de l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale, ni dans les travaux préparatoires ne laisse entendre que le législateur a voulu créer des régimes juridiques différents (autres que celui propre aux actes juridiques) selon que le régime est mis en place par décision unilatérale, projet d'accord ou accord collectif.

Il n'en demeure pas moins que la position expresse de l'administration – sans que l'on sache si elle a été remise en cause par le décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012 – est que seuls sont autorisés les régimes d'établissement mis en place par accord collectif d'établissement. Ce qui, au demeurant, témoigne d'une divergence entre la jurisprudence et la doctrine administrative. Les entreprises ne pouvaient pas (et ne peuvent toujours pas) respecter, ensemble, l'une et l'autre.

Transfert d'entreprise

Le sort du statut collectif des salariés en cas de transfert d'entreprise est relativement complexe à décrire. Substantiellement, il faut relever que :

- aux termes de la loi, les conventions et accords collectifs sont transférés au nouvel employeur ; ils continuent de produire leurs effets durant un an et, quoiqu'ils s'éteignent au-delà, les salariés qui en bénéficiaient continuent alors de jouir des avantages individuels acquis,
- selon la jurisprudence les engagements unilatéraux de l'employeur sont transférés au nouvel employeur, lequel peut – mais ce n'est pas obligation qui lui incombe – les dénoncer. À défaut de dénonciation, l'engagement unilatéral transféré continue de s'appliquer sans limitation de durée.

Aussi longtemps que survit la norme applicable chez l'ancien employeur, celle-ci ne profite qu'aux salariés transférés, à l'exclusion des autres salariés du nouvel employeur. Il en résulte que des salariés d'une même entreprise ne profitent pas des mêmes avantages. Dès lors, se pose la question de l'égalité de traitement en droit du travail ; se pose également la question du respect du caractère collectif en matière d'exonération de charges sociales.

L'administration a proposé une réponse très maladroitement rédigée quoiqu'attentive aux difficultés pratiques auxquelles sont confrontées les entreprises. Substantiellement, non seulement le respect des dispositions légales afférentes aux conventions et accords collectifs ne remet pas en cause le caractère collectif, mais encore le respect des dispositions jurisprudentielles afférentes aux engagements unilatéraux n'est pas davantage contraire à ce caractère.

Pourtant, les deux situations sont très différentes : alors que dans le premier cas, l'employeur est tenu d'appliquer la loi, dans le second cas, il dispose (du moins à court terme) d'une faculté : celle de maintenir ou de dénoncer les garanties collectives.

Incohérence du propos

L'incohérence du propos de l'administration rejaillit à l'occasion. Alors que l'administration encourageait l'extension des garanties à l'ensemble des salariés ou, du moins, au plus grand nombre d'entre eux, voilà qu'elle autorisa, contre toute attente, un nivellement substantiel des avantages aidés au profit des salariés les mieux rémunérés. La circulaire DSS/5B/2009/32 autorisait la modulation des contributions patronales aux régimes de retraite à cotisations définies en fonction des revenus. Il ne s'agissait pas, comme en matière d'épargne salariale, d'aider les salariés percevant les salaires les moins élevés : « *il est(était) admis que le taux de la contribution prise en charge par l'employeur soit d'autant plus élevé que le coefficient de la convention collective ou le salaire est élevé* ». Davantage, l'administration admet que bénéficient du régime favorable prévu à l'article L. 137-11-1 du Code de la sécurité sociale les régimes de retraite à prestations définies, lors même qu'ils ne satisfont pas au caractère collectif. Ce faisant, l'administration n'assure en rien la réalisation du principe d'égalité.

Réunion

Ces deux limites, au demeurant, se trouvaient parfois réunies. « *Après avoir justement affirmé que les mandataires sociaux ne constituent pas, en tant que tels, une "catégorie objective de personnel", l'administration admet(ait) que les contributions versées par l'entreprise à un mandataire social bénéfici(ai)ent des exonérations de charges sociales dès lors que les garanties sont(étaient) ouvertes à l'ensemble du personnel ou "à une catégorie objective à laquelle appartient(enait) le mandataire"* » (90). D'une part, elle permettait aux mandataires sociaux de bénéficier des exonérations de charges sociales ; d'autre part, elle oubliait que les mandataires sociaux n'étaient pas des salariés : ils ne pouvaient donc appartenir à une catégorie objective de salariés !

Pour ces raisons, notamment, les consignes données par l'administration furent refondues pour prendre place dans un décret. L'assise réglementaire devant en outre prévenir les contestations.

(90) V. Roulet, *L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés*, éd. Panthéon-Assas, 2011, n° 83.

§3. Le décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012

L'administration continue de développer le principe d'égalité de traitement. Mais la façon dont elle procède est très maladroite. À maints égards, sous couvert de le proclamer, elle le dévoie.

L'affirmation du principe d'égalité de traitement

Le décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012 poursuit ouvertement le but de réaliser, au sein de la protection sociale complémentaire, l'égalité de traitement.

L'administration procède en deux temps. Dans un premier temps, elle exige que la population couverte soit définie de manière objective, c'est-à-dire au moyen de critères excluant toute individualisation de la couverture. Ces critères sont énumérés – la liste est-elle exhaustive ? – et hiérarchisés par l'administration (« *appartenance aux catégories de cadres et de non-cadres* », « *tranches de rémunération fixées pour le calcul des cotisations sociales* », etc. (91)). Ils sont posés au 1° à 5° de l'article R. 242-1-1 du Code de la sécurité sociale.

Dans un second temps, elle exige que la « catégorie objective » soit pertinente au regard des risques encourus par les salariés.

L'administration réserve le bénéfice des exonérations de charges sociales au régime de prévoyance et de retraite d'entreprise qui couvre « *l'ensemble des salariés* » ou « *une ou plusieurs catégories de salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées* » (92). Le pouvoir réglementaire reprend presque mot à mot l'énoncé du principe d'égalité de traitement par la Cour de cassation : « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage* » (93).

À ce stade, l'administration se conforme donc aux prescriptions de la Cour de cassation. Elle encourage même les entreprises à anticiper les exigences de la juridiction lorsqu'elle prévoit que « *pour les prestations de prévoyance complémentaire, le fait de prévoir des garanties plus favorables au bénéfice de certains salariés en fonction des conditions d'exercice de leur activité ne remet pas en cause le caractère collectif de ces garanties* » (94).

La transgression du principe d'égalité de traitement

Toutefois, il ne s'agit là que d'une apparence. Dans la suite du décret n° 2012-25, l'administration rompt de deux manières avec l'application jurisprudentielle du principe d'égalité de traitement.

1^{re} rupture. – D'abord, l'administration pose une série de présomptions aux termes desquelles les catégories objectives de salariés définies selon certains critères sont, à son égard, « *considérées comme couvrant l'ensemble des salariés placés dans une situation identique au regard des garanties mises en place* » (95).

Pour établir ces présomptions, l'administration distingue selon **les risques couverts par les garanties** (« *prestations de retraite supplémentaire* », « *prestations destinées à couvrir le risque de décès* », « *prestations destinées à couvrir les risques d'incapacité de travail, d'invalidité et d'inaptitude (...)* », « *prestations destinées à couvrir des frais de santé* »), puis selon **le critère de définition de la catégorie objective**. Ainsi, une présomption se présente sous la forme suivante :

(91) CSS, art. R. 242-1, al. 3 et s.

(92) Code de la sécurité sociale, art. R. 242-1-1, al. 2.

(93) V., p. ex. : Soc., 20 février 2008, n° 05-45.601.

(94) Encore qu'il convienne de noter la différence de rédaction : « *au regard des garanties concernées* » et « *en fonction des conditions d'exercice de leur activité* ».

(95) Code de la sécurité sociale, art. R. 242-1-2, al. 1 et s.

« Sont considérées comme couvrant l'ensemble des salariés placés dans une situation identique au regard des garanties mises en place : les prestations de retraite [risque couvert par les garanties] bénéficiant à des catégories établies à partir des critères mentionnés au 1° à 3° de l'article R. 242-1-1 [critère de définition de la catégorie objective] ».

Le problème est que rien n'indique que ce système de présomptions édicté par l'administration réalise effectivement l'égalité de traitement telle que celle-ci est conçue par la Cour de cassation.

Cette dernière, en effet, exige que les distinctions opérées parmi les salariés reposent sur « des raisons objectives dont le juge doit contrôler la pertinence » (96).

Or il n'est pas aisé de savoir en quoi « l'appartenance aux catégories et classification professionnelles définies par les conventions collectives de branche » (3° de l'article R. 242-1-5) est un critère « pertinent » en ce qui concerne les garanties de retraite supplémentaire (97). Les exemples pourraient être multipliés.

2^{de} rupture. – Aux principes qu'elle pose quant au caractère « collectif » des régimes de protection sociale, l'administration, dans le décret n° 2012-25, apporte parfois elle-même quelques exceptions.

Ces exceptions sont favorables aux entreprises. Elles tendent à rendre plus « malléables » les conditions dans lesquelles sont déployées les garanties collectives dont profitent les salariés. En tant qu'elles sont un outil offert à l'assujetti, elles ne sauraient incommoder celui-ci.

Toutefois, la légalité de certaines facultés laissées par l'administration aux assujettis soulève des interrogations.

Ainsi, par exemple, l'administration prévoit que ne perd pas le bénéfice des exonérations de charges sociales le régime qui, dans certaines limites, soumet le bénéfice des garanties à une « condition d'ancienneté », laquelle, selon l'objet des garanties varie de six mois à un an (98). Or la licéité de ces conditions d'ancienneté est extrêmement suspecte :

- D'une part, elle réalise une discrimination indirecte des salariés en contrat de travail à durée déterminée (alors que, par ailleurs, le décret prévoit que les catégories ne peuvent « *en aucun cas être définies en fonction (...) de la nature du contrat* ») : poser une condition d'ancienneté d'un an revient, mécaniquement, à exclure la quasi-intégralité des salariés employés sous contrat à durée déterminée.
- D'autre part, il est difficile de voir en quoi l'ancienneté serait un critère « pertinent » de distinction au regard de l'avantage offert aux salariés. Tout au plus pourrait être admise (comme c'est le cas en matière d'épargne salariale) une condition d'ancienneté de trois mois se justifiant par les coûts de gestion administrative du régime.

§4. Les décisions de la Cour de cassation du 13 mars 2013

Le 13 mars 2013, la Cour de cassation se prononça enfin sur la question de l'application du principe d'égalité de traitement à la protection sociale complémentaire. Il fut d'ailleurs surprenant que la question se posât si tard tant les régimes catégoriels sont nombreux et tant les enjeux financiers pour les salariés étaient grands.

Des enjeux considérables

En pratique, était donc en cause une part importante des régimes de protection sociale complémentaire existant, non seulement pour l'avenir, mais également pour le passé.

(96) P. ex. : Soc., 20 février 2008, n° 05-45.601, préc.

(97) En effet, l'appartenance à des classifications différentes n'empêche pas nécessairement une différence sensible de revenus, laquelle différence pourrait, au moyen de la notion de « taux de remplacement », justifier une différence de traitement.

(98) CSS, art. R. 242-1-2, in fine : « *Le fait de prévoir que l'accès aux garanties est réservé aux salariés de plus de douze mois d'ancienneté pour les prestations de retraite supplémentaire et les prestations destinées à couvrir des risques d'incapacité de travail, d'invalidité, d'inaptitude ou de décès, et aux salariés de plus de six mois d'ancienneté pour les autres prestations, ne remet pas en cause le caractère collectif de ces garanties* ».

Outre que les entreprises attendaient de savoir s'il leur fallait restructurer leurs régimes, planait sur elles le risque de réévaluer une part considérable des prestations versées par le passé en application de leurs régimes catégoriels. En filigrane se profilait encore la remise en question de la dualité des régimes complémentaires de retraite.

En théorie, les termes du débat étaient tout aussi forts. Au principe constitutionnel de l'égalité de traitement s'opposaient d'abord la tradition sur laquelle la protection sociale dans son ensemble s'était construite et, ensuite, la liberté des partenaires sociaux (droit constitutionnel au même titre que l'égalité de traitement) qui, par le passé, avaient toujours souscrit au principe des régimes catégoriels.

Autant dire que la position de la Cour de cassation était attendue. Elle fut suffisamment retentissante pour faire ici l'objet d'un commentaire approfondi.

Le choix de la sagesse

La Cour de cassation rendit trois décisions, dans un même sens, le 13 mars 2013 ; elle y écarte (pour un temps) le dogmatisme (99).

La première de ces décisions (n° 11-20.490) est relative à un régime « frais de santé » mis en place par décision unilatérale de l'employeur et bénéficiant à l'ensemble du personnel, quoique l'employeur prit en charge l'intégralité du financement pour les cadres et les agents de maîtrise mais seulement 60 % de celui afférent aux autres catégories de son personnel.

La seconde de ces décisions (n° 10-28.022) est relative à un régime de prévoyance complémentaire invalidité souscrit au bénéfice des seuls salariés cadres de l'entreprise.

La troisième de ces décisions (n° 11-23.761) est relative à un régime « frais de santé » réservé aux salariés cadres de l'entreprise.

Une quatrième décision, non publiée, relative à un régime de retraite supplémentaire clôt la liste (n° 11-13.645).

Dans chaque espèce, des salariés ne bénéficiant pas des garanties collectives ou en bénéficiant dans des conditions moins avantageuses (1^{re} espèce) critiquèrent le caractère catégoriel de ces avantages sur le fondement du principe d'égalité de traitement.

Par quatre fois, la Cour de cassation renie sa jurisprudence classique et fait échec aux prétentions des salariés. Elle juge que, « *en raison des particularités des régimes de prévoyance couvrant les risques maladie, incapacité, invalidité, décès et retraite, qui reposent sur une évaluation des risques garantis, en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle, prenant en compte un objectif de solidarité et requièrent dans leur mise en œuvre la garantie d'un organisme extérieur à l'entreprise, l'égalité de traitement ne s'applique qu'entre les salariés relevant d'une même catégorie professionnelle* ».

La Cour de cassation affirme la licéité des garanties collectives catégorielles ; elle écarte, en matière de protection sociale d'entreprise, l'application de sa jurisprudence classique relative à l'égalité de traitement.

De prime abord, la solution est claire et conforte la pratique des opérateurs. À dire vrai, elle n'appelle guère de commentaire particulier, juste quelques précisions.

Les aspects pratiques de la solution

La solution de la Cour de cassation repose sur deux idées. D'une part, le principe d'égalité de traitement ne s'applique pas entre des salariés relevant de catégories professionnelles différentes ; d'autre part, il s'applique entre les salariés relevant d'une même catégorie professionnelle.

(99) P. Baron, *Égalité de traitement et protection sociale complémentaire*, SSL 2013, n° 1579, p. 5 ; P. Coursier, *De l'égalité de traitement des régimes de prévoyance catégoriels*, JCP S 2013.1144.

La possibilité de distinguer selon les catégories professionnelles

La Cour de cassation admet la licéité des garanties collectives catégorielles. Le mode de mise en place des garanties collectives est indifférent ; les limites à la division en catégories paraissent peu contraignantes ; il importe peu que la différence catégorielle soit relative aux garanties elles-mêmes ou au seul mode de financement ; enfin, peu importe l'objet des garanties en cause.

➤ *Le mode de mise en place des garanties collectives est indifférent*

La Cour de cassation décide d'une application uniforme de sa solution, peu important le mode de mise en place : accord collectif, projet d'accord ratifié, décision unilatérale. En effet, ses décisions sont identiques à propos d'un régime mis en place par décision unilatérale et de régimes mis en place par accord collectif.

Ce faisant, la Cour se tient à la volonté du législateur de 1989, tout en prenant le contre-pied de l'administration qui, depuis quelques années, construit un régime différent selon le mode de mise en place (100). La solution consolide la situation juridique des régimes mis en place par décision unilatérale ; elle les maintient sur un pied d'égalité avec les régimes mis en place par d'autres voies ; en ce sens, elle doit être approuvée.

➤ *Les limites à la division en catégories paraissent peu contraignantes*

Si elle admet le principe de régimes catégoriels, **la Cour de cassation ne définit pas la notion de « catégorie ».**

Là est peut-être le point faible de la solution de la Cour de cassation – quoiqu'il s'explique très vraisemblablement par des raisons annexes (101).

La Cour de cassation admet ouvertement qu'il soit recouru aux grandes catégories : « cadres », « agents de maîtrise », « ouvriers » ; elle ne paraît pas fermer la porte à d'autres types de catégories (ex. : salariés détachés).

Surtout, **elle n'exige pas que l'employeur apporte la preuve de la pertinence, au regard des garanties souscrites, de cette distinction catégorielle.**

Ce point est essentiel.

D'une part, la Cour s'émancipe du raisonnement suivi par l'administration à l'occasion du décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012. Pour mémoire, l'article R. 242-1-1 du Code de la sécurité sociale, introduit par le décret, prévoit que les « *garanties peuvent (...) ne couvrir qu'une ou plusieurs catégories de salariés sous réserve que ces catégories permettent (...) de couvrir tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées* ».

Demeure toutefois la question de savoir jusqu'à quel degré l'employeur ou les partenaires sociaux peuvent descendre pour segmenter la population : l'administration, dans le décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012 prévoit qu'il est possible, dans certaines conditions, de recourir à des « sous-catégories » de salariés ; est-ce là également le choix de la Cour de cassation ? Pour le moment, rien ne l'indique... ni n'indique le contraire. Mais dans sa décision n° 11-13.645, la Cour admet implicitement que constituent des catégories distinctes les salariés cadres dits « délégués régionaux » et « directeurs généraux ».

D'autre part, la Cour de cassation, de manière générale, se démarque de la solution qu'elle retient classiquement à propos des avantages d'établissement (102). Une hésitation demeure donc : **est-il possible, au regard de l'égalité de traitement, de créer ou de maintenir des régimes d'établissement ?**

(100) V. p. ex. : Code de la sécurité sociale, article R. 242-1-6.

(101) V. infra, p. 80.

(102) Soc., 21 janvier 2009, JSL 2009, n°251, p. 19, obs. J.-E. Toureil.

➤ *Il est indifférent que la différence porte sur les garanties ou le financement de celles-ci*

En témoigne tout particulièrement la première espèce, où seuls étaient en cause, à l'exclusion des garanties, le principe et le montant du financement patronal. Que la Cour ne conclue pas à la violation du principe d'égalité de traitement nous paraît injustifiable juridiquement.

Par le passé, la Cour appliqua le principe d'égalité de traitement à l'encontre d'un employeur qui favorisait les salariés disposant des plus faibles rémunérations. Ce qu'elle fit en faveur des cadres, elle s'y refuse aujourd'hui au profit des autres salariés (103).

Il faut cependant tirer les conséquences de la position de la Cour de cassation. **Non seulement il est permis d'offrir des garanties différentes à des salariés relevant de catégories différentes ; mais encore, il est loisible à l'employeur de fixer librement, par catégorie, le taux de sa contribution.**

➤ *L'objet des garanties est indifférent*

La règle posée par la Cour de cassation est applicable à l'ensemble des garanties relevant de la protection sociale complémentaire : « frais de santé », prévoyance (incapacité, invalidité, décès) et retraite.

Seul semble compter le mode de gestion des garanties ; la Cour de cassation réserve en effet sa solution aux hypothèses dans lesquelles intervient un « organisme extérieur à l'entreprise ».

S'esquisse une limite à la position compréhensive de la Cour de cassation. Très vraisemblablement, sa bienveillance ne s'étendra donc pas aux obligations de maintien de salaire dont l'employeur n'assure pas la couverture par un organisme assureur.

L'interdiction de distinguer au sein d'une même catégorie professionnelle

Il ne faut pas se méprendre sur le sens et la portée de la décision de la Cour de cassation : le principe d'égalité de traitement n'est pas exclu du domaine de la protection sociale d'entreprise. Il continue de s'appliquer, si ce n'est entre tous les salariés de l'entreprise, du moins entre les salariés appartenant à une même catégorie.

Deux interrogations s'imposent alors. La première, déjà évoquée, est celle de savoir ce qu'est précisément une « catégorie ». La seconde est celle de savoir quelles sont les conséquences de l'application du principe d'égalité de traitement au sein d'une même catégorie.

Sur ce second point, il faut rappeler le principe puis le tempérament à celui-ci.

➤ *Le principe*

Le principe est que, au sein d'une catégorie, tous les salariés devront être traités de manière identique. Il faut donc comprendre qu'ils devront bénéficier des mêmes garanties et, aussi, du même financement patronal.

➤ *Le tempérament*

L'employeur peut toujours distinguer au sein même de la catégorie s'il démontre qu'il existe, pour cela, des motifs objectifs et pertinents.

Ce tempérament appelle à son tour deux observations.

La première est que, bien souvent, l'employeur peut justifier de motifs objectifs et pertinents de distinction parmi les salariés :

(103) Soc., 20 février 2008, n° 05-45.601.

- Certaines populations de salariés sont plus exposées à des menaces spéciales sur leur santé (chauffeurs, travailleurs affectés à des postes dangereux, emplois spécialement marqués par la pénibilité...).
- D'autres populations sont dans une situation particulière au regard du risque retraite. Les salariés bénéficiant des plus fortes rémunérations ne disposeront, au jour de la liquidation de leur pension de retraite, que d'un taux de remplacement limité.

Ainsi, ne faut-il pas tirer de la décision de la Cour de cassation l'obligation nécessaire de traiter de manière identique tous les salariés relevant d'une même catégorie.

Il semble bien, au contraire, que la Cour laisse s'épanouir les dispositions du décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012 permettant la prise en compte de ces salariés « spécialement exposés » :

- Article R. 242-1-3, al. 2 : « *pour les prestations de prévoyance complémentaire, le fait de prévoir des garanties plus favorables au bénéfice de certains salariés en fonction des conditions d'exercice de leur activité ne remet pas en cause le caractère collectif de ces garanties* »,
- Article R. 242-1-4, 3° : ne remet pas en cause le caractère collectif, « *en matière de prestations de retraite supplémentaire, d'incapacité de travail, d'invalidité ou d'incapacité, la mise en place de taux croissants en fonction de la rémunération dans la mesure où cette progression est également appliquée aux contributions des salariés* ».

La seconde observation est que, au moyen de ce tempérament, le plus souvent, la difficulté née de l'imprécision de la notion de « catégorie » se dissipera.

§5. La fin de l'histoire ?

Pour deux raisons, il ne paraît pas certain que cette série de décisions marque la fin de l'implantation du principe d'égalité de traitement dans la protection sociale complémentaire. D'une part, les présentes décisions constituent un infléchissement sensible de la jurisprudence classique de la Cour de cassation ; d'autre part, la règle de principe qui y figure est, très clairement, fautive en fait en droit. Dès lors, il est essentiel de chercher à expliquer les raisons qui conduisirent la Cour de cassation à juger ainsi. Ces raisons, politiques, ne manquent pas aujourd'hui ; elles risquent en revanche de s'effacer avec le temps.

Une décision infondée

D'abord, la solution de la Cour de cassation est violemment contraire à sa jurisprudence classique en matière d'égalité de traitement et de catégories professionnelles : « *la seule différence de catégorie professionnelle ne saurait en elle-même justifier, pour l'attribution d'un avantage, une différence de traitement entre les salariés placés dans une situation identique au regard dudit avantage, cette différence devant reposer sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler la réalité et la pertinence* » (104). Aussi faut-il s'étonner une première fois des solutions rendues ce 13 mars dernier, d'autant que la Cour de cassation avait, par le passé, semblé appliquer cette position classique en matière de protection sociale (105).

Ensuite, le principe d'égalité de traitement a, selon la Cour de cassation elle-même, une valeur constitutionnelle (106). Il en résulte que seuls d'autres droits ou libertés constitutionnellement protégés ou un motif impérieux d'intérêt général, à l'exclusion de tout élément financier, justifient sa mise à l'écart, ne serait-ce que partielle : en l'espèce, la Cour n'invoque aucun de ces éléments.

(104) Soc., 20 février 2008, préc.

(105) Soc., 11 janvier 2012, n° 10-15.806.

(106) Soc., 5 mai 2004, bull. n° 119.

Enfin, l'attendu de principe de la Cour de cassation est d'une rare inconsistance ou, à tout le moins, manque singulièrement de finesse, notamment lorsque la Cour pose en principe inhérent à la protection sociale d'entreprise que les régimes « *reposent sur une évaluation des risques garantis, en fonction des spécificités de chaque catégorie professionnelle* ». Plusieurs observations s'imposent :

1) Certes, au regard des contraintes inhérentes à l'assurance, il est possible de prendre en compte les spécificités des catégories professionnelles (si tant est qu'elles existent). Mais il ne s'agit pas d'une « nécessité technique » : la population entière de l'entreprise est tout aussi – voire mieux – assurable dans un même espace de mutualisation,

2) Le risque retraite, auquel la Cour de cassation ne reconnaît aucune spécificité, n'est pourtant pas couvert, dans l'entreprise, par un système de mutualisation. Les comptes des salariés dans un régime à cotisations définies sont des comptes individuels ; le financement repose sur la technique de la capitalisation. Aucune contrainte technique ne fait obstacle à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement.

3) Dans la première espèce, la mutualisation et, davantage, l'« objectif de solidarité » auquel fait référence la Cour de cassation, ne sont absolument pas en cause. La seule problématique que soulevait l'espèce était de savoir si l'employeur pouvait aider davantage les salariés disposant d'un plus haut revenu.

Les raisons d'une décision infondée

Ces décisions ne relèvent pas directement du domaine du droit positif. Elles appartiennent uniquement à la sphère de la théorie générale du droit et se rattachent directement à la question la plus essentielle posée à ce propos : « comment naît la règle de droit ? ». Politiquement, la question peut être reformulée ainsi : « qui peut, légitimement, créer la règle de droit ? ». Si éloignée qu'elle puisse être du sujet, cette idée propose une lecture du droit à venir.

L'inspiration de la décision

L'affaire mettait directement aux prises trois « sources » différentes du droit :

1) L'usage ou la tradition

Le droit du travail d'abord, le droit de la protection sociale ensuite, sont des droits historiquement « corporatistes ». Jamais, par le passé, les évolutions juridiques n'ont eu de portée générale, toujours elles se sont limitées à des populations plus ou moins restreintes, partageant des liens professionnels (107). Cette « tradition corporatiste » marque encore notre société. La multiplication des régimes de sécurité sociale (par profession) ou la présence de deux régimes complémentaires de retraite (pour tous les salariés, et pour les cadres) en témoignent.

Adhérer à l'idée que le droit naît d'abord des mœurs d'une société, qu'il est le fruit de l'histoire, revenait à admettre les différences catégorielles.

Par le passé, la Cour de cassation avait déjà admis, quoique discrètement, que l'usage ou la tradition l'emportassent sur le principe d'égalité de traitement (108). Elle avait jugé de même à propos de contraintes économiques (109).

2) Le constitutionnalisme

Cette conception, qui ne se confond pas avec la doctrine parlementariste ou démocratique, repose sur l'idée que le droit irriguant une société est issu avant tout de quelques principes fondamentaux, généralement admis comme tels (110). Les autres normes n'ont pour fonction que de traduire, dans les faits, ces principes fondamentaux.

(107) Il suffit, pour s'en convaincre, de se rappeler que, sous l'Ancien régime, la protection sociale était organisée par les corporations. La révolution puis l'Empire et la Restauration n'ont pas aboli cet état de fait puisque la mutualité naissante au milieu du XIX^e siècle s'est construite dans un cadre professionnel.

(108) Soc., 3 octobre 2007, n° 06-43.010, 06-43.012, 06-43-014, 06-43.022.

(109) Soc., 25 octobre 2007, n° 05-45.710.

(110) Soit au regard d'une certaine conception de l'homme (philosophie des droits de l'homme), soit au regard de quelque commandement divin. Dans tous les cas, cette façon de voir le droit est liée à l'idée d'un droit naturel.

Notre société – la Cour de cassation – a placé le principe d'égalité de traitement parmi ces principes fondamentaux. Dès lors, cette conception du droit devait conduire à faire application du principe d'égalité de traitement par-delà les différences catégorielles.

3) La sociale démocratie

Elle découle peu ou prou d'une logique parlementaire ou démocrate. Le droit est façonné par les « représentants » légitimes des destinataires de la règle de droit, dès lors qu'ils forment une « majorité ».

En l'espèce les représentants légitimes seraient les partenaires sociaux. Leur légitimité serait grande puisque, outre le droit commun des conventions et accords collectifs, la future constitutionnalisation de l'article L. 1 du Code du travail (111) graverait dans la Constitution leur rôle essentiel dans la création de la norme en droit social.

Cette doctrine devait conduire à laisser les partenaires sociaux décider de l'existence d'avantages catégoriels mais non à laisser l'employeur, seul, s'émanciper du principe d'égalité de traitement.

Jusqu'à présent, la Cour de cassation n'avait pas fait droit à cette conception et soumettait les partenaires sociaux au principe d'égalité de traitement.

En statuant comme elle l'a fait, la Cour de cassation a semblé choisir la première théorie.

L'avenir de la décision

Toutefois la perspective évolue lorsque les normes régissant la protection sociale d'entreprise sont envisagées non pas de manière statique mais de manière dynamique. Sur la question précise qui était posée à la Cour de cassation, les trois théories sont en mouvement : elles convergent.

D'une part, l'histoire de la protection sociale va dans le sens d'une uniformisation des droits reconnus aux assurés sociaux. C'est vrai pour les régimes de base – où l'uniformisation est plus ou moins apparente mais bien réelle ; c'est vrai également, ou cela va le devenir, pour les régimes complémentaires comme pour les régimes d'entreprise : en témoigne, pour ces derniers, le décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012. Le droit du travail connut et connaît lui aussi cette même tendance de fond.

Quant aux partenaires sociaux, ils manifestent une semblable volonté de déployer l'égalité : l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 est un exemple ; l'idée même des régimes de branche en est un autre.

Dès lors (et c'est ici un pari sur l'avenir), la Cour de cassation, par ces décisions, n'a fait que se tenir en retrait des évolutions profondes de façon à les laisser s'accomplir dans le cadre d'un consensus social et politique.

Elle n'a pas voulu que ces évolutions soient brusquées par l'intervention, même fondée juridiquement, d'une juridiction qui, aux yeux des citoyens, n'a pas la légitimité nécessaire pour modifier si profondément l'état d'un droit « du quotidien ».

Mais une fois cette convergence aboutie (une fois généralisée la couverture frais de santé ou une fois harmonisés les régimes de retraite complémentaire), une fois le consensus formé, il ne faut pas exclure (et il faut même prévoir) que la Cour de cassation se réapproprie le sujet et, opérant un revirement de jurisprudence, fasse application du principe d'égalité de traitement en matière de protection sociale d'entreprise.

Il s'agira alors pour elle de donner plein effet au « contrat social » relatif à l'égalité.

(111) Pour mémoire l'article L. 1 du Code du travail, aujourd'hui inconstitutionnel mais presque unanimement respecté, prévoit que le gouvernement doit consulter les partenaires sociaux et les laisser négocier, lorsqu'il envisage de modifier le droit du travail.

CHAPITRE TROISIÈME

IMPOSITION ET ASSUJETTISSEMENT À CHARGES SOCIALES

Résumé. – *Des considérations éthiques et financières conduisent l'État à souhaiter un développement fort des régimes de protection sociale complémentaire. La reconnaissance d'avantages sociaux et fiscaux fut l'une des voies empruntées par les pouvoirs publics pour accompagner ce développement. Les années passant et l'environnement économique se dégradant, ces avantages, prétendument coûteux, ont été substantiellement réduits. Les conséquences de cette réduction sont fortement négatives à tous égards.*

Plan. – *Section 1. La réduction des avantages sociaux et fiscaux ; Section 2. La réalité des avantages sociaux et fiscaux.*

La protection sociale d'entreprise est au cœur de tiraillements extrêmement forts. Chacun s'accorde à considérer qu'il est opportun d'étendre l'accès à la protection sociale complémentaire au plus grand nombre de salariés et, au-delà, de citoyens.

Il ne s'agit pas seulement de satisfaire des besoins individuels mais bien de répondre à des exigences d'ordre public, lesquelles se renforcent à mesure que se dégrade l'équilibre des régimes de retraite et d'assurance maladie. L'accès au soin et le bénéfice d'un revenu « décent » lorsque le corps n'est plus en mesure de le procurer par le travail (retraite ou invalidité) représentent un double enjeu pour l'État.

- un enjeu **éthique** saisi par le droit : l'État a le devoir moral et juridique d'assurer des conditions de vie décentes aux individus (112) ;
- un enjeu **financier** : les besoins les plus essentiels devront, de toute manière, être offerts par l'État sauf à ce que l'atteinte à l'ordre public qui en découle devienne intolérable pour les citoyens. Or, si ces besoins ne sont pas financés par un système assurantiel, ils le seront par l'aide sociale. Accroître aujourd'hui l'assurance sociale contribue à diminuer l'aide sociale demain (donc l'impôt).

Ces « exigences sociales » entrent en partie en contradiction avec le comportement des bénéficiaires des prestations. En effet, en matière de prévoyance et de retraite, les prestations seront le plus souvent versées bien après qu'auront été payées les contributions (113). La protection individuelle exige donc une capacité de projection de l'individu, souvent tenté de sacrifier le lendemain au jour même.

Il en résulte que l'État, pour exécuter ses devoirs, est conduit à influencer sur le libre comportement des individus. Cette influence a deux voies possibles : la contrainte et l'incitation.

Ces deux mesures – et cet élément est important – ont donc deux finalités : d'une part, satisfaire les besoins individuels mais, d'autre part et à travers ces derniers, satisfaire les besoins de l'État lui-même. Il en résulte que la question des avantages sociaux et fiscaux doit être appréhendée, d'abord et avant tout, au regard des besoins de l'État.

La situation actuelle des régimes de protection sociale au regard de l'assujettissement à charges sociales est critique. Les avantages autrefois accordés ont été très substantiellement réduits (Section 1), tandis que le droit positif se caractérise par une diversité des régimes juridiques et une construction irrationnelle (section 2). L'élaboration d'une réelle politique fiscale et sociale à l'égard de la protection sociale d'entreprise paraît indispensable (Section 3).

(112) Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, al. 10 et 11.

(113) Peu important, à cet égard, que les régimes soient gérés en répartition ou en capitalisation.

SECTION 1. LA RÉDUCTION DES AVANTAGES SOCIAUX ET FISCAUX

La réduction des avantages sociaux et fiscaux fut très prononcée ces dernières années. Obnubilé par les seules finances de l'État, préoccupé de parvenir au plus tôt à la réduction du déficit public, le législateur n'a pas pris la mesure des conséquences néfastes d'un effacement si brutal des aides.

§1. Le constat

Depuis près d'une décennie, le caractère favorable des régimes social et fiscal du financement des garanties collectives s'était considérablement réduit.

Les raisons de la réduction des avantages sociaux et fiscaux

Les sources de cette réduction sont au nombre de deux. D'abord (et de manière accessoire), le législateur est intervenu en réaction à certaines « affaires » qui ont suscité des réactions dans le grand public (114). Ensuite (et principalement), la situation des finances publiques a rendu nécessaire la réduction des avantages jusqu'à présent consentis.

Les modalités de la réduction des avantages sociaux et fiscaux

Elles ont consisté, à la fois :

- dans l'élargissement de l'assiette des prélèvements obligatoires : réduction des plafonds d'exonération (2003), élargissement de l'assiette des différentes contributions, et de la CSG/CRDS ;
- dans l'accroissement des taux des prélèvements obligatoires : hausse continue du forfait social (de 2 % en 2009 à 20 % en 2012), hausse de la taxe sur les opérations d'assurance ;
- dans la création de nouveaux prélèvements obligatoires : création du forfait social, de la contribution de l'employeur sur les régimes de retraite à prestations définies (115), de la contribution du bénéficiaire des régimes de retraite à prestations définies, de la contribution sur les avantages de retraite et d'invalidité (116).

Par ces différentes mesures, il semble démontré que la protection sociale d'entreprise a largement contribué à l'effort national.

En outre, cette hausse des prélèvements obligatoires s'est doublée, pour les assurés, de la hausse continue et soutenue (aux environs de 10 % l'an) des contributions en raison de la hausse des dépenses.

§2. Les conséquences

Les conséquences de cette hausse des prélèvements obligatoires sont doubles.

Elles conduisent ceux qui les financent à réexaminer leur choix d'affectation des ressources. Il est donc à craindre que, peu à peu, soient réduits les montants jusqu'à présent consacrés au financement de garanties collectives. Or ce « retrait » sera sensible à terme pour l'État.

(114) Il est fait allusion ici à l'affaire « Carrefour » et au régime de retraite chapeau que son ancien PDG, monsieur Daniel Bernard s'était fait attribuer.

(115) Il ne s'agit pas, à proprement parler de la création d'une nouvelle taxe puisque, antérieurement, la Cour de cassation décidait que le financement entrait dans l'assiette des cotisations (...), quoique le pouvoir réglementaire ait expressément interdit aux organismes de recouvrement de procéder à ce recouvrement (...).

(116) Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la sécurité sociale pour 2013, article 17.

- 1) il est vain d'espérer, dans des conditions socialement acceptables, une réduction des prestations servies par les régimes légaux si, parallèlement, les assurés sociaux ne disposent pas d'assurances couvrant totalement ou partiellement cette diminution des prestations des régimes légaux.
- 2) l'accroissement de la pression sociale et fiscale a un impact **prospectif et rétropectif**. À l'avenir, les investissements en terme de garanties seront réduits mais, également, l'utilité des investissements passés (lesquels ont profité d'aides sociales et fiscales). Ainsi, l'efficacité des régimes de retraite par capitalisation est étroitement dépendante du caractère continu de l'investissement. Or si la hausse des prélèvements dissuade l'assuré de continuer à investir pour l'avenir, le processus d'épargne n'ayant pas été mené à terme, les sommes épargnées jusqu'à présent sont insuffisantes au service d'un complément de retraite sensible ; dès que l'occasion se présente, l'assuré les disperse dans la consommation. Les exonérations consenties en amont sont, rétroactivement, dénuées de toute utilité sociale ; elles ne l'auront été qu'en pure perte (117).

SECTION 2. LA RÉALITÉ DES AVANTAGES SOCIAUX ET FISCAUX

Parler de niches « sociales » à propos des garanties collectives offertes aux salariés dans l'entreprise est aujourd'hui, mais était déjà hier, un abus de langage. Derrière les apparences, il y a des réalités qui incitent à nuancer fortement l'existence d'avantages sociaux.

En apparence, le régime juridique des prélèvements obligatoires opérés sur les sommes participant aux garanties collectives dont bénéficient les salariés est simple.

L'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale en constitue la disposition essentielle en ce qu'il prévoit l'exonération de charges sociales (sous conditions et sous plafond) des sommes servant au financement.

Mais il serait erroné de se tenir à cette seule disposition qui n'est qu'une disposition parmi d'autres et dont il n'est pas dit qu'elle soit même la plus importante. Saisir exactement les conditions d'assujettissement à charges sociales des garanties collectives implique de mobiliser, entre autres, les articles L. 137-11, L. 137-11-1, L.137-15, L. 136-1 du Code de la sécurité sociale. Il faut en outre prendre en considération les dispositions fiscales tels les articles 39, 82, 83, 158... du Code général des impôts.

L'ensemble de ces dispositions doivent être combinées. Et un premier constat s'impose : les prélèvements sociaux varient selon le risque couvert et, aussi, selon le mode de gestion du risque. Dès lors, **toute conclusion générale sur les avantages dont bénéficient les participants à une opération d'assurance collective dans l'entreprise est impossible.**

Ensuite – et cela découle de ces différences – les avantages fiscaux et sociaux – que tirent les bénéficiaires varient selon le type de garanties et d'avantages ; ils varient encore selon la situation personnelle des bénéficiaires et, notamment, selon leur propre assujettissement à l'impôt sur le revenu. Or, à y regarder de près, certains dispositifs non seulement ne procurent qu'un avantage social et fiscal extrêmement limité, mais encore peuvent s'avérer inefficaces à cet égard. **L'affirmation selon laquelle il s'agirait de « niches sociales » est dès lors fausse.**

L'appréciation de la réalité des avantages fiscaux et sociaux implique de constater la diversité des règles d'assujettissement (§1) avant d'apprécier l'efficacité de ces règles (§2).

§1. La diversité des règles d'assujettissement

En distinguant les risques retraite et autres risques, les différences apparaissent au grand jour.

(117) V. Roulet, *Épargne retraite : (in)cohérence et (in)utilité des évolutions législatives*, Lettre de l'Observatoire des Retraites, n° 18, 11.11, p. 5.

Risque retraite

La couverture du risque retraite est opérée de quatre manières différentes dans l'entreprise (exception faite des régimes de retraite légalement obligatoire) (118) :

- Plan d'épargne pour la retraite collectif,
- Régime de retraite à prestations définies à droit acquis,
- Régime de retraite à prestations définies aléatoire,
- Régime de retraite à cotisations définies.

Ces quatre manières sont traitées, à l'égard des charges sociales (et de l'impôt) différemment :

TABLEAU N° 10
Charges sociales et fiscalité des régimes de retraite

Dispositif	Financement		Prestations	
	Charges sociales	Impôt	Charges sociales	Impôt
PERCO	<p>(Abondement)</p> <p>* CSG/CRDS calculé sur le montant total.</p> <p>* FRR (8,2 %) pour la fraction de l'abondement qui dépasse 2300 € (137-5 CSS).</p> <p>* Forfait social (20 %) pour l'abondement initial (137-16 CSS).</p>	<p>Le financement du PERCO est exonéré de l'IR (163 bis B CGI).</p>	<p>Le capital constitutif est soumis aux prélèvements sociaux à hauteur de 15,5 %.</p> <p>Pour la délivrance des sommes sous forme de RVTO, les cotisations sociales sont à hauteur de 15,5 %.</p> <p>CSG/CRDS (L. 136-8), prélèvement social (L. 245-16), contribution additionnelle pour le financement de l'autonomie (14-10-4 Code de l'action sociale et des familles), contribution additionnelle de solidarité (262-24 III Code de l'action sociale et des familles).</p> <p>Les versements en capital sont soumis aux prélèvements sociaux au taux de 15,5 %. En cas de conversion de ce capital, la rente est soumise également au taux de 15,5 %.</p>	<p>Le capital constitutif est exonéré d'IR. (163 bis B).</p> <p>Pour la délivrance des sommes sous forme de RVTO, le montant imposable à l'IR dépend de l'âge du créancier (Article 158 6° CGI).</p> <p>Le versement sous forme de capital est exonéré d'IR. En revanche, si ce capital est converti en rente viagère à titre onéreux, il est soumis à l'IR dans les mêmes conditions que vu précédemment.</p>
Art. 39	<p>Exonéré de CSG CRDS mais remplacé par une contribution spécifique.</p> <p>Suivant le choix de l'employeur.</p> <p>Soit à hauteur de 32 % du montant des rentes liquidées</p>	<p>Exonéré d'IR sous conditions : découle d'un travail effectif, pas excessive eu égard au service rendu, s'adresse à l'ensemble des salariés. (Article 39 CGI)</p>	<p>Lors du versement, la rente est soumise aux prélèvements sociaux à hauteur de 8,1 % (CSG 6.60 % (4,2 % déductible de l'IR), CRDS 0.5 % et cotisation maladie 1 %).</p>	<p>Soumis à l'IR en tant que rentes viagères constituées à titre gratuit bénéficiant alors d'un abattement de 10 % limité à 3660 € (Article 158-5-a CGI).</p>

(118) Il est possible d'opérer davantage de distinctions. Ce qui ne ferait que renforcer le propos.

	<p>à compter du 1^{er} janvier 2001.</p> <p>Soit 24% des primes versées aux organismes chargés du financement des régimes.</p> <p>Soit 48 % sur la partie de la dotation aux provisions, ou du montant mentionné en annexe au bilan, correspondant au coût des services rendus au cours de l'exercice.</p> <p>Est mise à la charge de l'employeur une contribution additionnelle de 30 % pour les rentes excédant huit fois le plafond annuel défini par l'article L. 241-3 (137-11 CSS).</p>	<p>Exonéré d'IR à condition que le salarié soit présent dans l'entreprise lors de la liquidation de ses droits et que ces sommes ne soient pas individualisées.</p>	<p>(L. 136-1 à L. 136-8) et (Lettre Circulaire DRRSD 2003-027)</p> <p>Contribution du retraité d'un montant de 7, 14 ou 21 % de la rente, suivant la tranche et suivant la date de liquidation (L. 137-11-1).</p>	
Art. 82	<p>Pour le régime à cotisations définies non obligatoires : ne peut bénéficier de l'exonération prévue à l'article L. 242-1 et D. 242-1.</p>	<p>Soumis entièrement à l'IR si non obligatoire. (5F-15-05).</p>	<p>Soumis à <u>CSG/CRDS et prélèvement maladie pour un total de 8,1 %</u>.</p>	<p><u>Assujettissement comme rente viagère constituée à titre onéreux.</u></p>
Art. 83	<p>Exonérés de cotisations de Sécurité sociale dans les limites de soit 5% du PASS soit 5% de la rémunération dans la limite de 5 fois le PASS (D242-1) mais soumis au forfait social au taux de 8 % jusqu'au 31 juillet 2012 et au taux de 20% au 1^{er} août 2012 et à CSG et CRDS (136-1 et 136-8).</p>	<p>Si le salarié est affilié à titre obligatoire les cotisations ou les primes versées aux régimes de retraite supplémentaire, y compris gérés par une institution mentionnée à l'article L370-1 du Code des Assurance sont déductibles dans la limite de 8 % de la rémunération annuelle brute retenue à concurrence de huit fois le montant annuel du plafond de la sécurité sociale. En cas d'excédant, celui-ci est ajouté à la rémunération.</p> <p>La limite est réduite le cas échéant par les sommes versées par l'entreprise ou le salarié au PERCO.</p> <p>Tout excédent entre dans le champ de l'IR.</p>	<p>Soumis à CSG/CRDS et prélèvement maladie pour un total de 8,1 %.</p>	<p>Soumis à l'IR entièrement bénéficiant d'un abattement de 10 % limité à 3 660 € (158-5-a CGI).</p>

Autres risques

La couverture des autres risques n'obéit pas à un régime plus homogène. Les garanties « frais de santé », « prévoyance » et « décès » ne connaissent pas de régime uniforme.

TABLEAU N° 11
Charges sociales et fiscalité des régimes de prévoyance et de frais de santé

Dispositif	Financement		Prestations	
	Charges sociales	Impôt	Charges sociales	Impôt
Frais de santé	<p>Exclusion d'assiette des cotisations à condition que le régime soit mis en place à titre collectif et obligatoire (L242-1).</p> <p>Exclusion d'assiette dans la limite de 6 % du montant du plafond de la sécurité sociale et de 1,5 % de la rémunération soumise à cotisations de sécurité sociale en application de l'article L. 242-1, déduction faite de la part des contributions des employeurs destinées au financement de prestations complémentaires de retraite et de prévoyance soumises à cotisations de sécurité sociale, sans que le total ainsi obtenu puisse excéder 12 % du montant du plafond de la sécurité sociale (D242-1 I al2).</p> <p>CSG/CRDS (L136-2 II 4°).</p> <p>CSG/CRDS 7,5 % et 0,5 % (136-8 CSS).</p>	<p>Déduction de l'IR sous certaines conditions dans la limite de 7 % du plafond de l'article L. 241-3 CSS et de 3 % de la rémunération annuelle brute sans que le total obtenu puisse excéder 3 % de 8 fois le PASS : l'excédent est ajouté à la rémunération (Article 83 I quater CGI).</p>	<p>Forfait social à 20 % (Article 137-16)</p> <p>CSG/CRDS (136-1).</p>	
Prévoyance	<p>Exclusion d'assiette des cotisations à condition que le régime soit mis en place à titre collectif et obligatoire (L. 242-1)</p> <p>Exclusion d'assiette dans la limite de 6 % du montant du plafond de la sécurité sociale et de 1,5 % de la rémunération soumise à cotisations</p>	<p>Déduction de l'IR sous certaines conditions dans la limite de 7 % du plafond de l'article L. 241-3 CSS et de 3 % de la rémunération annuelle brute sans que le total obtenu puisse excéder 3 % de 8 fois le PASS : l'excédent est ajouté à la rémunération</p>	<p>Soumises aux cotisations de sécurité sociale pour la partie payée par l'employeur (R242-1).</p> <p>Exonération en pratique des sommes versées au titre de l'invalidité après la rupture du contrat de travail.</p>	<p>Pour les contrats à adhésion obligatoire, les prestations sont soumises à l'IR.</p> <p>Pour les contrats à adhésion facultative ou individuels, ils sont exonérés d'IR (DB5F1132 n° 25).</p>

	<p>de sécurité sociale en application de l'article L. 242-1, déduction faite de la part des contributions des employeurs destinées au financement de prestations complémentaires de retraite et de prévoyance soumises à cotisations de sécurité sociale, sans que le total ainsi obtenu puisse excéder 12 % du montant du plafond de la sécurité sociale. (D242-1 I al2).</p> <p>CSG/CRDS (L136-2 II 4°).</p> <p>CSG/CRDS 7,5 % et 0,5 %.</p>	(Article 83 I quater CGI).		
Décès	<p>Exclusion d'assiette des cotisations à condition que le régime soit mis en place à titre collectif et obligatoire (L242-1)</p> <p>Exclusion d'assiette dans la limite de 6 % du montant du plafond de la sécurité sociale et de 1,5 % de la rémunération soumise à cotisations de sécurité sociale en application de l'article L. 242-1, déduction faite de la part des contributions des employeurs destinées au financement de prestations complémentaires de retraite et de prévoyance soumise à cotisations de sécurité sociale, sans que le total ainsi obtenu puisse excéder 12 % du montant du plafond de la sécurité sociale (D242-1 I al2).</p> <p>CSG/CRDS (L136-2 II 4°).</p>	<p>Déduction de l'IR sous certaines conditions dans la limite de 7 % du plafond de l'article L. 241-3 CSS et de 3 % de la rémunération annuelle brute sans que le total obtenu puisse excéder 3 % de 8 fois le PASS : l'excédent est ajouté à la rémunération (Article 83 I quater CGI).</p>	<p>Assujetti aux cotisations sociales en tant que complément de salaire (Cass ass plen 26 janvier 2001).</p> <p>L'AcoSS admet cependant, depuis 1997, que ces sommes ne soient pas assujetties.</p>	<p><u>Quand versement en capital</u></p> <p>Les sommes versées ne font pas partie de la succession de l'assuré et sont donc en principe exonérées (L. 132-12 C.Ass).</p> <p>Exception de soumission aux droits de succession les primes versées au-delà de 70 ans pour la fraction excédant 30 500 € (757 B CGI) et lorsqu'elles ne rentrent pas dans le cadre du 7575 B une taxe de 20 % sur la fraction revenant à chaque bénéficiaire au-dessus de 152 500 € (990 I CGI).</p> <p><u>Quand rente</u></p> <p>Distinction selon que participation ou pas du salarié (RVTO ou RVTG avec régime afférent).</p>

§2. L'efficacité des règles d'assujettissement

Est-il rentable, au regard des prélèvements obligatoires, de mettre en œuvre des garanties collectives dans l'entreprise ?

La réponse à cette question est délicate. D'abord, il n'y a pas de réponse homogène. De la diversité des régimes d'assujettissement, résulte la diversité des avantages sociaux et fiscaux.

Cette hétérogénéité des régimes fait que l'efficacité sociale est très différente selon l'objet et la mise en œuvre. Ensuite, pour certains dispositifs, il semble que, dans certains cas, les conditions d'assujettissement aux prélèvements obligatoires sont plus lourdes que si le droit commun était appliqué.

TABLEAU N° 12
Comparaison de l'avantage « social » et « fiscal » d'un régime « Prévoyance » et d'un régime « Frais de Santé » pris en charge à 100 % par l'employeur

Prélèvements	« Prévoyance »	« Frais de santé »
Sur les cotisations	<p>Exclusion d'assiette des cotisations à condition que le régime soit mis en place à titre collectif et obligatoire (L. 242-1)</p> <p>Exclusion d'assiette dans la limite de 6 % du montant du plafond de la sécurité sociale et de 1,5 % de la rémunération soumises à cotisations de sécurité sociale en application de l'article L. 242-1, déduction faite de la part des contributions des employeurs destinées au financement de prestations complémentaires de retraite et de prévoyance soumise à cotisations de sécurité sociale, sans que le total ainsi obtenu puisse excéder 12 % du montant du plafond de la sécurité sociale. (D. 242-1 I al2).</p> <p>8 % de forfait social (L. 137-16);</p> <p>Taxe sur les contrats d'assurance taux de 9 % (Article 1001 6° CGI) sauf si prise en compte des exceptions aux articles 995-1° (affectation de la prime) et 999 (gestion mixte interne/externe).</p> <p>CSG/CRDS (L. 136-2 II 4°) au taux de 7,5 et 0,5 (L. 136-8).</p>	<p>Exclusion d'assiette des cotisations à condition que le régime soit mis en place à titre collectif et obligatoire (L. 242-1)</p> <p>Exclusion d'assiette dans la limite de 6 % du montant du plafond de la sécurité sociale et de 1,5 % de la rémunération soumises à cotisations de sécurité sociale en application de l'article L. 242-1, déduction faite de la part des contributions des employeurs destinées au financement de prestations complémentaires de retraite et de prévoyance soumise à cotisations de sécurité sociale, sans que le total ainsi obtenu puisse excéder 12 % du montant du plafond de la sécurité sociale. (D. 242-1 I al2).</p> <p>8 % de forfait social (L. 137-16).</p> <p>Taxe sur les contrats d'assurance taux de 9 % (Article 1001 6° CGI) sauf si prise en compte des exceptions aux articles 995-1° (affectation de la prime) et 999 (gestion mixte interne/externe).</p> <p>CSG/CRDS (L. 136-2 II 4°) 7,5 % et 0,5 % (136-8 CSS).</p>
Sur les prestations	<p>100 % de la prestation assujettie à charges sociales (R. 242-1).</p> <p>CSG/CRDS (L. 136-1) au taux de 7,5 et 0,5 (L. 136-8).</p>	<p>CSG/CRDS (L. 136-1) au taux de 7,5 et 0,5 (L. 136-8).</p>

Le droit de l'assujettissement n'est pas un droit « neutre ». Non seulement il incite à la souscription de garanties supplémentaires (mais là est l'objectif qui lui est assigné), mais il arbitre entre les différentes garanties.

Cette question a d'ailleurs déjà été traitée en jurisprudence et par l'administration (119).

(119) Soc., 21 février 1991, n° 88-17.032.

Or il n'est pas dit que cet arbitrage soit déterminé par des motifs clairs et réfléchis. Il semble que ce soit là davantage le fait du hasard ou de contraintes pratiques.

TABLEAU N° 13
Comparaison de l'avantage « social » et « fiscal » d'un régime « Prévoyance » financé à 100% par l'employeur à un assujettissement de droit commun.

Prélèvements	« Prévoyance » exonéré	« Prévoyance » non exonéré
Sur les cotisations	Régime obligatoire Pas de charge sociale (L. 242-1). 8 % de forfait social (L. 137-16). Taxe sur les contrats d'assurance taux de 9 % (Article 1001 6° CGI) sauf si prise en compte des exceptions aux articles 995-1° (affectation de la prime) et 999 (gestion mixte interne/externe). CSG/CRDS (L. 136-2 II 4°) au taux de 7,5 et 0,5 (L. 136-8).	Régime facultatif Paiement des charges sociales (L. 242-1). Taxe sur les contrats d'assurance taux de 9 % (Article 1001 6° CGI) sauf si prise en compte des exceptions aux articles 995-1° (affectation de la prime) et 999 (gestion mixte interne/externe). CSG/CRDS (L. 136-2 II 4°) au taux de 7,5 et 0,5 (L. 136-8).
Sur les prestations	Prestation assujettie à charges sociales (R. 242-1) CSG/CRDS (L. 136-1) au taux de 7,5 et 0,5 (L. 136-8).	

SECTION 3. POUR UNE « VRAIE » POLITIQUE FISCALE ET SOCIALE

La construction d'une politique fiscale et sociale claire, dans laquelle les entreprises et les salariés peuvent avoir confiance, est une condition nécessaire au développement des régimes de protection sociale complémentaire.

Cette caractéristique de « clarté » ne préjuge en rien du contenu même de la politique fiscale et sociale (§1), elle doit seulement permettre aux destinataires de la règle fiscale et sociale de se projeter à long terme (§2) : sans un effort constant et durable d'épargne, l'efficacité de la protection sociale se dilue très sensiblement.

§1. Le choix du levier fiscal et social

La problématique est aisée à formuler ; elle se décompose en deux interrogations :

- 1) L'État doit-il accompagner la souscription de garanties complémentaires ?
- 2) Dans l'affirmative, l'État doit-il encourager ou contraindre ?

L'accompagnement de la souscription de garanties complémentaires

Deux théories s'opposent. Aux partisans du désengagement de l'État de la protection sociale (120) font face les partisans d'un renforcement de la couverture offerte par la sécurité sociale. Chaque camp dispose d'arguments parfaitement valables au soutien de ses prétentions : de ces arguments, éminemment politiques, la discussion ne doit pas être engagée ici. Mais, selon le postulat retenu, la réponse apportée à cette première question varie du tout au tout :

(120) Que le motif de ce désengagement soit politique (croyance dans l'efficacité plus grande des régimes privés) ou économique (nécessité de réduire les déficits des régimes légaux).

- Celui qui soutient le désengagement de l'État doit, sauf à constater la naissance, à moyen ou long terme, de graves problèmes d'ordre public, s'assurer que la couverture des risques autrefois garantis par la sécurité sociale continue d'exister. Il ne peut donc se désintéresser des comportements individuels des assurés sociaux ; il doit veiller à ce que ces derniers s'engagent dans la voie de l'assurance complémentaire.
- Au contraire, celui qui soutient le renforcement de l'État ou, *a minima*, conteste le principe du désengagement, rejette toute action de l'État au profit de la souscription de garanties complémentaires. La démonstration est alors inversée : l'ordre public exigeant l'existence de garanties, en évitant que les assurés sociaux souscrivent des garanties complémentaires, on interdit de fait à l'État de se désengager.

Que cela soit approuvé ou, au contraire, dénoncé, le fait est que depuis plus d'une décennie, la politique de l'État est une politique visant au désengagement. Rien n'indique un infléchissement à court terme de la politique étatique. **S'impose alors la conséquence nécessaire tirée des exigences de l'ordre public : la souscription de garanties complémentaires (121).**

Parce que l'ordre public est en cause, l'État ne peut laisser une pleine liberté aux individus. Il doit influencer suffisamment sur leurs comportements pour éviter que ne se réalise l'atteinte à l'ordre public. Reste à décider du mode d'influence.

Contrainte ou encouragement ?

Après avoir défini les termes de l'alternative, un choix doit être fait.

Contrainte

La contrainte est une mesure forte : elle est réalisée par l'intervention du pouvoir législatif (retraite complémentaire, généralisation de la couverture frais de santé dans le cadre de la loi de sécurisation de l'emploi). Elle présente l'avantage de garantir la réalisation de l'objectif social : que tout citoyen (tout travailleur) bénéficie globalement d'une couverture décente, nonobstant le désengagement de l'État.

Cette utilité est cependant contrebalancée par quelques inconvénients.

D'abord, rien n'indique que la couverture globale ainsi octroyée à tous le sera dans les meilleures conditions économiques. En effet, il est possible de s'interroger sérieusement sur la question de savoir si, étant acquis qu'une couverture donnée doit profiter à l'ensemble de la population (ou à une large partie de celle-ci), il est efficient, ou non, économiquement de segmenter les périmètres de mutualisation. La pluralité d'organismes assureurs et l'existence d'un marché de l'assurance a un sens aussi longtemps que la souscription d'assurance n'est pas obligatoire ; en revanche, dès lors que celle-ci devient obligatoire, à un niveau de garantie donnée, une mutualisation globale paraît plus efficace.

Aujourd'hui, il est difficile de comprendre la raison pour laquelle une couverture complémentaire frais santé obligatoire pour tous les salariés à un niveau donné de garanties, sera assurée concurremment par le marché plutôt que par les organismes de sécurité sociale. La seule raison légitime serait qu'il soit démontré que cette gestion par le marché est plus efficiente que la gestion par les organismes de sécurité sociale... À défaut, ce sont les salariés et les entreprises qui vont supporter le coût supplémentaire résultant de cette organisation. En outre, risquent de se joindre des inégalités de tarification selon le pouvoir de négociation des branches ou des entreprises.

Ensuite, mais c'est là une question de valeurs exposée en introduction, il est permis de s'interroger sur la pertinence d'une accumulation des contraintes en matière d'assurance. Outre le point de vue purement moral de déresponsabilisation des acteurs, des arguments économiques peuvent s'y opposer. Notamment, les primes et cotisations d'assurance sont des charges pour les entreprises et correspondent pour les salariés à une diminution du salaire net censé alimenter la consommation.

(121) Sauf, naturellement, à renverser la politique de l'État.

Que cette charge corresponde à une recette pour des organismes étatiques ou pour des organismes privés, ne lui ôte pas son caractère « d'élément du coût du travail ». Alors que d'aucuns considèrent que le coût du travail est aujourd'hui trop élevé, il n'y a rien d'évident à accroître encore ce coût en imposant la souscription de garanties complémentaires (peu important que celles-ci soient gérées par la sécurité sociale ou des opérateurs privés).

Encouragement

L'incitation fiscale et sociale est une mesure sensiblement plus douce qui laisse une large place à l'appréciation individuelle des besoins actuels et futurs. Elle présente l'avantage, non négligeable ces temps-ci, de laisser les individus juger, en fonction de leurs propres situations, de la pertinence de leur décision de consommation.

Naturellement, elle présente, en retour, les inconvénients suivants. D'une part, elle représente, pour l'État, une perte de recette. Encore faut-il discuter de l'importance de cette perte de recette. D'abord, cette importance varie selon l'importance de l'avantage octroyé ; ensuite, il est possible d'imaginer – ils existent déjà – des systèmes dans lesquels l'État ne renonce que très partiellement à la recette et n'offre, en réalité, qu'une « avance » d'impôt ou de charges sociales (122). D'autre part, l'incitation fiscale ne permet pas de garantir que l'ensemble de la population sera couverte contre le risque : d'aucuns, soit qu'ils n'en ont pas les moyens, soit qu'ils négligent l'avenir, ne souscriront pas ces garanties en dépit de l'avantage qui les accompagne.

Choix

Entre ces deux modèles d'actions, il appartient au pouvoir politique de trancher. C'est à lui qu'incombe cette responsabilité de juger des besoins de l'État et des moyens qu'il convient de mobiliser pour les satisfaire.

Il semble cependant qu'une maxime simple doive s'imposer à lui : ces deux modes d'accompagnement n'ont pas vocation à fonctionner ensemble, à propos d'un même niveau de garantie. Ainsi, une fois entrée en vigueur la généralisation de la couverture frais de santé la situation sera la suivante :

- 1) les opérateurs privés bénéficieront de l'adhésion de l'ensemble de la population salariée pour un niveau de garantie donné, correspondant au désengagement de l'État.
- 2) rien n'indique que le coût de cette couverture sera moins élevé que le coût d'une couverture identique gérée par les organismes étatiques, ni que l'égalité entre les salariés et les entreprises sera assurée,
- 3) l'État renoncera à des recettes substantielles (charges sociales et impôt sur le revenu assis sur les contributions versées aux organismes privés) (123).

§2. La permanence du levier fiscal et social

Au-delà du choix qui est fait actuellement et qui sera fait dans l'avenir quant au moyen de soutenir la souscription de garantie, il apparaît que l'élément essentiel tient à la permanence dans le temps de ce choix.

Rien n'est plus nuisible que la volatilité des décisions du législateur quant aux prélèvements obligatoires lorsqu'il est question d'encourager des investissements à long terme.

D'abord, ces variations empêchent la constitution de l'épargne considérable que nécessite la couverture de risques sociaux si lourds : seul un effort constant sur le long terme peut permettre une couverture efficace des risques retraite ou prévoyance (124). Ainsi l'accrois-

(122) Ainsi lorsque l'État octroie des exonérations de charges sociales et d'impôt sur le revenu à l'occasion du financement mais assujettit aux unes et à l'autre les prestations (garanties incapacité).

(123) S'agissant de remboursement « frais de santé », les prestations ne sont assujetties à aucun prélèvement obligatoire.

(124) Sauf, naturellement, à recourir à un système reposant pour l'essentiel sur la répartition. Mais, alors, l'affiliation n'est efficace que si elle est obligatoire, ce qui, en toute logique, devrait exclure la question d'aides sociales et fiscales.

sement des prélèvements obligatoires sur les sommes affectées au plan d'épargne pour la retraite collectif, qui a précisément pour objet d'aider à la constitution d'un complément de retraite, a-t-il freiné l'essor de ce dispositif. Il fallut que le législateur prenne des mesures spéciales pour que se maintienne l'investissement dans ce type de plan et, notamment :

- Qu'il l'avantage, au regard des régimes de retraite à cotisations définies, en permettant la sortie en capital et en prévoyant un nombre important de cas de sorties anticipées,
- Qu'il contraigne à la mise en place d'un tel plan dès lors qu'existe un régime de retraite à prestations définies dans l'entreprise,
- Qu'il prévoie que, sauf expression d'une volonté contraire par le salarié, la moitié de la participation y sera annuellement affectée.

Mais, arrivé à ce point du raisonnement, il est permis de s'interroger sérieusement sur l'utilité de l'aide sociale et fiscale : si l'État souhaite réellement que les salariés investissent en masse dans le PERCO, pourquoi ne pas, tout simplement, recourir au mécanisme d'obligation, sans accorder d'avantages sociaux et fiscaux ?

D'autre part, ainsi qu'il l'a été indiqué, non seulement les variations in pejus freinent l'investissement futurs mais encore elles viennent priver d'effet utile les avantages fiscaux et sociaux consentis en amont sur les sommes déjà épargnées.

Enfin, l'assujettissement à charges sociales et à impôt en est arrivé aujourd'hui à un stade où, ayant perdu une large part de son attractivité, il ne permet plus de déterminer les comportements. Les entreprises et les salariés n'ayant plus aucune confiance dans l'avenir social et fiscal et, finalement, n'y trouvant que peu d'avantages, se désintéressent peu à peu de ces dispositions. Il n'est plus rare, désormais, que les conseils proposent tout simplement d'assujettir pleinement les contributions pour pouvoir retrouver une pleine liberté. Le résultat est que la politique étatique perd de son efficacité.

TABLEAU N° 14 **Sept bonnes raisons de se priver des aides sociales et fiscales octroyées à un régime invalidité**

Des exonérations de charges sociales ? À quoi bon ?

1. L'avantage social et fiscal relativement faible (exonération des contributions mais assujettissement des prestations),
2. L'obligation de respecter le caractère collectif, insaisissable et complexe à comprendre,
3. Le coût de transaction découlant de cette complexité (frais de conseil),
4. Le risque de redressement découlant de cette complexité,
5. L'obligation de couvrir une large part des salariés : accroissement sensible du coût global,
6. L'obligation de couvrir une large part des salariés : impossibilité de mener une politique managériale ou de rémunération précise,
7. L'instabilité à venir sur le montant et les conditions des avantages sociaux et fiscaux (qui obligera à modifier le régime donc à engager de nouveaux frais).

Proposition 4
Définir une réelle politique fiscale et sociale en matière d'exonérations de charges sociales et d'impôt sur le revenu.

Proposition 5
Remettre à plat les aides sociales et fiscales existantes.

CHAPITRE IV

LA PRISE EN COMPTE DE LA MOBILITÉ PROFESSIONNELLE

Résumé. – *Le temps aidant, la protection sociale complémentaire se détache de son cadre naturel qu'est l'entreprise. Les dispositifs d'entreprise doivent désormais prendre en considération les besoins de la personne du salarié, y compris au-delà de l'emploi et lui assurer une protection après la rupture du contrat de travail. Utiles socialement et réellement efficaces, ces dispositifs méritent encore quelque complément quoique leur structure actuelle paraisse satisfaisante.*

Plan. – *Section 1. Le maintien des prestations ; Section 2. Le maintien des garanties.*

Les relations des salariés avec leur emploi ont évolué au fil des ans. Le « modèle » de la grande entreprise dans laquelle la quasi-intégralité de la carrière si ce n'est la carrière dans son ensemble était accomplie, a disparu. Aujourd'hui, les salariés changent d'employeur à un rythme soutenu et connaissent (au moins) une période de chômage au cours de leur carrière. À cette évolution répond – ou répondra peut-être – le souhait affiché par les organisations patronales d'une plus grande flexibilité de l'emploi, les entreprises devant pouvoir, selon les représentants de ces organisations, utiliser les coûts de main-d'œuvre comme variable d'ajustement aux circonstances économiques.

Que la situation soit avérée ou seulement potentielle, qu'elle soit subie ou résulte d'une politique conscient en ce sens, elle ne manque pas de soulever la difficulté relative à la protection sociale. Le modèle français (mais en cela il ne se distingue pas essentiellement des autres modèles) lie très fortement la protection sociale à l'emploi.

En ce qui concerne la couverture sociale la plus élémentaire, les régimes légaux et complémentaires de sécurité sociale intègrent déjà les exigences sociales résultant de l'instabilité de l'emploi : la couverture maladie ne cesse pas avec le départ de l'entreprise, les périodes de chômage permettent, certes modestement, d'acquérir des droits à la retraite...

En ce qui concerne la protection sociale d'entreprise, les choses sont *a priori* plus difficiles. À cela, deux raisons : d'abord, les régimes ou les avantages de protection sociale ne sont pas « généraux » : ils sont propres à chaque entreprise. Le départ de l'entreprise, même s'il ne s'accompagne pas d'une période de chômage, emporte nécessairement une modification parfois substantielle des systèmes dont profite le salarié. En outre, l'organisation juridique mettant en œuvre les dispositifs de protection sociale interdit, le plus souvent, qu'un ancien salarié continue de bénéficier pleinement des avantages dont il profitait avant son départ de l'entreprise.

Historiquement, la protection sociale tend cependant à s'étendre. L'extension est « personnelle », « matérielle » ou « temporelle ». La création d'un régime au profit d'une catégorie de personnel donnée est suivie, quelques années plus tard, de la création d'un régime au profit d'autres catégories (125) ; la couverture d'un risque donné tend à s'élargir et à appréhender d'autres risques. Autant que faire se peut, la couverture pour un temps – celui du contrat ou de l'adhésion – tend à s'étendre au-delà de ce temps contractuellement défini (126).

Cette tendance naturelle de la protection sociale liée à l'évolution des besoins nés de la mobilité de l'emploi a donné lieu à une multiplication de maintiens de prestations (Section 1) et de maintiens de « garanties » (Section 2). L'organisation globale, améliorée encore par la loi de sécurisation de l'emploi, laisse cependant persister quelques imperfections qui mériteraient, à l'occasion, d'être éradiquées.

(125) Convention AGIRC suivie de la convention ARRCO, (126) V., p. ex. : Civ. 1^{re}, 22 mai 2001, n° 98-17.935, D. 2001.2291, note S. Choisez puis loi n° 2001-624 du 17 juin 2004 ajoutant un article 7-1 à la loi Évin.

SECTION 1. LES MAINTIENS DE PRESTATIONS

Le législateur et la jurisprudence se sont dans un premier temps attachés à ce que la rupture de la convention, du contrat d'assurance ou du contrat de travail n'emporte pas pour le bénéficiaire de prestations la fin du bénéfice de celles-ci.

L'article 7 de la loi n° 89-1009 prémunit le bénéficiaire de prestations contre la rupture du contrat d'assurance ou de la convention (127). La Cour de cassation a jugé que le maintien des prestations était également appliqué en cas de passage d'un état d'incapacité à un état d'invalidité postérieurement à la rupture du contrat ou de la convention (128). La Cour de cassation étendit, sur le fondement de l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale mais en reprenant les termes de l'article 7 de la loi n° 89-1009, la protection à l'hypothèse de rupture du contrat de travail quelques mois plus tard (129).

En outre, le Code de la sécurité sociale prévoit l'aménagement des conditions dans lesquelles les rentes en cours de service sont revalorisées. Aussi longtemps que demeure en vigueur le contrat ou l'adhésion au titre duquel sont versées les prestations, il appartient à l'assureur de servir la revalorisation. Mais l'employeur a dû prévoir dans l'acte instaurant les garanties les modalités de revalorisation des rentes en cours de service en cas de changement d'organisme assureur (130).

Cette protection fut enfin étendue par le législateur, au moyen d'un maintien de garantie, au cas du décès postérieur à la rupture du contrat d'assurance ou de l'adhésion (131).

TABLEAU N° 15
Dispositions légales assurant le maintien des prestations

Textes	Débiteurs	Conditions	Obligations
Loi Évin, art. 7	Organisme assureur	Résiliation ou non-renouvellement du contrat ou de l'adhésion	Maintien des prestations « immédiates » et « différées » (incapacités, invalidité).
CSS, art. L. 911-2	Organisme assureur	Rupture du contrat de travail	Maintien des prestations « immédiates » et « différées ».
CSS, art. L. 912-13	Employeur	Résiliation ou non renouvellement du contrat d'assurance ou de l'adhésion	Obligation de prévoir la revalorisation des rentes en cours de service.
Loi Évin, art. 7-1	Organisme assureur	Résiliation ou non renouvellement du contrat d'assurance ou de l'adhésion	Obligation de maintenir la « garantie » décès au profit des bénéficiaires de rentes.
CSS, art. L. 912-13	Employeur	Résiliation ou non renouvellement du contrat d'assurance ou de l'adhésion	Obligation de prévoir le maintien de la « garantie » décès au profit des bénéficiaires de rentes.

(127) « 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. 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 révisions prévues dans le contrat ou la convention. De telles révisions ne peuvent être prévues à raison de la seule résiliation ou du seul non-renouvellement. L'engagement doit être couvert à tout moment, pour tous les contrats ou conventions souscrits, par des provisions représentées par des actifs équivalents. »

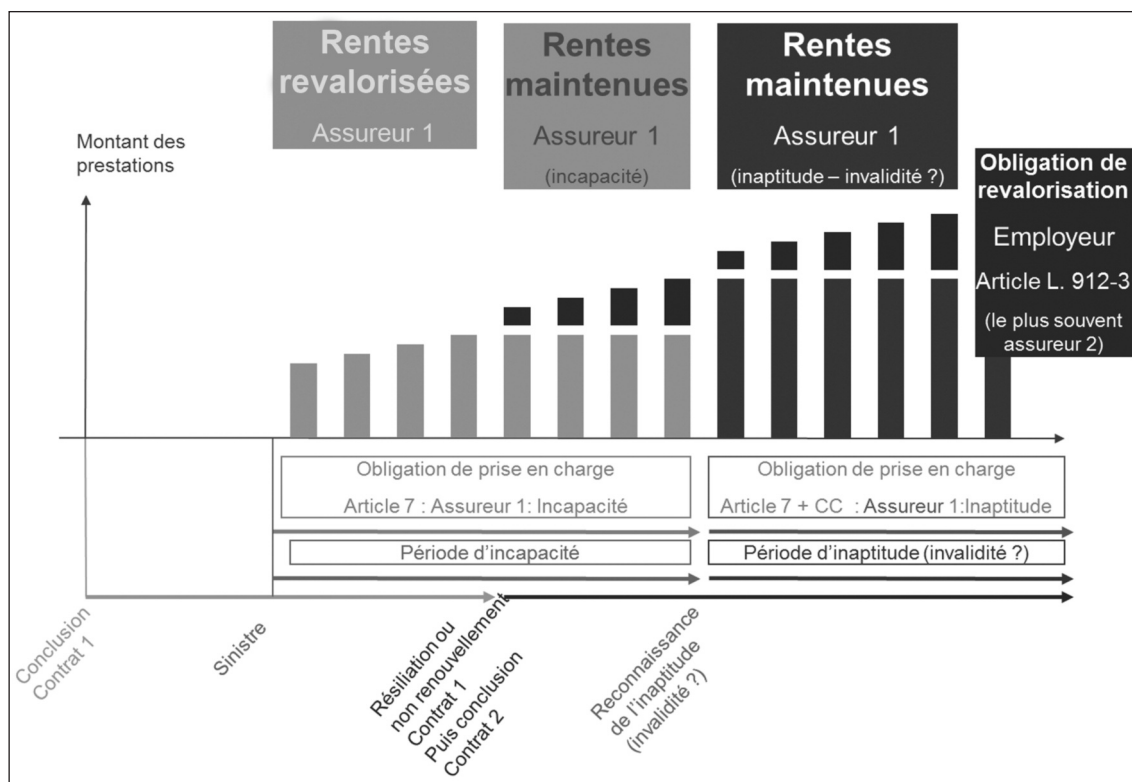
(128) Soc., 16 janvier 2007, n° 05-43.434 ; Cass. civ. 2°, 17 avril 2008, n° 06-45.137.

(129) Cass. civ. 2°, 17 avril 2008, n° 07-12.064.

(130) Code de la sécurité sociale, article L. 912-13.

(131) Loi n° 2001-624 du 17 juin 2001 portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel, article 34-1 qui ajoute un article 7-1 à la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989.

TABLEAU N° 16
Application combinée des articles 2 et 7 de la loi n° 89-1009
et L. 912-3 du Code de la sécurité sociale



SECTION 2. LES MAINTIENS DE GARANTIES

À ces maintiens de « prestations » bénéficiant, par hypothèse, aux seuls salariés bénéficiaires de prestations, le droit ajoute des maintiens de garanties ouverts à tous les salariés. Il ne s'agit plus, dès lors, de « parfaire » l'indemnisation des salariés touchés dans leur chair mais d'éviter qu'un salarié qui, un jour, a bénéficié d'une couverture collective, ne s'en trouve privé trop brutalement.

Les dispositifs de maintien de garanties s'articulent autour de l'article 4 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 (§1) et de l'article 14 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 (§2) enrichi des articles 1 et 2 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 (§3) et de la loi relative à la sécurisation de l'emploi (§4).

§1. L'article 4 de la loi Évin (132)

La description du contenu de l'article 4 de la loi Évin précédera l'étude de ces insuffisances.

(132) « Lorsque des salariés sont garantis collectivement, dans les conditions prévues à l'article 2 de la présente loi, en vue d'obtenir le remboursement ou l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident, le contrat ou la convention doit prévoir, sans condition de période probatoire ni d'examen ou de questionnaire médicaux, les modalités et les conditions tarifaires des nouveaux contrats ou conventions par lesquels l'organisme maintient cette couverture :

1° Au profit des anciens salariés bénéficiaires d'une rente d'incapacité ou d'invalidité, d'une pension de retraite ou, s'ils sont privés d'emploi, d'un revenu de remplacement, sans condition de durée, sous réserve que les intéressés en fassent la demande dans les six mois qui suivent la rupture de leur contrat de travail ;

2° Au profit des personnes garanties du chef de l'assuré décédé, pendant une durée minimale de douze mois à compter du décès, sous réserve que les intéressés en fassent la demande dans les six mois suivant le décès. Le nouveau contrat ou la nouvelle convention doit prévoir que la garantie prend effet, au plus tard, au lendemain de la demande.

Les tarifs applicables aux personnes visées par le présent article peuvent être supérieurs aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs dans des conditions fixées par décret. »

Description

L'article 4 de la loi n° 89-1009 prévoit deux systèmes de maintien de garanties, lesquels peuvent être décrits ainsi :

TABLEAU N° 17
Récapitulatif des maintiens de garanties

Bénéficiaires	Objet du maintien de garanties	Coût du maintien de garanties	Durée du maintien de garanties	Condition
Personnes garanties du chef de l'assuré	Couverture « frais de santé » dont bénéficiait l'assuré	150 % du tarif global pratiqué pour l'assuré lorsqu'il était salarié	Au moins 12 mois	Bénéficiaire doit en faire la demande
Anciens salariés bénéficiaires d'un revenu de remplacement	Couverture « frais de santé » dont bénéficiait l'assuré en tant que salarié	150 % du tarif global pratiqué pour l'assuré lorsqu'il était salarié	Jusqu'à la reprise d'un emploi ou, à défaut, viagère.	Bénéficiaire doit en faire la demande (133)

L'article 4 de la loi Évin répond ainsi à trois finalités :

- 1) Éviter, pour les bénéficiaires de garanties collectives déployées dans l'entreprises, une perte brutale de la couverture « frais de santé »,
- 2) Assurer le maintien dans l'assurance des personnes pour lesquelles l'accès à l'assurance est le plus difficile en raison d'une baisse de leurs revenus et d'une exposition importante au risque (134),
- 3) Éviter les « trous » de couverture lors de la perte d'emploi et durant la période de recherche d'un nouvel emploi (135).

Insuffisances

Le texte de l'article 4 de la loi Évin présente de nombreuses insuffisances. Certaines, qui peuvent être discutées, tiennent à l'étendue des droits dont profitent les bénéficiaires ; d'autres, objectivement vérifiables, découlent de la mauvaise rédaction de la loi. A titre d'exemple :

Objet du maintien des garanties : il fallut attendre 2008 (soit 19 ans après la publication de la loi) pour que l'objet précis du maintien de garanties soit défini (136). Une fois établi que la garantie dont devait bénéficier l'ancien salarié était celle (exactement) dont il bénéficiait en tant que salarié, les difficultés ne sont pas closes pour autant. Notamment :

- 1) Les retraités n'ont pas les mêmes besoins que les actifs,
- 2) Les modifications de l'opération collective dans l'entreprise sont inopposables aux anciens salariés, ce qui soulève des difficultés financières et administratives.

(133) Depuis la loi relative à la sécurisation de l'emploi, l'organisme assureur doit adresser la proposition de maintien de la couverture au plus tard dans un délai de 2 mois à compter de la date de cessation du contrat de travail ou de la fin de la période de portabilité.

(134) L'article bénéficie aux titulaires d'une pension d'incapacité ou d'invalidité ainsi qu'au retraité.

(135) L'article bénéficie aux salariés bénéficiant de l'assurance chômage.

(136) En l'espèce, la définition est venue de la Cour de cassation (Civ. 2^e, 7 février 2008, JCP S 2008.1227, note F. Kessler, Y.-E. Logeais ; JCP G 2008.II.10059, note D. Noguero) contre la position des juges du fond (Lyon, 9 mars 2006, *Mutuelle MICILIS c./ Azoulay* ; TGI Lyon, 4^e ch., 19 octobre 2004, n° 03/04547).

Coût du maintien des garanties :

1) Nul ne sait réellement ce qu'est le « tarif global appliqué aux salariés actifs ». Or, selon la définition qui en est donnée, l'impact en termes de solidarité entre actifs et inactifs, d'une part, et salariés à bas revenus et à hauts revenus d'autre part, est très différent.

2) Nul ne sait dans quelles conditions exactement l'organisme assureur peut réévaluer le prix pratiqué à l'égard des anciens salariés. Il semble qu'une indexation sur le contrat des actifs soit tolérée⁽¹³⁷⁾, mais qu'advient-il en cas de disparition de celui-ci (138) ?

Conditions : il est acquis qu'il appartient au bénéficiaire de l'article 4 de la loi de formuler la demande auprès de l'organisme assureur. Mais :

1) La loi ne dit mot sur les obligations d'information dont sont vraisemblablement tenus l'employeur et l'organisme assureur.

2) La loi n'organise pas l'articulation entre le dispositif résultant de l'article 4 de la loi Évin et celui résultant de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008.

De ces incertitudes il résulte, notamment, que, dans les faits, les anciens salariés ne profitent pas pleinement des avantages octroyés par l'article 4 de la loi Évin ; réciproquement, de bonne foi, les organismes assureurs ne savent pas exactement ce qu'il leur incombe de proposer aux anciens salariés.

En outre, de ces incertitudes découlent des difficultés d'ordre financier : à défaut de connaître précisément l'étendue leurs engagements, les organismes assureurs ont des difficultés à tarifier au plus juste les garanties qu'ils proposent.

Pour ces raisons, la doctrine, unanime, réclame depuis plusieurs années une remise à plat de l'article 4 de la loi Évin, dans le but de clarifier les droits dont bénéficient les anciens salariés.

§2. L'article 14 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008

Alors que l'article 4 de la loi Évin a pour objet d'assurer le maintien dans l'assurance des anciens salariés les plus difficilement assurables, l'article 14 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 tend à maintenir dans l'assurance les salariés changeant d'emploi. Le dispositif n'a pas vocation à profiter de manière pérenne (viagère) à ses bénéficiaires mais, seulement, à éviter des « trous » de couverture. Il est instauré pour « éviter une rupture de tout ou partie de leur bénéfice [du bénéfice des garanties] entre le moment où il est mis fin au contrat de travail du salarié et celui où il reprend un autre emploi et acquiert de nouveaux droits ».

Le « droit à la portabilité » est ouvert, selon les termes de l'article 14 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 aux salariés dont le contrat de travail est rompu et qui bénéficiaient d'un régime de prévoyance ou de frais de santé.

Cette présentation, générale, ne rend pas bien compte de la réalité des avantages offerts aux salariés. Il faut entrer dans le détail pour saisir, réellement, la portée de l'avantage reconnu par les partenaires sociaux aux salariés.

Bénéficiaires du maintien

1) Le champ d'application de la « portabilité ».

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 a été, pour sa plus large part, repris par la loi du 25 juin 2008. Le législateur n'a cependant pas repris dans la loi le dispositif de « portabilité ». Il en résulte que ne peuvent prétendre au bénéfice de la portabilité que les salariés dont les employeurs sont soumis à l'accord national interprofessionnel.

⁽¹³⁷⁾ TGI Paris, 13 septembre 2012.

⁽¹³⁸⁾ Pour une proposition « raisonnable » mais incertaine, P. Morvan, Droit de la protection sociale, Litec, n° 987.

Or, quoique les dispositions de l'article 14 ont été étendues (y comprises les modifications apportées à celui-ci), certains secteurs d'activités, à défaut d'élargissement, ne sont pas couverts par l'accord national interprofessionnel. Il en résulte que tous les salariés ne sont pas des bénéficiaires potentiels de ce dispositif et que, partant, une inégalité entre les salariés existe à ce propos.

2) Les conditions personnelles de la « portabilité »

Le bénéfice de la portabilité est réservé aux salariés dont le contrat de travail est rompu, sous réserve que l'intéressé bénéficie d'un revenu de remplacement.

De l'avis général, sont visées les hypothèses de licenciement (y compris durant la période d'essai), de rupture conventionnelle (créée par le même accord national interprofessionnel), de résiliation du contrat de travail à durée déterminée.

En revanche, sont exclus les cas de démission (puisque l'assurance chômage ne verse pas de revenu de remplacement) et – l'accord le prévoit expressément – de licenciement pour faute lourde.

Certaines hypothèses de rupture du contrat de travail sont incertaines, quoique la solution se dessine aisément. Vraisemblablement, le salarié prenant acte de la rupture du contrat de travail peut se prévaloir de la portabilité sauf à ce que, en définitive, il soit jugé que la résiliation produit les effets d'un licenciement.

À l'ancien salarié, il incombe de prouver sa situation et, notamment, sa prise en charge par l'assurance chômage.

L'article 14 de l'Accord prévoit que « *les intéressés garderont le bénéfice des garanties de couvertures complémentaires santé et prévoyance* » dont ils profitaient dans l'entreprise. La portabilité consiste donc dans le « maintien » d'un avantage, non dans la création de celui-ci au profit d'un ancien salarié. La nuance est d'importance.

En effet, cette disposition doit être lue avec la « condition d'ancienneté » que, selon l'administration, peuvent prévoir les entreprises, pour que les salariés profitent des garanties. Cette condition d'ancienneté, lorsqu'elle est stipulée, a pour effet de priver la plus grande partie des salariés sous contrat à durée déterminée, des garanties collectives.

En conséquence, ces salariés ne seront pas éligibles à la « portabilité » prévue par l'article 14 de l'Accord. Il en résulte que l'accord ne profite pas aux salariés placés dans les situations les plus « précaires », ceux-là même qui, déjà, bénéficient des plus faibles couvertures.

Avantages maintenus

Sont concernées les garanties « frais de santé » et les garanties de prévoyance, incluant le décès.

En ce qui concerne les garanties « frais de santé », aucune difficulté n'est à relever.

Le maintien des garanties de prévoyance est cependant plus délicat. En effet, de nombreux régimes de prévoyance ne servent des prestations de prévoyance (incapacité) qu'en « relai » du maintien de salaire prévu par la loi ou les conventions collectives. Se pose alors la question de savoir si cette période du maintien de salaire produit les mêmes effets une fois l'entreprise quittée.

Durée du maintien

Le texte d'origine de l'accord national interprofessionnel prévoyait que le maintien de garanties était proposé pour une durée maximum égale à 1/3 de la durée du droit au versement des prestations d'assurance chômage, sans pouvoir être inférieure à trois mois. Une telle expression n'allait pas sans poser de sérieuses difficultés pratiques (139) ; elle a été heureusement amendée par les partenaires sociaux eux-mêmes.

(139) D. Rigaud, *Étendue et mise en œuvre de la portabilité en matière de prévoyance*, JCP S 2008.1547.

L'avenant n° 3 du 18 mai 2009 à l'Accord prévoit que le bénéfice des garanties est conservé : « *pour des durées égales à la durée [du] dernier contrat de travail, appréciée en mois entiers, dans la limite de neuf mois de couverture* ».

Conditions du maintien de garanties

Le maintien de garanties prévu par l'article 14 repose sur la volonté du salarié « *le salarié a la possibilité de renoncer au maintien de ces garanties* ».

Lorsque le salarié souhaite bénéficier du maintien de garanties, celui-ci peut être financé de deux manières distinctes :

- Soit, conjointement, par l'ancien employeur et l'ancien salarié dans les proportions et dans les conditions applicables aux salariés de l'entreprise.
- Soit par un système de mutualisation défini par accord collectif ou, à défaut, dans les autres conditions définies à l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale.

Si la lettre du texte est claire, elle soulève cependant des difficultés pratiques que les opérateurs résolvent peu à peu. Notamment, se pose la question de savoir si l'employeur peut « précompter » au moment du départ de l'entreprise le montant de cotisation ou de prime qui sera, à l'avenir, dû par l'ancien salarié ou si celui-ci doit payer, au fil de l'eau, directement ou par l'intermédiaire de l'entreprise, l'organisme assureur.

§3. Les articles 1^{er} et 2^e de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013

À l'occasion de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés, les partenaires sociaux ont accru les avantages dont profitaient les salariés au titre des dispositions de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008.

Le renforcement des droits des salariés tient substantiellement à trois facteurs, l'allongement, la généralisation et le financement de la portabilité :

Allongement de la durée de la portabilité

L'article 2 de l'accord national interprofessionnel prévoit que « *la durée maximale de la portabilité de la couverture de frais de santé et de prévoyance est portée de 9 à 12 mois* ».

Généralisation des garanties frais de santé

L'article 1^{er} de l'accord est intitulé « *Généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé* ». Il organise l'extension de la couverture des frais de santé à l'ensemble de la population salariée (pourvu que celle-ci entre dans le champ d'application de l'Accord). L'extension sera réalisée au moyen d'accords collectifs de branche dont la négociation commencera, selon l'accord, avant le 1^{er} avril 2013.

À défaut d'accord conclu dans la branche avant le 1^{er} juillet 2014, c'est aux entreprises directement qu'il incombera de mettre en œuvre la généralisation. Des négociations seront ouvertes au sein des entreprises à l'occasion de la négociation annuelle obligatoire ; à défaut de succès de ces négociations, la couverture sera mise en place par décision unilatérale de l'employeur. L'accord national interprofessionnel prévoit la couverture minimum dont devront bénéficier les salariés. La généralisation de la couverture devra être réalisée au plus tard le 1^{er} janvier 2016.

Financement des garanties

Les partenaires sociaux souhaitent généraliser la mutualisation du financement des garanties de portabilité. De la sorte, les salariés quittant leurs fonctions n'auront pas à acquitter la cotisation afférente au maintien de garanties au moment où diminuent sensiblement leurs revenus.

La mutualisation sera organisée aux niveaux des branches et des entreprises.

Le délai dans lequel est mise en place la mutualisation est fixé à un an pour les garanties de frais de santé et à deux ans pour les garanties de prévoyance.

TABLEAU N° 18
Le coût de la mutualisation de la portabilité

Combien coûte la mutualisation après l'ANI du 11 janvier 2013 ?

A priori, la mutualisation n'emporte aucun coût supplémentaire. Il ne s'agit pas de créer des garanties nouvelles – donc de créer une nouvelle charge – mais, seulement, de répartir d'une nouvelle manière, le poids financier de la portabilité. Concrètement, le volume global annuel des primes ou cotisations payées à l'organisme assureur ne devrait pas varier.

Cependant, et sauf convention de branche ou d'entreprise, prévoyant un dispositif différent :

- d'une part, l'employeur et les salariés actifs vont payer davantage pour compenser la gratuité offerte aux anciens salariés. Celle-ci sera anticipée sur le montant des primes ou cotisations payées par les actifs. Si l'évolution sera insensible pour l'employeur, **les salariés actifs verront mécaniquement leur salaire net diminuer** à raison de cette anticipation.
- d'autre part, **puisque le maintien des garanties sera désormais offert à tous les salariés quittant l'entreprise (et alors que, aujourd'hui, d'anciens salariés refusaient cet avantage), le coût global risque d'augmenter en proportion** : à titre d'exemple, si, jusqu'à présent, un ancien salarié sur deux refusait la portabilité, demain, le nombre de bénéficiaires va doubler et, mécaniquement aussi, le coût de la portabilité.

À cette hausse, il faudra en outre adjoindre la hausse résultant de l'allongement du délai de la portabilité de 9 à 12 mois (mais il ne s'agit pas là d'un effet de la mutualisation).

Exemple (simplifié)

Une entreprise emploie 50 salariés. De plus, l'année passée, 6 salariés sont partis en bénéficiant de l'assurance chômage. 3 d'entre eux ont bénéficié de la portabilité pour une durée de 9 mois. Les 3 autres ont refusé le maintien de garanties. Le coût des garanties est de 1 000 euros par an, pris en charge par moitié entre l'entreprise et les salariés.

Avant la mutualisation

Pour les actifs : Cotisation salariale individuelle salarié : 500 ; Cotisation patronale individuelle : 500.

Coût des actifs : $1\ 000 \times 50 = 50\ 000$; Part salariés : 25 000 ; Part employeur : 25 000.

Coût de la portabilité : $(1\ 000 \times 9/12) \times 3 = 2\ 250$; Part anciens salariés : 1 125 ; Part employeur : 1 125.

Total général : **52 250** ; Total employeur : **26 125** ; Total salariés : **25 000** ; Total anciens salariés : **1 125**.

Après la mutualisation (sans accord spécial)

Coût de la portabilité (à durée augmentée et à effectif accru): $(1\ 000 \times \frac{12}{12}) \times 6 = 6\ 000$. Part anciens salariés : 0 (3 000 à reporter sur les actifs) ; Part employeur : 0 (3 000 à reporter au regard des actifs)

Coût des actifs : $1\ 000 \times 50 + 3\ 000 + 3\ 000 = 56\ 000$.

Total général : **56 000** ; Total employeur : **28 000** ; Total salariés : **28 000** ; Total anciens salariés : **0**

Pour les actifs : Cotisation salariale individuelle salarié : **560 (28 000/50)** ; Cotisation patronale individuelle : **560**

Exemple tiré de V. Roulet, C. Brédon, La mutualisation du financement de la portabilité aura un coût, Actuel-RH, 26 mars 2013

§4. La loi relative à la sécurisation de l'emploi

Les pouvoirs publics étaient demeurés relativement passifs à la suite de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008. Si l'essentiel du texte avait été repris dans la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, tel n'avait pas été le cas des dispositions de l'Accord relatives à la portabilité.

Seul le pouvoir réglementaire était intervenu au moyen des arrêtés d'extension l'Accord d'abord, de ses avenants ensuite. N'avaient d'ailleurs jamais été pris, malgré les appels en ce sens, les arrêtés d'élargissement qui auraient rendu applicables à l'ensemble des salariés les dispositions adoptées par les partenaires sociaux.

En 2013, les pouvoirs publics ont au contraire souhaité s’emparer de la question, en respectant, d’ailleurs, la volonté des partenaires sociaux.

L’avant-projet de loi relatif à la sécurisation de l’emploi reprend ainsi l’ensemble des thèmes abordés dans l’Accord et, notamment, ceux afférents aux garanties collectives des salariés, parmi lesquelles figure la portabilité.

L’avant-projet de loi prévoit ainsi une modification du premier titre du livre IX du Code de la sécurité sociale : la portabilité sera désormais prévue par la loi. Ce qui produit un premier effet : l’extension de la portabilité à tous les employeurs et tous les salariés (ce qui, faute d’arrêté d’élargissement, n’était pas le cas jusqu’à présent).

Le nouvel article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale dispose :

Lorsque les salariés sont garantis collectivement, dans les conditions prévues à l’article L. 911-1, 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, la convention, l’accord ou la décision ayant institué cette ou ces garanties prévoit le maintien de cette couverture au profit des anciens salariés en cas de rupture du contrat de travail, non consécutive à une faute lourde, ouvrant droit à prise en charge par le régime d’assurance chômage, selon les conditions suivantes :

1° Le maintien des garanties est applicable à compter de la date de cessation du contrat de travail et pendant une durée égale à la période d’indemnisation chômage, dans la limite de la durée du dernier contrat de travail appréciée en mois entiers, et sans pouvoir excéder douze mois ;

2° Le bénéfice du maintien de ces garanties est subordonné à la condition que les droits à couverture complémentaire aient été ouverts chez le dernier employeur ;

3° Les anciens salariés bénéficient du maintien de ces garanties à titre gratuit. Les modalités de financement sont définies par la convention, l’accord ou la décision mentionnés au premier alinéa ;

4° Les garanties maintenues au bénéfice des anciens salariés sont celles en vigueur dans l’entreprise ;

5° Le maintien des garanties ne peut conduire l’ancien salarié à percevoir des indemnités d’un montant supérieur à celui des allocations chômage qu’il aurait perçues au titre de la même période ;

6° Les anciens salariés justifient auprès de leur employeur, à l’ouverture du droit et en cours de service, des conditions prévues au présent article.

En outre, une adaptation opportune de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 est aménagée par l’avant-projet de loi. Cet article prévoit que les anciens salariés qui souhaitent profiter du maintien de garanties doivent en faire la demande auprès de l’employeur dans un délai de six mois courant à compter du départ de l’entreprise. Depuis qu’avait été instaurée la portabilité se posait la question de savoir si le délai ne devait pas plutôt être décompté à compter de la cessation du maintien de garanties au titre de la portabilité. Tel est le choix, qu’il faut approuver, de la loi.

§5. Les améliorations nécessaires

Les dispositifs de maintien de garanties ont le mérite d’exister et de pouvoir, de manière relativement efficace, aux besoins d’une fraction importante des salariés.

Cependant, à bien des égards, l’organisation demeure imparfaite. D’une part, certaines populations – les plus exposées – ne sont pas (ou peu) comprises dans le champ d’application des maintiens de garanties ; d’autre part, les dispositifs eux-mêmes ou leur articulation mériteraient d’être précisés de façon, d’abord, à assurer la réalisation effective des droits des salariés, et, ensuite, à sécuriser la situation des entreprises.

Cibler les populations les plus exposées

Certaines catégories de salariés ne bénéficient pas des droits aux maintiens de garanties. Ces catégories, ainsi que cela a été évoqué, sont les suivantes :

- Les salariés qui, dans leur entreprise, ne bénéficient pas de garanties collectives. La remarque relèverait de l’évidence si elle n’avait pas pour effet, en pratique, d’accentuer

les différences de traitement existant entre les salariés des grandes entreprises et ceux des entreprises de plus petite taille (140). En effet, à bien des égards, ces derniers bénéficient, déjà, de droits inférieurs à l'occasion de la rupture du contrat de travail (ex. : indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse). Cette distinction qui existe au cours de l'exécution du contrat de travail s'étend ainsi à la période postérieure à la rupture du contrat.

- Les salariés sous contrat à durée déterminée. Ceux-ci sont, de fait, pour une large part exclus du bénéfice de la protection sociale complémentaire (condition d'ancienneté) et, partant, du droit à la portabilité institué par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008. Ils sont pourtant ceux qui ont le plus grand besoin de cette portabilité.
- Les salariés qui bénéficient des plus faibles revenus. Même si, en droit, le bénéfice de l'article 4 de la loi Évin ou de l'article 14 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 leur est offert, il peut s'avérer que la souscription effective de ces garanties représente, pour eux, un effort financier extrêmement substantiel : bénéficiant d'un « revenu de remplacement », leur revenu baisse du fait même de la rupture du contrat de travail ; parallèlement, dans le cadre de l'article 4 de la loi Évin, les sommes nécessaires au financement des garanties qu'ils doivent verser peuvent être multipliées par trois. À cet égard, les dispositions de l'article 2 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 et la loi de sécurisation de l'emploi constituent un progrès sensible.

De ce constat, il ne faut pas tirer, nécessairement, la conclusion qu'un accroissement des droits – donc des engagements de l'employeur – est nécessaire.

Très certainement, les difficultés pourraient être résolues en exigeant des entreprises qu'elles assument la charge d'assurer, en fait, la couverture des salariés les plus exposés. Mais cette solution, outre qu'elle aurait pour effet d'accroître les charges des entreprises (ce qui, dans les circonstances actuelles peut apparaître peu opportun), aurait pour effet de dissimuler la réelle question qui se pose aujourd'hui en matière de protection sociale en général : *les personnes les mieux couvertes sont-elles prêtes, par solidarité, à renoncer à une fraction de la couverture dont elles disposent pour que soit améliorée la situation des personnes les plus exposées ?*

Si une réponse affirmative était apportée à cette question, une plus grande égalité d'accès à la protection sociale (notamment d'entreprise) serait possible sans que croissent les coûts de celle-ci. À titre d'exemple :

Les salariés sous contrats à durée indéterminée sont-ils prêts à diminuer leurs garanties de façon que, à coût constant, les salariés sous contrats à durée déterminée puissent accéder aux garanties ?

Les salariés actifs sont-ils prêts à ce même effort pour que, corrélativement, les salariés retraités bénéficient de fait de bonnes garanties ?

L'amélioration de la couverture offerte aux salariés les plus exposés n'est pas uniquement une question financière ; elle est aussi le fruit d'un état d'esprit, de « valeurs ».

Clarifier des dispositifs existants

Au demeurant, cette « renonciation » à certains avantages par certains salariés au profit d'autres salariés, pourrait s'accompagner d'efforts financiers de la part des entreprises. Quant à celles-ci, il n'est pas dit qu'elles ne soient pas prêtes à ces efforts si, en contrepartie, leur était assurée une réelle « sécurité juridique ».

Le problème de l'insécurité juridique a déjà été évoqué plus haut ; mais il s'avère qu'il se révèle, une nouvelle fois et tout spécialement, à propos des dispositions assurant le maintien des droits (141). Deux points soulèvent notamment des difficultés :

(140) En effet, ce sont, le plus souvent, les salariés des (très) petites entreprises qui ne bénéficient pas de garanties collectives (sauf lorsqu'un accord de branche le prévoit), au contraire des entreprises plus importantes qui disposent des compétences et des moyens financiers nécessaires pour offrir ces avantages.

(141) Ex. : mauvaise rédaction de l'article 4 de la loi Évin.

L'information des salariés

La jurisprudence met à la charge de l'employeur, lors de la rupture du contrat, un nombre important d'obligations d'information. Au nombre de ces obligations d'information figurent celles portant sur les droits à maintien de garanties. Quoique le public averti sache manier ces obligations d'information, il faut constater que, en pratique, notamment dans les entreprises ne bénéficiant pas des services nécessaires, les employeurs méconnaissent ces obligations d'information. Il serait opportun de clarifier :

- Le principe même de l'information.
- L'objet exact de l'information.
- Les modalités précises de l'information.

L'articulation des maintiens de garanties

Aux termes de l'article 4 de la loi Évin, l'ancien salarié dispose d'un délai de six mois pour demander le bénéfice du maintien de garanties. Ce délai court à compter de la rupture du contrat de travail.

À la suite de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, cette disposition est devenue moribonde. En effet, il est plus intéressant pour le salarié de profiter, d'abord, des dispositions relatives à la portabilité prévue par l'accord ; ce n'est qu'à l'expiration de cet avantage qu'il dispose d'un intérêt au dispositif prévu par l'article 4 de la loi Évin. Pour cette raison – mais en vain jusqu'à présent – les partenaires sociaux, dans l'avenant n° 3 du 18 mai 2009 à l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 ont demandé aux pouvoirs publics de « *prendre les dispositions nécessaires pour que le terme du délai de 6 mois prévu à l'article 4 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 soit reporté à la date à laquelle le bénéfice du maintien de garanties des couvertures complémentaires santé et prévoyance de l'article 14 précité prend fin, dans le cas où la durée de ce maintien est supérieure à 6 mois* ».

Il fallut attendre la loi relative à la sécurisation de l'emploi pour que cette mesure soit évoquée (142).

Autres difficultés

D'autres difficultés peuvent apparaître encore. Les garanties que l'assureur doit proposer au titre de l'article 4 de la loi Évin sont celles dont le salarié bénéficiait lorsqu'il quittait l'entreprise : aucune modification du contrat d'assurance d'entreprise ou de l'adhésion au régime collectif d'entreprise postérieure à la rupture du contrat de travail n'est opposable à l'ancien salarié. En revanche, les modifications apportées à ce contrat d'assurance ou à cette adhésion au régime collectif sont opposables au salarié bénéficiant de la portabilité. Partant, des difficultés, apparemment techniques mais importantes en pratique peuvent apparaître à l'occasion de l'articulation de la portabilité et du maintien de garanties.

(142) *V. supra.*

CHAPITRE V

LES CLAUSES DE DÉSIGNATION ET DE MIGRATION

Résumé. – *De longues années durant, les clauses de désignation ont été le point de confrontation entre le droit de la concurrence et le droit social. Un nouvel enjeu se dessine à présent ; celui de savoir si les choix opérés par les partenaires sociaux au niveau des branches sont discrétionnaires ou si le juge peut contrôler ces décisions. Si la Cour de cassation impose fermement le respect des décisions des partenaires sociaux, cette solution est violemment combattue. Le législateur réfléchit (débat) à une évolution.*

Plan. – *Section 1. Aperçu historique ; Section 2. Utilités et inconvénients des clauses de désignation ; Section 3. L'avenir des clauses de désignation et de migration*

Les discussions actuelles sur l'existence et l'encadrement des clauses de désignations ne se comprennent qu'au regard des enjeux que portent celles-ci : servant la protection sociale des salariés, elles constituent en même temps une entrave à la libre concurrence. Leur admission dans notre droit positif est le fruit d'une histoire marquée par le combat entre ces deux impératifs (Section 1). Bien qu'il soit difficile d'arbitrer clairement entre les utilités et les inconvénients de ces clauses (Section 2), le sort de ces dernières, un temps incertain (Section 3), fut récemment scellé par le Conseil constitutionnel qui décida de leur disparition (Section 4).

SECTION 1. APERÇU HISTORIQUE

Les clauses de désignation et de migration sont nées des pratiques conventionnelles au niveau des branches ; partant elles se caractérisent par leur grande diversité (§1). Mais quel que soit leur contenu exact, le droit de l'Union européenne (§2) comme le droit interne (§3) en ont reconnu la licéité.

§1. La diversité des clauses de désignation

L'article 912-1 du Code de la sécurité sociale permettait aux partenaires sociaux, au niveau de la branche, de mettre en place des garanties collectives. Lorsque les partenaires sociaux en décidaient, l'affiliation au régime pouvait être rendue obligatoire pour l'ensemble des entreprises assujetties aux accords et conventions de branche.

L'intensité de l'obligation variait selon les stipulations de la convention collective ; les nuances mises à part, pouvaient être distinguées :

- Les clauses désignant un organisme assureur mais laissant aux entreprises le choix de s'affilier ou non auprès de cet organisme,
- Les clauses désignant un organisme assureur et imposant l'adhésion à celui-ci aux entreprises qui, au jour de l'entrée en vigueur de l'accord ne disposaient pas de leur propre régime d'entreprise ou disposaient d'un régime « moins favorable » que le régime établi au niveau de la branche,
- Les clauses désignant un organisme assureur et imposant l'adhésion à celui-ci à l'ensemble des entreprises assujetties, peu important que le régime d'entreprise soit plus favorable que le régime de branche : ces clauses étaient parfois désignées par l'expression « clause de migration ».

La licéité des clauses de désignation de premier type ne soulvait pas de difficulté particulière. Certes, l'organisme assureur désigné profitait d'un avantage concurrentiel découlant de la désignation elle-même. Mais les entreprises de la branche, quoique le plus sou-

vent contraintes d'offrir un régime aussi favorable que celui institué par celle-ci, demeureraient libres de choisir leur organisme assureur au regard, notamment, du service offert et de la tarification pratiquée.

La licéité des clauses de désignation de second et de troisième types était davantage discutée. D'une part, d'aucuns invoquaient la liberté de prestation de services et la liberté de la concurrence à leur encontre ; d'autre part, aux clauses de migration était opposé l'alinéa second de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale.

§2. La licéité des clauses de désignation au regard du droit de l'Union européenne

La question de la validité des clauses de désignation est née au cours des années 1990, à la suite du contentieux, porté devant la Cour de Justice des Communautés européennes, relatif à l'affiliation obligatoire aux régimes légaux de sécurité sociale (143).

La Cour de Justice avait été saisie d'une question préjudicielle soulevée à l'occasion des oppositions à contrainte formées par MM. Poucet et Pistre respectivement contre la Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (CALMURAC) en charge de la gestion du régime d'assurance maladie et maternité des travailleurs non-salariés des professions non agricoles et la caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans de Clermont-Ferrand (CANCAVA). L'argument des parties qui avaient l'une et l'autre cessé de cotiser au régime légal pour s'engager auprès d'un opérateur privé offrant des prestations comparables reposait, classiquement, sur la distinction entre les garanties et l'organisme en charge de leur gestion : « sans remettre en cause le principe de l'affiliation obligatoire à un système de sécurité sociale, [les demandeurs] estiment qu'ils devraient, à cette fin, pouvoir s'adresser librement à toute compagnie d'assurance privée établie sur le territoire ».

La Cour de justice rejeta les prétentions des demandeurs. Décrivant les caractéristiques du régime en cause (la solidarité), appréciant l'absence de liberté ou d'initiative de l'organisme gestionnaire, elle conclut que les « caisses de maladie ou les organismes qui concourent à la gestion du service public de la sécurité sociale remplissent une fonction de caractère exclusivement social », exclusive de toute activité économique, donc de toute soumission au droit de la concurrence.

Le débat se déplaça ensuite, spécifiquement à propos des clauses de désignation relatives aux régimes complémentaires de prévoyance, de frais de santé ou de retraite.

Le droit français – comme des droits étrangers et le droit néerlandais en particulier – autorise expressément les clauses de désignation dans les accords de branche (144).

Les clauses de désignation ont pour effet, selon leur rédaction :

- de permettre à toutes les entreprises d'un secteur d'activité de rejoindre un « régime » de branche géré par un assureur désigné dans la clause,
- d'obliger toutes les entreprises d'un secteur ne bénéficiant pas d'un « régime » aussi favorable de rejoindre le régime de branche et l'assureur désigné,
- d'obliger toutes les entreprises d'un secteur, quel que soit le régime dont celles-ci disposent, de rejoindre le régime de branche et l'assureur désigné.

Le premier type de clause ne soulève pas de difficulté particulière ; les deuxièmes et les troisièmes sont plus délicats. En effet, elles privent les entreprises d'une liberté de choix de leurs prestataires d'assurance et, réciproquement, entravent le développement com-

(143) CJCE, 17 février 1993, *Poucet c/ AGF et Camulrac et Pistre c/ Cancava*, préc. La Cour de cassation avait été auparavant amenée à se prononcer. Elle avait donné plein effet à l'obligation légale : Cass. crim., 17 mars 1992, bull. crim. n°114 ; RJS 11 /92 n°1267 ; D. 1993.IV.277, obs. X. PRETOT ; Dr. soc. 1993.448, note P. LAIGRE, obs. J.-J. DUPEYROUX. Voir, pour les suites que connut cette question : F. Kessler, *L'obligation d'affiliation aux régimes de professions libérales*, RDSS 2012.213.

(144) Code de la sécurité sociale, article L. 912-1.

mercial des organismes assureurs qui n'ont pas été désignés. À cet égard, elles portent atteinte à la libre concurrence et, notamment, aux articles 101, 102 et 106 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.

Sur ce fondement juridique, la validité des clauses de désignation a été contestée devant la Cour de justice des communautés européennes. Substantiellement (145), la Cour s'est prononcée successivement sur l'accord collectif conclu par les partenaires sociaux puis sur le prolongement réglementaire, émanant de l'État, que constitue l'arrêt d'extension.

Quant à l'accord conclu par les partenaires sociaux, il échappe à l'emprise du droit de la concurrence en raison des droits sociaux fondamentaux dont l'Union européenne reconnaît l'existence et de la finalité même de la négociation collective : « *certes, certains effets sur la concurrence sont inhérents aux accords collectifs conclus entre organisations représentatives des employeurs et des travailleurs. Toutefois, les objectifs de la politique sociale [de l'Union] seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* » (146). Quant à l'acte réglementaire lui-même, dans la mesure où il constitue un accessoire à l'accord collectif, il échappe également au contrôle.

Il reste alors à décider de la situation de l'organisme assureur. Si la Cour de justice qualifie l'organisme assureur désigné d'entreprise et, en tant que tel, admet que s'applique en principe le droit de la concurrence, ce dernier est écarté lorsqu'est poursuivi un objectif social, pourvu que le fonctionnement du régime mis en place mette en œuvre un principe de solidarité (147). La Cour de justice de l'Union européenne énumère les indices de ce principe de solidarité : taux de cotisation non proportionnel au risque, absence de prise en compte de certains facteurs de risque (état de santé, âge, risques inhérents au travail occupés par le salariés...)... Lorsque ces indices sont réunis, la Cour de justice conclue à l'absence d'abus de position dominante.

La Cour de cassation, dans une série de décisions récentes, a fait sienne la position de la Cour de justice de l'Union européenne (148).

53. La licéité des clauses de migration au regard du droit interne infra-constitutionnel

Aux termes de la loi, la licéité des clauses de migration est discutable. L'alinéa second de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale prévoit que lorsque un accord de branche contenant une clause de désignation s'applique « *à une entreprise qui, antérieurement à leur date d'effet, a adhéré ou souscrit un contrat auprès d'un organisme différent de celui prévu par les accords pour garantir les mêmes risques à un niveau équivalent, les dispositions du second alinéa de l'article L. 132-23 du Code du travail sont applicables* ».

Le second alinéa de l'article L. 132-23 du Code du travail (devenu, après la recodification l'article L. 2252-2) dispose que « *dans le cas où des conventions de branche ou des accords professionnels ou interprofessionnels viennent à s'appliquer dans l'entreprise postérieurement à la conclusion de conventions ou accords négociés conformément à la présente section, les dispositions de ces conventions ou accords sont adaptées en conséquence* ».

La rédaction du texte de l'article L. 132-23 du Code du travail est très maladroite, alors même que la jurisprudence lui reconnaît un caractère d'ordre public (149). Aussi son interprétation souleva des difficultés importantes. Deux thèses étaient en présence :

- la première affirmait le droit de l'entreprise de demeurer auprès de son propre assureur pourvu, cependant, que le régime de protection sociale soit modifié et

(145) V., pour des exposés plus complets, V. Roulet, L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés, n° 129 et s.

(146) CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67-96, préc., pt. 59, CJCE, 21 septembre 1999, *Drijvende bokken*, C-219/97 préc. pt. 60, CJCE, 21 septembre 1999, *Brentjens* préc., pt.48.

(147) CJUE, 3 mars 2001, AG2R, C-437/09.

(148) Soc., 21 nov. 2012, n° 10-21.254 à n° 10-21.257 ; Soc., 27 nov. 2012, n° 11-19.781 ; Soc., 27 nov. 2012, n° 11-18.556 à n° 11-18.560 ; Soc., 5 déc. 2012, n° 11-18.716

(149) Sur la démonstration, v. F. Wismer, Clause de désignation : le sort du contrat d'assurance collective préexistant, JCP E 2005.1028 ; V. Roulet, L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés, préc. n° 135 et s.

devienne au moins aussi favorable aux salariés que le régime de branche ; ce qui impliquait de définir les critères d'évaluation du régime « plus favorable » ;

- la seconde affirmait l'obligation pour l'entreprise de rejoindre l'assureur désigné par la branche.

Le choix entre les thèses en présence était important ; le texte étant d'ordre public, retenir la première branche de l'alternative limitait sensiblement le pouvoir contraignant des clauses de désignation : il interdisait les clauses de migration.

Le choix entre les thèses en présence ne fut pas immédiat.

Saisie par le Conseil d'État à l'occasion du recours pour excès de pouvoir formé contre les arrêtés d'extension de conventions collectives de branche (150), la Cour d'appel de Paris choisit la première branche de l'alternative. Elle considérait, d'une part, que « *le principe d'adaptation* [prévu à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale] *a nécessairement pour objet, sauf à le priver de tout sens, de leur [les entreprises] permettre de conserver leur liberté d'adhésion...* » : était protégée la liberté d'adhésion des entreprises disposant, au jour de l'entrée en vigueur de la désignation, de garanties collectives. D'autre part, le principe contenait un tempérament : « *... pourvu que les mêmes risques soient garantis à un niveau équivalent* ». La Cour d'appel résumait sa compréhension de la loi : « *l'obligation d'adaptation porte donc non sur la désignation de l'organisme assureur mais sur les garanties et les cotisations salariales* » (151).

Avec quelques nuances, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation reprit à son compte la solution dégagée par la cour d'appel de Paris (152).

Telle ne fut pas la voie empruntée par la chambre sociale de la Cour de cassation qui, de manière lapidaire, écartait de fait l'article L. 912-1 alinéa 2 du Code de la sécurité sociale : « *L'adaptation consiste nécessairement dans la mise en conformité de l'accord d'entreprise avec l'accord professionnel imposant l'adhésion à l'organisme désigné* » ; partant, peu importe la question de savoir si l'accord d'entreprise garantit les mêmes risques à un niveau équivalent (153). La solution a encore été affirmée récemment par cette même chambre sociale : « *l'obligation d'adhésion à l'organisme désigné par un avenant pour gérer le régime complémentaire de remboursement de soins revêt un caractère d'ordre public* », sauf pour les partenaires sociaux à prévoir expressément quelque dérogation (154).

Le Conseil constitutionnel allait démontrer, à tort plutôt qu'à raison, que ces discussions sur le sens exact de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale étaient inutiles.

SECTION 2. UTILITÉS ET INCONVÉNIENTS DES CLAUSES DE DÉSIGNATION

L'utilité des clauses de désignation, lorsqu'elles ont un caractère obligatoire n'est pas contestable. Elles permettent d'une part d'assurer une couverture effective, à un prix raisonnable, à l'ensemble des salariés de la branche. L'avantage n'est pas négligeable. Il concourt, naturellement, à la diffusion de la protection sociale complémentaire et, socialement, au renforcement de la protection globale dont bénéficient non seulement les salariés mais, aussi, le cas échéant, leurs ayants droit. Notamment, les clauses de désignation et de migration permettent à certaines entreprises, particulièrement exposées, soit à raison de leur situation financière, soit à raison de leur taille qui les discrimine sur le marché de l'assurance, d'aligner les avantages sociaux qu'elles proposent à ceux existant ailleurs. C'est donc un double impératif que satisfont les clauses de désignation : amélioration du droit à la sécurité sociale (largement compris) et promotion de l'égalité (entre les salariés, nonobstant les caractéristiques de leur employeur).

(150) CE, 13 février 2004, n° 247983 ; CE, 7 juillet 2000, n° 198564.

(151) CA Paris, 1^{re} ch. S., 28 janvier 2004, 2002/14939 ; comp. CA Paris 18^e ch. C., 24 mars 2005, n° 03/02594.

(152) Civ. 2^e, 21 juin 2005, n° 04-12.981. La Cour de cassation évoque l'alignement des garanties mais n'évoque pas la question des prix respectifs.

(153) Soc. 17 octobre 2007, Dr. soc. 2007.1331, note J. Barthélémy. V., également, Y.-E. Logeais, *La portée des clauses de migration dans les accords collectifs de protection sociale*, JCP E 2008.1985 ; S. Millet, *L'impossible résistance des entreprises aux systèmes obligatoires de mutualisation des régimes*, JCP S 2007.1906.

(154) Soc., 27 novembre 2012, n° 11-18.556 et s.

D'autre part, elles évitent que la concurrence entre les entreprises d'un même secteur d'activité repose sur des caractéristiques tenant à la population salariée (état de santé, âge...). Lorsqu'elle fut saisie, l'autorité de la concurrence occulta parfaitement cette dimension « concurrentielle » des clauses de désignation. C'était faire preuve d'une certaine ignorance de la fonction traditionnelle – et unanimement admise (y compris par la Cour de justice de l'Union européenne) – des conventions collectives de travail. Contrairement à ce qui est communément reçu dans le grand public, la convention collective de travail (et aussi la clause de désignation), n'est pas uniquement un instrument d'accroissement des droits des salariés. Elle participe aussi de l'organisation de la concurrence au sein des secteurs d'activité. Elle permet à la concurrence de se déployer sainement : elle en limite les effets pervers. En fixant le seuil minimal des droits des salariés dans tous le secteur d'activité (donc entre les entreprises concurrentes), la convention collective de travail crée des coûts irréductibles sur lesquels la concurrence ne saurait avoir d'effet. Ces coûts irréductibles, y compris dans une vision purement concurrentielle, ne sont pas nécessairement nuisibles. Certes, de prime abord, ils paraissent comme un obstacle à l'efficacité économique. Mais, à y regarder de plus près, ils ont plusieurs intérêts. D'abord, ils rendent socialement acceptable l'idée même de concurrence : la concurrence ne peut s'épanouir si la population n'est pas convaincue, au moins partiellement, de son aspect positif non seulement pour les entreprises mais, aussi, pour les salariés. Ensuite, ils contraignent l'entreprise à accroître ses efforts sur les autres coûts et, donc, à améliorer l'efficacité de ses autres dépenses (achats, production, circuit de distribution) ou la qualité de son produit. En ce sens l'intangibilité des coûts de main d'œuvre est un moteur pour la performance économique de l'entreprise. Enfin, il ne faut guère perdre de vue que, d'une manière générale, les systèmes d'assurance obligatoire sont un élément de rigidité des salaires : en tant que tel, s'ils sont susceptibles de se muer en coût menaçant pour l'entreprise en difficulté, ils ont cependant l'avantage d'entretenir la solvabilité de la demande individuelle et globale (155).

Ces avantages ne sont pas sans contreparties. En premier lieu, l'égalité entre les salariés de la branche instituée par la clause de désignation nuit mécaniquement aux entreprises qui disposent des populations assurables les moins exposées au risque. Au demeurant, n'est-ce là que la contrepartie de la solidarité dont témoigne la clause de désignation ou de migration. Parallèlement, ces clauses interdisent ponctuellement aux entreprises – et aux salariés – de souscrire des garanties qui répondraient à leurs besoins spécifiques. Cette difficulté peut apparaître dans deux cas de figure distincts. D'abord, lorsqu'une entreprise à l'activité particulière relève d'une branche « généraliste » couvrant, de fait, des activités différentes. L'exercice de cette activité particulière peut parfois faire naître des besoins spécifiques aux salariés y travaillant (souvent ce ne sont pas tous les salariés des entreprises qui sont concernés mais, seulement ceux qui, directement, exerce l'activité). Ensuite, certaines entreprises ont une « tradition » parfois ancienne de protection sociale. Les salariés, les organisations syndicales voire l'employeur sont attachés au régime ou aux garanties qui, depuis plusieurs dizaines d'année accompagnent l'entreprise. Il s'agit d'un composant de l'identité de l'entreprise. Le basculement vers un régime de branche est alors vécu, lorsqu'il intervient à raison d'une clause de migration, comme une perte d'identité.

En second lieu, la désignation d'un organisme de branche chasse de celle-ci les autres organismes assureurs ainsi que les intermédiaires d'assurance du marché que représente la branche. Pour cette raison, notamment, a été créée, à l'initiative des courtiers en assurance (156), l'Association pour la promotion de l'Assurance collective, laquelle « a pour objet de promouvoir la concurrence dans le domaine de la protection sociale complémentaire des travailleurs salariés et non-salariés » et, notamment, de « soutenir par ses actions tout ce qui est susceptible de contribuer à l'amélioration de la transparence et de la concurrence dans le domaine de l'assurance collective ». Avec raison, il est possible de considérer que les intérêts des intermédiaires d'assurance n'ont pas à jouer dans la décision collective de donner ou non plein effet aux clauses de désignation. Toutefois, il ne faut pas occulter le fait que ces intermédiaires, peut-être trop attachés à une concurrence dont ils vivent, sont aussi des pourvoyeurs d'emplois.

(155) J. Stiglitz, Crise mondiale, emplois et protection sociale, Revue Internationale du travail, 2009, n° 1, p.1.

(156) Et notamment du courtier APRIL.

En outre, les conditions dans lesquelles sont désignés les organismes assureurs soulèvent certaines interrogations. Aucune procédure de désignation n'était jusqu'à présent prévue ni par la loi ou le règlement, ni par les branches elles-mêmes. La seule disposition régissant les désignations figure à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale ; elle prévoit uniquement une obligation de réexamen de la désignation tous les cinq ans (157). Mécaniquement, cette absence de transparence emporte de légitimes « soupçons » sur la nécessité de recourir à de tels actes contraignants. Que ceux-ci soient ponctuellement opportuns est une chose ; qu'ils le soient dès lors que les partenaires sociaux en ont décidé ainsi en est une autre (158).

SECTION 3. L'AVENIR DES CLAUSES DE DÉSIGNATION ET DE MIGRATION

Alors que la Cour de cassation réaffirmait fermement la licéité et la force obligatoire des clauses de désignation et de migration (159), les partenaires sociaux émettaient ensemble le souhait de réexaminer cette difficulté dans un sens plus libéral pour les entreprises. Malgré les très récentes évolutions (§1), la refonte du droit de la désignation demeura très floue (§2)... du moins autant que le Conseil constitutionnel n'eut pas à connaître de la question à l'occasion de la loi de sécurisation de l'emploi.

§1. Le frémissement du droit de la désignation

Les partenaires sociaux, lors de la négociation de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 abordèrent précautionneusement la question des clauses de désignation. Puis, l'autorité de la concurrence fut saisie de la question et, durant les débats parlementaires, le sujet a été extrêmement sensible : il donna d'ailleurs lieu à la saisine du Conseil constitutionnel après que la loi a été votée.

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 contenait deux dispositions propres à modifier l'état du droit, tant en ce qui concerne le principe que les modalités du recours obligatoire à un organisme assureur.

D'abord, les accords de branche ayant pour objet la généralisation de la couverture frais de santé et prévus par l'article 1^{er} de l'Accord n'ont pas, aux termes de celui-ci, vocation à être obligatoires : « *les partenaires sociaux de la branche laisseront aux entreprises la liberté de retenir le ou les organismes assureurs de leur choix* » ; ils pourront, tout au plus, « *recommander aux entreprises de s'adresser à un ou plusieurs organismes assureurs* ».

Ensuite, la désignation des organismes assureurs, dans le cadre de cette généralisation, sera réalisée « *après mise en œuvre d'une procédure transparente de mise en concurrence* ». Et si l'Accord ne définit pas les conditions de cette procédure transparente c'est parce qu'une note de bas de page précise, non seulement pour les accords visés par l'Accord mais pour l'ensemble des désignations :

Les parties signataires du présent accord décident de constituer un groupe de travail paritaire, dont l'objet sera de définir, dans le délai de trois mois, les conditions et les modalités d'une procédure transparente de mise en concurrence, tant lors de la mise en place de

(157) « Lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1^{er} de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques ou d'une ou plusieurs institutions mentionnées à l'article L. 370-1 du code des assurances, auxquels adhèrent alors obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de ces accords, ceux-ci comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation des risques peuvent être réexaminées. La périodicité du réexamen ne peut excéder cinq ans. »

(158) V. V. Roulet, *Libres propos sur les clauses de désignation*, SSL 2013.

(159) Soc., 27 novembre 2012, préc.

la couverture « remboursements complémentaires frais de santé » que lors du réexamen périodique du ou des organismes assureurs désignés ou recommandés. Ce groupe de travail paritaire sera notamment chargé de fixer les conditions d'élaboration du cahier des charges, les conditions de publicité et de transparence de cette mise en concurrence, les critères de sélection des offres conformes à ce cahier des charges et de définir les critères d'évaluation de la gestion du régime collectif lors du réexamen des conditions de la mutualisation.

Sans réaliser une évolution du droit positif (les partenaires sociaux ne disposent pas de ce pouvoir et, quoiqu'il en soit, la rédaction de l'Accord était trop incertaine), l'accord national interprofessionnel semble l'annoncer.

L'avis de l'autorité de la concurrence

Le 1^{er} février 2013, l'autorité de la concurrence a été saisie pour avis par l'association pour la promotion de la concurrence dans le secteur de l'assurance collective (160).

Sans surprise, l'avis de l'autorité de la concurrence rendu le 29 mars 2013 est peu favorable au maintien en l'état des clauses de désignation (161).

Si l'autorité reconnaît à celles-ci quelques mérites, elle conclut cependant son avis par quatre propositions tendant à restreindre l'emprise des clauses de désignation :

1) « *Garantir l'égalité des conditions de concurrence entre les différents types d'organismes susceptibles d'intervenir sur le marché de la prévoyance collective* »

Autrefois soumises à des dispositions légales différentes influençant sensiblement leurs situations respectives sur le marché de l'assurance collective, sociétés d'assurance, mutuelles et institutions de prévoyance ont vu, depuis vingt ans, harmonisée la réglementation applicable. Toutefois, des différences demeurent encore qui favorisent certains types d'opérateur. L'autorité recommande de mettre fin à ces différences.

2) « *Faire primer la liberté de l'employeur de retenir le ou les organismes assureurs de son choix* ».

La justification de l'assertion par l'autorité de la concurrence est plus que critiquable : « *le principe de la liberté de choix (...) est, par essence, le mieux à même de permettre une concurrence effective et non faussée entre les différents organismes assureurs. Il doit à ce titre être privilégié* ». Si l'affirmation n'est pas fautive, elle est singulièrement réductrice : ne sont évoqués ni la concurrence entre les entreprises de la branche, ni les motifs d'ordre public qui fondent le droit de la désignation.

3) « *Encadrer la possibilité d'une mutualisation des risques à l'échelle de la branche* »

Substantiellement, l'autorité considère qu'il est nécessaire, en cas de désignation, d'une part, de désigner plusieurs opérateurs, d'autre part, de mettre en concurrence les candidats à la désignation.

4) « *La loi doit imposer la mise en concurrence effective des opérateurs susceptibles d'être recommandés ou désignés* »

In fine, l'autorité propose de modifier la rédaction de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale :

2° *Le premier alinéa de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale est modifié comme suit :*

« Lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques dont ils organisent la couverture auprès d'un ou plusieurs organismes mentionnés à l'article 1^{er} de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques ou d'une ou plusieurs institutions mentionnées à l'article L. 370-1 du code des assurances, auxquels adhèrent alors obligatoirement les entreprises relevant du champ d'application de

(160) Cette association est « proche » du milieu du courtage.

(161) Avis n° 13-A-11 du 29 mars 2013.

ces accords, ceux-ci comportent une clause fixant dans quelles conditions et selon quelle périodicité les modalités d'organisation de la mutualisation des risques peuvent être réexaminées. La périodicité du réexamen ne peut excéder trois ans. »

L'article L. 912-1 est également complété par deux alinéas ainsi rédigés :

« Lorsque les accords professionnels ou interprofessionnels mentionnés à l'article L. 911-1 prévoient une mutualisation des risques en application du premier alinéa, ou lorsqu'ils recommandent, sans valeur contraignante, aux entreprises d'adhérer pour la couverture des risques qu'ils organisent à un ou plusieurs organismes, il est procédé à une mise en concurrence préalable des organismes mentionnés à l'article 1^{er} de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 dans des conditions de transparence et selon des modalités prévues par décret. Ces conditions définissent, d'une part, les règles destinées à garantir l'impartialité de la procédure et prévenir les conflits d'intérêts de la part de ceux qui y participent, d'autre part, prévoient nécessairement la création d'un organisme ad hoc à l'échelle de la branche, composé en partie de personnalités indépendantes, auquel est confiée la charge de l'organisation de la procédure et de sa révision périodique.

Les accords mentionnés à l'alinéa précédent ne peuvent emporter ni la recommandation ni la désignation d'un organisme unique. »

Les conclusions de l'autorité de la concurrence peuvent être approuvées... ou rejetées. Mais, le moins qui puisse être dit, est que l'autorité de la concurrence s'est livré à un examen pour le moins partial des difficultés que soulèvent les clauses de désignation.

D'une part, la Cour de justice elle-même (dont il ne saurait être dit qu'elle pourfend les logiques concurrentielles) a pris davantage de temps pour saisir les enjeux sociaux qu'emporte la question des clauses de désignation ; ces enjeux, l'autorité ne fait que les évoquer. D'autre part, et cela est plus critiquable, l'autorité ne s'intéresse à aucun moment, dans sa décision (et contrairement encore à la Cour de justice de l'Union européenne), aux effets « positifs » sur la concurrence des clauses de désignation.

La préparation de la loi de sécurisation de l'emploi

L'évolution juridique est suffisamment incertaine, et les enjeux suffisamment prononcés, pour que les étapes successives de préparation de la loi sur la sécurisation de l'emploi contiennent des différences très substantielles.

L'avant-projet de loi

L'avant-projet de loi, comme l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, distinguait deux volets sur cette question.

À propos de la généralisation de la couverture frais de santé, revenant sur la volonté affichée par les partenaires sociaux, l'avant-projet de loi laissait entendre que les branches auraient la faculté de désigner de manière impérative un organisme assureur. L'article 1^{er} prévoyait en effet qu'au nombre des thèmes de négociation au niveau de la branche, figureraient « les conditions, notamment tarifaires, dans lesquelles les entreprises peuvent être autorisées à retenir le ou les organismes assureurs de leur choix ». Si l'autorisation est une « possibilité », la contrainte en est une autre.

Avec une portée générale, était modifié l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale pour introduire une « mise en concurrence préalable » des organismes assureurs lorsqu'est imposée l'adhésion ou, simplement, lorsque celle-ci est recommandée.

Quant aux modalités de la mise en concurrence, l'avant-projet de loi prévoyait qu'elles seraient définies par décret (et, du même coup, tuait dans l'œuf l'initiative affichée par les partenaires sociaux dans l'accord national interprofessionnel).

Le projet de loi

De manière assez curieuse, le projet de loi, sur ces deux questions, s'émancipait de manière sensible des dispositions de l'avant-projet ; preuve, s'il en fallait, que ces questions demeuraient fortement débattue.

D'abord, à propos de la généralisation de la couverture frais de santé, était abandonnée la faculté laissée aux branches de contraindre les entreprises à s'affilier à un organisme désigné. Une nouvelle fois, il fallait minutieusement se plonger dans la lettre du texte pour saisir le sens du projet législatif. En miroir de l'avant-projet de loi, un mot, un seul (162), disparaissait qui modifiait en profondeur le sens de la phrase : la négociation de branche porte, notamment, sur « *les conditions, notamment tarifaires, dans lesquelles les entreprises peuvent retenir le ou les organismes assureurs de leur choix* ». Était affirmée la liberté des entreprises.

Ensuite, et inversement, la procédure de « mise en concurrence préalable » était désormais réservée à la seule hypothèse dans laquelle les partenaires sociaux, au niveau de la branche, recommanderaient d'adhérer à un organisme assureur. Aucune procédure n'était en revanche prévue dans l'hypothèse la plus délicate, celle dans laquelle la branche contraint à l'affiliation !

La loi

Au final, le législateur n'a pas tranché. Trois points notables sont à relever :

- 1) la loi conserve, en général, la possibilité pour les partenaires sociaux de désigner un organisme assureur auquel l'affiliation serait obligatoire,
- 2) la loi prévoit une procédure spéciale de désignation de ces organismes assureurs. Les partenaires sociaux doivent procéder à une mise en concurrence « dans des conditions de transparence, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les candidats ». Les modalités de cette procédure seront fixées par décret.
- 3) la loi conserve une large part d'ambiguïté à propos de la généralisation de la couverture frais de santé : d'une part, n'est pas expressément exclue la possibilité de désigner mais, d'autre part, il semble que la négociation de branche doit prévoir des conditions dans lesquelles les entreprises de la branche pourront choisir librement leur assureur.

§2. Les hésitations du droit de la désignation

La contestation des clauses de désignation, laquelle emporte les évolutions en cours de déploiement, soulève en réalité trois questions éminemment distinctes, relatives au principe des clauses de désignation et aux conditions de fond et de procédure de leur mise en œuvre.

- La première de ces questions tient au principe même de ces désignations lorsque celles-ci sont dotées d'un caractère contraignant. L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 pouvait laisser entendre que de telles clauses disparaîtraient du droit positif (163). L'avant-projet de loi, par son silence sur ce point et, notamment, par l'absence de modification de l'article L. 2253-3 du Code du travail, ne semble pas aller dans ce sens.

Or, quoique l'opportunité d'une telle suppression soit douteuse, elle est vivement souhaitée par certains professionnels de l'assurance souffrant directement de l'exclusion du marché que leur imposent ces clauses. Alors que les Institutions de Prévoyance – organismes assureurs quasi-exclusivement désignés (164) – souhaitent le maintien de ces clauses, les représentants des sociétés d'assurance (FFSA), des mutuelles et du courtage réclament la disparition du caractère contraignant (165).

Aussi, quoiqu'il ne soit pas immédiatement menacé, le caractère contraignant continuera de faire l'objet de contestations après la traduction législative de l'accord national interprofessionnel.

(162) En réalité deux : « autorisées à ».

(163) Ce fut du moins l'interprétation que d'aucuns en firent.

(164) Selon l'Association pour la promotion de l'assurance collective (proche du courtage) estime que les Institutions de prévoyance « captent actuellement plus de 90 % du marché des désignations en prévoyance et santé collective » (F. Limoges, *Complémentaire santé : courtiers et mutuelles hostiles aux clauses de désignation*, L'Argus.fr, 12 février 2013).

(165) F. Limoges, art. préc.

- La seconde question tient aux conditions de fond qui autorisent la mise en œuvre d'une clause de désignation (166). « *Décider de la licéité des clauses de désignation n'implique pas cependant d'admettre toutes les clauses de désignation* ». L'organisme assureur désigné doit établir la légitimité et la proportionnalité de la désignation.

Quant à la solidarité, « *il faut se garder alors des définitions abstraites. Personne n'a jamais vu ce qu'était, réellement, cette solidarité ; le premier actuaire venu peut dissimuler, sous des abords généreux, les mécanismes les plus injustes de redistribution. Il faut alors recourir au faisceau d'indices. Le juge prend en compte certaines caractéristiques du système qui lui est soumis. Il vérifie que le régime assure la couverture des personnes déjà atteintes par la maladie ou surexposées au risque, il s'assure que les salariés sont couverts même en cas de défaillance de l'employeur, etc. Bref, le juge vérifie que le gestionnaire respecte... la loi ! Rien n'indique donc que ces critères soient pertinents ou suffisants. L'économie générale du système doit être révélée : la redistribution opérée par la mutualisation est-elle profitable à une catégorie d'entreprises ou de salariés plutôt qu'à d'autres ? Telle ou telle prestation (la prévention par exemple) relève-t-elle réellement d'une démarche de « solidarité » ? À qui profite, exactement, le « forfait » de la cotisation ? De quelle manière sont gérés les retraités en application de l'article 4 de la loi Évin ? Le contrôle de la « solidarité » mériterait d'être approfondi en même temps que les critères de la « mission d'intérêt économique général ».*

La « proportionnalité » est une expression vague et contient deux conditions. D'abord, il s'agit de savoir si les mesures prises – la désignation et la migration – sont pertinentes au regard du but poursuivi ; la désignation d'un seul et unique assureur l'est vraisemblablement (encore que la pratique révèle d'autres moyens de couvrir l'ensemble des salariés d'une branche). Ensuite, il s'agit de savoir si l'atteinte est strictement nécessaire à la satisfaction du but poursuivi. N'y avait-il pas un moyen plus efficace ou moins dommageable pour réaliser la « solidarité » ? La désignation, non seulement dans son principe mais encore dans ses modalités, était-elle le moyen le plus pertinent et le plus respectueux au regard de l'objectif poursuivi et du droit fondamental écarté ? À cet égard, le juge témoigne d'une certaine indolence, si ce n'est de paresse. Il fait bénéficier le régime poursuivant une mission d'intérêt économique général d'une présomption qui n'a pas lieu d'être. Dans sa démonstration, le conditionnel le dispute aux termes imprécis : « *la suppression d'une clause de migration (...) pourrait aboutir à une impossibilité pour l'organisme concerné d'accomplir les missions d'intérêt général qui lui ont été imparties dans des conditions économiquement acceptables* ». Peut-être un jour, après une lourde étude actuarielle, d'aucuns démontreront qu'un résultat similaire peut être atteint par d'autres voies moins attentatoires au marché... et bien plus acceptables économiquement ».

En définitive, « *Au juge devant lequel est présentée une clause de désignation ou une clause de migration, doivent donc être soumises non seulement (toutes) les caractéristiques du régime mais encore les conditions dans lesquelles ledit régime a été mis en place. À défaut, le doute demeure et vicie la désignation* ».

- Enfin, quant aux conditions de procédure et, donc, quant à la transparence dans la procédure de désignation, il convient de saluer l'initiative commune des partenaires sociaux dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 et du gouvernement à l'occasion de l'avant-projet de loi.

Toutefois, il est douteux qu'une telle révolution (car cela en sera une) aboutisse si la volonté de procéder avec transparence n'est pas partagée par l'ensemble des acteurs. La situation, aujourd'hui, est en effet extrêmement particulière.

Au niveau des branches – mais aussi des entreprises – les organisations syndicales de salariés et les groupements d'employeurs participent activement à la mise en place des garanties collectives. Or, ces mêmes organisations syndicales et groupements d'employeurs sont associés dans la direction des Institutions de Prévoyance ; les clients sont aussi les dirigeants des prestataires de services. Naturellement ces clients ont donc tendance à se retourner vers les prestataires qu'ils connaissent : il n'est pas dit, d'ailleurs,

(166) Qu'il soit permis, à cet égard, de se reporter au récent article publié par l'auteur sur le sujet : V. Roulet, *Libres propos sur les clauses de désignation*, préc.).

qu'un tel phénomène soit défavorable aux salariés assurés : les organisations syndicales comme les groupements d'employeurs sont *a priori* à l'écoute des besoins exprimés par les salariés. Il n'en demeure pas moins qu'une telle situation peut prêter le flanc à la critique. La mise en place de procédures de mise en concurrence et transparence serait alors un moyen d'assurer la légitimité des désignations et, donc, celle de l'intervention des organismes assureurs désignés, au premier rang desquels figurent les Institutions de Prévoyance.

Toutefois, cette situation se complique par deux éléments. D'abord, l'organisme assureur qui développe ses garanties dans la branche ou l'entreprise n'est pas toujours, loin s'en faut, le seul assureur. La réassurance existe ; elle est développée. Si les Institutions de Prévoyance soient très majoritairement désignées, leur activité est supportée en partie par des sociétés d'assurance qui, mécaniquement, ces dernières bénéficient aussi de la désignation quoique cette dernière, aux yeux du grand public, leur soit défavorable.

Ensuite, et chaque secteur comparable peut le vérifier, les produits d'assurance collective sont des produits complexes. Peuvent être pris en compte, pour apprécier la qualité d'un produit : les garanties – lesquelles sont diverses et variées tant en volume qu'en objet –, les services annexes (prévention notamment), la qualité de la gestion administrative (elle-même appréciable sous une dizaine d'items différents...). Ainsi, en dépit de la bonne volonté de l'ensemble des acteurs, il est à craindre que le choix de tel ou tel organisme assureur, parce qu'il suppose qu'un ou plusieurs critères auront été privilégiés, pourra toujours être contesté par les concurrents évincés.

SECTION 4. LA DISPARITION DES CLAUSES DE DÉSIGNATION ET DE MIGRATION

À la suite de l'adoption au Parlement de la loi de sécurisation de l'emploi, le Conseil constitutionnel fut saisi d'un recours. Assez curieusement pour l'observateur, le grief principal adressé à la future loi l'était à propos de l'article 1^{er}, modifiant l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale (167). L'objectif avoué étant de faire tomber l'article L. 912-1 lui-même. L'objectif était réalisable puisque la conformité d'une loi déjà promulguée peut être appréciée (par lui), à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine (168).

Au soutien de leur recours, les députés et sénateurs requérants se saisirent d'abord de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et de ses déclinaisons que constituent la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre. Ne négligeant aucun argument, les requérants avancèrent ensuite le principe d'égalité devant la loi (169) et, enfin, au risque de confondre liberté syndicale et droit à la participation, soulevèrent la contrariété de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale au huitième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 « *en ce que le droit des travailleurs de déterminer collectivement leurs conditions de travail doit s'exercer dans l'entreprise et non au niveau de la branche* » (170).

À ces arguments, le Conseil constitutionnel fit droit en substance. Les clauses de désignation et de migration sont jugées inconstitutionnelles. Sont seules tolérées les « recommandations » d'organismes assureurs par les partenaires sociaux au niveau de la branche.

(167) Les députés et sénateurs requérants attaquèrent également certaines des dispositions des articles 12 et 15. Il n'est pas interdit de penser que, étant donné l'importance de la loi sur le droit du français, d'autres dispositions auraient méritées d'être portées à la connaissance du Conseil quand bien même celui-ci eût-il dû les déclarer conforme à la Constitution.

(168) Cons. Const., déc. 85-187 DC du 25 janvier 1985. Pour une application récente en matière de protection sociale complémentaire : Cons. Const., déc. n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012.

(169) L'idée étant que la force obligatoire conférée par l'acte réglementaire que constitue l'arrêté d'extension de la convention ou de l'accord de branche instaure nécessairement une inégalité entre les organismes assureurs... Pour autant, cette inégalité entre organisme assureur emporte l'égalité entre les entreprises et les salariés. Quoiqu'il en soit, le Conseil n'usa pas de l'argument.

(170) Cons. Const., déc. n° 2013-672 du 13 juin 2013, csd. n° 4. Ce dernier argument, quoiqu'il paraît peu pertinent en l'espèce, soulève d'intéressantes réflexion juridique. Plus sûrement, il aurait pu être question d'opposer deux conceptions de la liberté syndicale (au sein de l'entreprise et au sein de la branche) et, à cet égard, de décider du pouvoir du législateur de fixer lui-même la hiérarchie entre les normes conventionnelles.

Si la structure de la décision est classique – le conseil affirme un pouvoir du législateur et, aussitôt, y assigne des limites –, son application, non seulement en ce qui concerne le droit mais encore l'appréciation des faits, est pour le moins discutable (171).

La structure de la décision

Le Conseil constitutionnel, très classiquement, recherche l'équilibre entre les pouvoirs du législateur (donc l'espace de liberté du Politique) et les droits constitutionnellement garantis. Cet équilibre est trouvé au moyen du contrôle de proportionnalité se déroulant en trois temps.

1° : La violation d'un droit constitutionnel est constatée,

2° : Est recherché l'existence d'un motif légitime à cette violation,

3° : Est vérifiée la proportionnalité de la violation.

Dans la décision présente, il commence par rappeler que, s'il est « *à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions (...), il ne saurait priver de garanties légales des exigences constitutionnelles* » (172).

Puis, appréhendant les droits et libertés en cause, il poursuit sa démarche : « *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle (...) des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général* ». Cette liberté cependant n'est pas absolue. Elle n'existe qu'à « *la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* » (173).

Au regard de cette balance des exigences constitutionnelles, le Conseil procède ensuite à l'examen des dispositions contestées en distinguant les dispositions de la loi nouvelle et les dispositions de la loi ancienne.

En tant qu'elle prévoit l'obligation pour les partenaires sociaux, au niveau de la branche, de négocier sur les modalités de généralisation des garanties « frais de santé », la loi de sécurisation de l'emploi n'est pas contraire à la Constitution. Le fait que « *les modalités de choix de l'assureur* » soit l'un des thèmes de la négociation ne porte atteinte à aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle (174)... du moins, autant que le choix de l'assureur n'est pas rendu impératif par les partenaires sociaux au niveau de la branche. Au demeurant, ambigu, l'article 1^{er} de la loi de sécurisation de l'emploi semblait exclure un tel mécanisme.

En ce qui concerne les dispositions de l'article L. 912-1 du Code la sécurité sociale (donc en ce qui concerne directement les clauses de désignation et de migration), le Conseil constitutionnel commence par reconnaître que la finalité poursuivie par le législateur est légitime : le législateur a « *poursuivi un but d'intérêt général* ». C'est dire, d'une part, que le Conseil prend pour acquise l'atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle. C'est dire, d'autre part, qu'il reconnaît que cette atteinte est légitime.

La troisième étape du contrôle de proportionnalité est cependant fatale à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale. Le Conseil décide que « *si le législateur peut porter atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle dans un but de mutualisation des risques, notamment en prévoyant que soit recommandé au niveau de la branche un seul organisme de prévoyance proposant un contrat de référence y compris à un tarif d'assurance donné ou en offrant la possibilité que soient désignés au niveau de la branche plusieurs organismes de prévoyance proposant au moins de tels contrats de référence, il ne saurait porter à ces libertés une atteinte d'une nature telle que l'entreprise soit liée avec*

(171) Ne seront pas évoquées les difficultés très pratiques (et très techniques) que pose l'application dans le temps de la décision du conseil (csd. n° 14).

(172) Cons. Const., déc. préc., csd. n° 5.

(173) Idem.

(174) Idem. csd. n° 7.

un cocontractant déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche et au contenu totalement prédéfini » (175). Sont censurées les clauses désignation. Pour les mêmes raisons, et mécaniquement, le sont dans la foulée les clauses de migration (176).

L'appréciation du droit et du fait

La démarche intellectuelle suivie par le Conseil constitutionnel est à l'abri des critiques. Il n'est pas dit en revanche que, livrant à la troisième étape du contrôle, il ne s'y expose pas.

La motivation est pour le moins laconique. Le Conseil se contente de décrire les conséquences immédiates de la désignation – mais ce n'est là que décrire l'atteinte à la liberté, non la replacer dans une « balance » d'impératifs –, puis d'affirmer la contrariété de l'article L. 912-1 à la Constitution. À aucun moment il ne présente, outre les caractéristiques visibles des clauses de désignation, les effets que celles-ci produisent et qui se rattachent à la poursuite d'un but d'intérêt général. Contrairement à la Cour de justice de l'Union européenne qui avait pris soin de rechercher tous les effets de ces clauses, il ne vise, même pour les rejeter, ni la nécessité ou l'opportunité technique (ou leur potentialité) de l'élargissement de l'espace de mutualisation, ni l'impact favorable des clauses sur la concurrence des entreprises visés par le branche, ni l'égalité (au regard des tarifs) que permettent les clauses entre, notamment, les petites et les grandes entreprises.

En définitive, il sera adressé le même reproche à la décision du Conseil que celui qui fut adressé auparavant aux aveugles défenseurs et aux aveugles pourfendeurs de ces clauses. Faut-il réellement trancher à leur propos *in abstracto* ? Sur un tel sujet, où les circonstances de fait (textes des accords, démographie des entreprises, pratiques des assureurs, conséquences économiques, tailles des entreprises, secteurs d'activités, conditions de désignation...) sont extrêmement nombreuses et diverses et où les enjeux sociaux et économiques sont considérables en raison de la montée en puissance des régimes complémentaires, il y avait un espace entre les extrêmes... Cet espace précisément vers lequel se dirigeaient les partenaires sociaux. Et il est très regrettable que le Conseil Constitutionnel, contrairement à la Cour de cassation lorsqu'elle eut elle aussi à connaître de questions importantes, ait parfaitement oublié que, dans cet affaire, était aussi en cause la liberté syndicale de valeur constitutionnelle (177).

(175) Idem, csd. n° 11.

(176) Idem, csd. n° 12.

(177) Préambule de la Constitution du 27 octobre 1947, alinéa 6. La disparition de l'article L. 912-1 a sensiblement réduit les prérogatives des organisations syndicales.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

- G. Briens, C. Millet-Ursin**, La réforme de la protection sociale complémentaire, analyse de la loi du 8 août 1994, éd. Séfi 1995.
- J.-F. Cesaro** (ss. dir.), L'égalité en droit social, LexisNexis, 2012.
- M. Haloppeau** (ss. dir.), Épargne, Retraite, Prévoyance d'entreprise, L'argus 2011.
- G. Lyon-Caen**, La prévoyance, Dalloz, 1994.
- P. Morvan**, Droit de la protection sociale, LexisNexis 2011.
- V. Roulet**, L'opération d'assurance dans la rémunération des salariés, éd. Panthéon-Assas 2011.
- B. Serizay, P. Coursier**, La protection sociale complémentaire en question, LexisNexis 2011.

RAPPORTS

- Anticiper pour une autonomie préservée : un enjeu de société, L'adaptation de la société au vieillissement de sa population : France : année zéro !*, remis au Premier ministre le 11 mars 2013.
- Relever le défi politique de l'avancée en âge*, remis au Premier ministre le 11 mars 2013.
- Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative, remis au Premier ministre le 26 mars 2013.
- Pour un Code du travail plus efficace*, remis au ministre des Affaires sociales, janvier 2004.
- COMAREP, Rapport d'activité pour 2011.

ARTICLES, NOTES ET COMMENTAIRES

- D. Asquinazi-Bailleux**, note ss. Soc., 16 janvier 2007, n° 05-43.434, Dr. soc. 2007.1275.
- P. Baron**, Égalité de traitement et protection sociale complémentaire, SSL 2013, n° 1579, p. 5.
- J. Barthélémy**, obs. ss. Soc., 16 janvier 2007, n° 05-43.434, Dr. soc. 2007.500.
- J. Barthélémy**, Protection sociale complémentaire : de la conception institutionnelle à la conception assurantielle, JCP S 2006.1810.
- J. Barthélémy**, Clauses de désignation et droit de la concurrence, Dr. soc. 2011.85.
- J. Barthélémy**, Régime de prévoyance et libre prestation de service, SSL 2012.1553, p. 5.
- J. Barthélémy**, L. Lautrette, La garantie prestations en nature des anciens salariés au regard du système en vigueur pour le personnel en activité, Dr. soc. 2008.1021.
- S. Choisez**, note ss. Civ. 1^{re}, 22 mai 2001, n° 98-17.935, D. 2001.2291.
- P. Coursier**, De l'égalité de traitement des régimes de prévoyance catégoriels, JCP S 2013.1144.

- B. Dorin, V. Roulet**, Les contributions des employeurs au financement des régimes de protection sociale complémentaire, JCP S 2009.1093.
- B. Dorin, V. Roulet**, note ss. Soc., 15 novembre 2011, n° 10-20.891, JCP S 2012.1091.
- J.-J. Dupeyroux**, Sur les accords relatifs à la protection sociale complémentaire des salariés Dr. soc. 1994.820.
- J.-J. Dupeyroux**, obs. ss. Soc., 4 janvier 1996, n° 92-41.885, Dr. soc. 1996.163.
- A. Ferreira, M. Hallopeau**, Clauses de désignation : le débat est-il clos ?, JCP S 2013.1107.
- G. François**, note ss. Soc., 16 janvier 2007, n° 05-43.434, D. 2007.1060.
- B. Jadaud**, Régime fiscal des retraites chapeau, JCP E 2011.1339.
- F. Kessler**, note ss. Civ. 2^e, 7 février 2008, JCP S 2008.1227.
- F. Kessler**, Les modalités de désignation d'organismes assureurs de prévoyance collective devant la Cour de cassation, RDSS 2013.144.
- F. Kessler**, L'obligation d'affiliation aux régimes de professions libérales, RDSS 2012.213.
- J. Kullmann**, note ss. Civ. 2^e, 7 février 2008, JCP S 2008.1227.
- P. Langlois**, Les accords de prévoyance, *in* Sur l'entreprise et le droit social, études offertes à J. Barthélémy, Semaine Juridique, H.S., 1994.55.
- L. Lautrette, D. Piau**, Le maintien des obligations d'assurance en prévoyance collective, Dr. soc. 2007.853.
- Y.-E. Logeais**, La portée des clauses de migration dans les accords collectifs de protection sociale, JCP E 2008.1985.
- P. Lokiec**, note ss. Soc., 1^{er} juillet 2005, n° 04-42.658, JCP E 2005.1190.
- S. Millet**, La protection sociale complémentaire, entre caractère collectif, égalité et équité, JCP S 2009, n° 1303.
- S. Millet**, L'impossible résistance des entreprises aux systèmes obligatoires de mutualisation des régimes, JCP S 2007.1906.
- D. Noguéro**, note ss. Civ. 2^e, 7 février 2008, JCP G 2008.II.10059.
- B. Platel**, La protection sociale et le droit communautaire : le principe de libre concurrence, JCP E 1997.I.689.
- C. Radé**, note ss. Soc., 18 mai 1999, bull. n° 119, Dr. soc. 1999.747.
- C. Radé**, note ss. Soc. 11 juillet 2007, n° 06-42.128, LexbaseHebdo n° 272.
- D. Rigaud**, Égalité de traitement et rémunérations complémentaires, SSL 2006, supp. n° 1 256, p. 27.
- D. Rigaud**, Étendue et mise en œuvre de la portabilité en matière de prévoyance, JCP S 2008.1547.
- V. Roulet**, Pour une réforme de l'article 4 de la loi Évin, Dr. soc. 2012.1060.a
- V. Roulet**, note ss. Cons. Const., déc. n° 2011-180 QPC du 13 octobre 2011, JCP S 2011.1594.
- V. Roulet**, Épargne retraite : (in)cohérence et (in)utilité des évolutions législatives, Lettre de l'Observatoire des Retraites, n° 18, 11.11, p. 5.
- V. Roulet, C. Brédon**, La mutualisation du financement de la portabilité aura un coût, Actuel-RH, 26 mars 2013.
- V. Roulet**, Libres propos sur les clauses de désignation, SSL 2013.1162.

Y. Saint-Jours, concl. ss. Soc., 4 janvier 1996, n° 92-41.885, Dr. soc. 1996.270.

B. Serizay, La QPC et la protection sociale, JCP S 2011.1269.

J.-E. Toureil, obs. ss. Soc., 21 janvier 2009, n° 251, p. 19.

F. Wismer, Clause de désignation : le sort du contrat d'assurance collective de prévoyance préexistant, JCP E 2005.I.1028.