

Dossier

Protection sociale complémentaire

Justification, conditions et limites de la résistance d'un salarié à son affiliation à l'assureur intervenant dans l'entreprise

L'essentiel

La question de la résistance du salarié à son affiliation à l'assureur intervenant dans l'entreprise a été soulevée dès les années 1990 et tranchée en imposant une obligation de cotiser et de s'affilier pour répondre aux « exigences de la solidarité ». Cette question est aujourd'hui renouvelée par la décision du Conseil constitutionnel qui remet en cause la légalité des clauses de désignation et fragilise par ricochet tout l'édifice de la protection sociale d'entreprise. Il faut, pour retrouver une cohérence et une légitimité à l'obligation de s'affilier, que les dispositifs de protection sociale cessent de se limiter au choix d'une couverture d'assurance pour englober les éléments d'une politique plus large visant à assurer la sécurité et la santé au travail des salariés dans un objectif de sécurisation à long terme de leur seul outil de travail : eux-mêmes.



par Laurence Lautrette

Avocate associée – Barthélémy Avocats

Parce que l'avantage de protection sociale présente – à la différence de tous les autres avantages de rémunération – la particularité de réduire le salaire net, le sujet a longtemps fait débat de la possibilité pour le travailleur de se soustraire à la mise en œuvre d'une couverture collective obligatoire.

Peut-on résister, donc ? Mais résister à quoi ? Au pré-compte de la part salariale de sa cotisation ? Ou encore à son affiliation forcée à l'assureur intervenant dans l'entreprise ?

Il n'est pas possible aujourd'hui de traiter d'un tel sujet sans avoir encore dans l'oreille le bruit sourd du canon par lequel le Conseil constitutionnel vient de frapper dans sa décision du 13 juin 2013¹ la légalité constitutionnelle des clauses de désignation insérées dans les conventions de branche, au motif que les principes de la liberté

contractuelle et de la liberté d'entreprendre ne permettent pas aux partenaires sociaux d'obliger les entreprises à contracter avec un assureur déterminé pour un contrat prédéfini.

Ce que la négociation de branche ne peut imposer à l'entreprise sur le fondement d'un article L. 912-1 du code de la sécurité sociale devenu inconstitutionnel, comment la négociation d'entreprise pourrait-elle l'imposer au salarié – plus encore, lorsqu'elle se résume à une « décision » de l'employeur – sur le fondement d'un article L. 912-2 du code de la sécurité sociale qui n'en mène pas large aujourd'hui ?

Si bien que, comme le battement d'ailes du papillon, la question de la généralisation de la complémentaire santé pourrait bien aboutir à détricoter lentement tout l'édifice de toutes les garanties collectives de protection sociale complémentaire, édifiées non seulement à l'échelle de la branche mais aussi à celle de l'entreprise, non seulement en santé mais aussi en prévoyance, en retraite supplémentaire... et pourquoi pas en retraite complémentaire... ou en matière de formation...

¹ Cons. const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, Dr. soc. 2013. 673, étude J. Barthélémy ; *ibid.* 680, étude D. Rousseau et D. Rigaud.

I. — LES LIMITES DE LA RÉSISTANCE : RETOUR AUX SOURCES DE L'OBLIGATION

On sait depuis longtemps qu'un accord collectif² ou un référendum³ peuvent imposer au salarié une obligation de cotiser au régime collectif obligatoire mis en place au sein de l'entreprise ou de la branche et de s'affilier à l'organisme choisi pour le mettre en œuvre.

Pour comprendre par quel cheminement le législateur est passé pour reconnaître à la négociation collective le pouvoir de s'enfoncer ainsi sur la terre sanctuarisée de la rémunération contractuelle⁴, il n'est pas inutile de revenir aux fondamentaux⁵.

Parce qu'il se situe au carrefour du droit du travail (par les outils qu'il utilise) et du droit de la sécurité sociale (par les objectifs qu'il poursuit), le droit de la protection sociale collective — d'entreprise ou de branche — oscille toujours au confluent de ces deux droits et tombe dans la main de l'un ou de l'autre selon la nature des garanties, l'esprit des négociateurs ou le choix des commentateurs.

Le droit de la protection sociale met en œuvre, par la négociation collective, des dispositions typiques du droit du travail relatives à des « garanties sociales » visant à instaurer des obligations à la charge de l'employeur au bénéfice du salarié. Lorsque l'accord se négocie à l'échelon de la branche, les partenaires sociaux définissent des obligations planchers, que chaque entreprise de la branche doit respecter à l'égard de ses salariés... ou dépasser si ses moyens le lui permettent.

Il s'agira pour l'employeur de verser une somme minimale à son salarié (ex : maintien de salaire) en cas d'occurrence d'un risque (libre à l'entreprise de gager cette obligation auprès d'un assureur) ou de consacrer un montant minimum de la part patronale à verser à un assureur pour des prestations de prévoyance.

Dans cette situation, l'avantage octroyé au salarié constitue sans ambiguïté un élément de rémunération et sa nature n'est pas fondamentalement différente de celle d'une prime ou d'un treizième mois⁶. On ne voit pas comment elle pourrait légitimer qu'il soit imposé au salarié une réduction de son salaire contractuel, même par substitution d'un avantage supérieur.

Mais, alors que le droit du travail vise l'amélioration de la situation individuelle de chaque salarié par les outils de la négociation collective⁷, la protection sociale vise un

autre objectif, propre au droit de la sécurité sociale : celui d'une « redistribution ».

Cette redistribution met en œuvre une « solidarité⁸ » entre les membres d'un « groupe » face à un certain type de « risque » et impose de définir le périmètre de solidarité dans lequel il est obligatoirement nécessaire d'intégrer tous les membres du groupe.

C'est le fameux « pot commun » cher à Jean-Jacques Dupeyrou, auquel tous les membres du groupe doivent être contraints de cotiser indépendamment de leur vulnérabilité personnelle au risque couvert et dont la gestion est confiée à un seul organisme auquel tous les membres du groupe doivent être contraints de s'affilier.

Dès lors, les accords de protection sociale changent de nature ; ils mettent en œuvre des « régimes » de sécurité sociale conventionnelle et non plus de simples éléments de rémunération collective au bénéfice des salariés inclus dans le périmètre de solidarité.

Dans cette perspective, on comprend pourquoi les accords de protection sociale ne se contentent pas de définir un « catalogue » de garanties au profit de chaque salarié, mais imposent de saisir (ou de créer) un organisme tiers pour les mettre en œuvre. Depuis la loi Évin du 31 décembre 1989, ces organismes sont nécessairement des organismes d'assurance relevant soit du code des assurances, soit du code de la sécurité sociale, soit du code de la mutualité.

Par conséquent, obligation de cotiser et obligation de s'affilier constituent les deux faces d'une même pièce et trouvent l'une et l'autre leur justification dans la nature propre des accords de protection sociale.

S'il était nécessaire de rappeler ainsi ces quelques éléments que d'autres auteurs ont déjà largement développés⁹, c'est que l'on assiste aujourd'hui à un écla-

2 Soc., 5 juin 1986, n° 83-44.750, *RVI c/ Azouz*, Bull. civ. V, n° 290.

3 Soc., 5 janv. 1984, n° 81-42.112, *Penven c/ Jourdain*, arrêt n° 26. Rejet.

4 Depuis au moins 1996, la Cour de cassation rappelle invariablement qu'il n'est pas possible à l'employeur de modifier sans l'accord du salarié la structure et le montant de la rémunération contractuelle.

5 On se reportera pour plus de développements au magistral article de J.-J. Dupeyrou, *Les exigences de la solidarité*, Dr. soc. 1990. 741 s.

6 Ce qui pourra d'ailleurs poser la question de sa remise en cause en cas d'incorporation au contrat de travail.

7 ... Et la Cour de cassation vérifie alors scrupuleusement qu'une stricte égalité de traitement est respectée entre chacun des salariés concernés (alors que, en matière de protection sociale, elle vérifie l'application du principe d'égalité en tenant compte du caractère collectif des avantages octroyés en examinant son application au sein de chaque catégorie de salariés).

8 Une distinction est à opérer entre les notions de solidarité et de mutualisation... Il y a mutualisation lorsque, par l'effet d'une technique actuarielle, on calcule le coût du risque à couvrir sur la tête d'un groupe de personnes. La mutualisation est une technique, rien de plus. Elle se met au service de la solidarité, qui est un objectif, lorsqu'il ne s'agit plus de constituer un groupe d'individus présentant une vulnérabilité équivalente au risque (par exemple des jeunes riches, et bien portants), mais des individus présentant des vulnérabilités différentes (par exemple en raison de leur âge, de leur mode de vie, de leur état de santé, etc.). La mutualisation est une technique, la solidarité est une technique mise au service d'un objectif « politique » au sens noble du terme.

9 P. Durand, *Rémunération du travail et socialisation du droit*, Dr. soc. juin 1942. 83 — J.-J. Dupeyrou, *Sur les accords collectifs relatifs à la protection sociale complémentaire des salariés*, Dr. soc. 1994. 820 — J. Barthélémy, *La cotisation salariale d'un régime de retraite ou de prévoyance*, Dr. soc. 1989. 330 ; *Droit collectif des salariés et nouveau droit de la prévoyance*, Dr. soc. 1990. 365 ; *Le concept de garantie sociale et la décision des Sages du 13 juin 2013*, Dr. soc. 2013. 679.

tement du caractère collectif de la protection sociale tendant à la dissoudre en autant de petites particules jusqu'à atteindre l'échelon de l'individu.

Cette atomisation pose la question de la faculté des partenaires sociaux à instituer en matière de protection sociale autre chose que des éléments de rémunération collective¹⁰. Elle pose par ricochet la question de la légitimité pour l'entreprise ou pour la branche à constituer un périmètre de solidarité pertinent et – plus largement – à cristalliser entre tous les membres du groupe un sentiment d'appartenance collective, créateur de droits et d'obligations.

II. — LES JUSTIFICATIONS À LA RÉSISTANCE DU SALARIÉ

Dès lors que l'on a rappelé les sources de l'obligation, les justifications à la résistance du salarié sont faciles à comprendre. Soit l'outil juridique utilisé pour instituer les garanties collectives de protection sociale n'est pas suffisamment puissant pour obliger le salarié à s'affilier et cotiser, soit le salarié est enserré dans un autre périmètre de solidarité justifiant qu'il puisse se soustraire à celui mis en œuvre.

Lorsque le régime est facultatif, il n'y a pas de difficulté. Le salarié peut entrer et sortir du périmètre de solidarité à son choix et à son heure. La couverture est en quelque sorte « poreuse » puisque l'affiliation et la cotisation ne sont pas obligatoires. Dans cette situation, depuis la loi Fillon du 21 août 2003, les conditions posées par l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale pour permettre aux contributions employeurs aux couvertures obligatoires de bénéficier des exemptions sous plafond de l'assiette des cotisations sociales ne sont pas réunies.

Lorsque le régime est obligatoire, il importe que les libertés de sortir ou de ne pas entrer laissées au salarié pour telle ou telle raison ne remettent pas en cause le caractère obligatoire de la couverture appliquée aux autres salariés, et les exemptions de l'assiette des cotisations sociales qui s'y attachent.

Si bien que la définition des conditions et des motifs de la résistance de tel ou tel salarié à son entrée dans le régime ou sa liberté de choisir son éventuelle sortie emporte en réalité des conséquences non pas tant sur sa situation personnelle que sur la situation juridique des autres salariés, tous les autres, ceux qui ne peuvent (ou ne veulent) pas résister, en conditionnant le régime d'exemption sociale des contributions employeurs. Ne faut-il pas voir là encore une belle illustration du caractère intrinsè-

quement collectif des dispositifs de protection sociale, dans cette situation où la décision d'un seul et les conditions d'exercice de sa liberté déterminent la situation de tous les autres.

1. L'insuffisance de l'outil juridique employé

Précisément parce que la mise en œuvre d'un dispositif de solidarité cristallise un sentiment d'appartenance et d'identité, il ne peut se réaliser qu'avec un minimum de consensus impliquant de caractériser une décision collective, que le salarié s'y trouve contraint par la voie de ses représentants (accord collectif) ou par le primat du fait majoritaire (référendum¹¹).

De ce point de vue, la « force collective » de la décision unilatérale prise par l'employeur est insuffisante pour respecter l'un ou l'autre et faire ainsi « plier » le droit de l'individu à disposer de son salaire et de sa liberté contractuelle : « Avec la meilleure volonté du monde le chef d'entreprise ne saurait être autorisé à imposer lui-même une solidarité à ses salariés en modifiant leur contrat de travail par le précompte de cotisations que ce contrat ne prévoit pas »¹².

Depuis longtemps, on sait qu'aucune retenue ne peut être imposée au salarié lorsque les garanties collectives de protection sociale sont instituées par voie de décision unilatérale de l'employeur¹³.

Cette règle a par la suite été reprise dans l'article 11 de la loi Évin. Si bien que, de manière si fréquente en droit de la protection sociale, un texte de droit des assurances fixe des règles applicables dans les rapports de travail, règles dont l'application se trouve le plus souvent par la suite précisée par des textes de droit de la sécurité sociale de rangs divers. La situation des couvertures mises en place par décision unilatérale constitue un exemple typique de ce mélange des genres.

Seul le salarié embauché postérieurement à la mise en place de la couverture est tenu d'accepter le précompte¹⁴, comme il est tenu d'accepter – selon les commentateurs – tous les éléments du statut collectif mis en œuvre dans l'entreprise. Cette justification à l'obligation des nouveaux entrants ne peut que laisser hésitant. En droit du travail, aucun élément du statut collectif émanant d'une simple décision de l'employeur – même le plus coercitif – ne

10 Le projet de loi de finances pour 2014 qui prévoit la refiscalisation des contrats santé au titre des avantages en nature illustre parfaitement cette tendance... Et que dire de la loi du 14 juin 2013 de sécurisation de l'emploi qui prévoit la mise en place obligatoire au plus tard le 1^{er} janvier 2016 d'une couverture collective santé d'entreprise ou de branche pour tous les salariés et intitulé le titre de la section relative à cette extension « De nouveaux droits individuels pour la sécurisation des parcours »...

11 Sachant que la majorité s'entend de la majorité des inscrits et non de la majorité des votants (Soc., 15 nov. 2011, n° 10-20.891, Bull. civ. V, n° 262, Dr. soc. 2012. 70, note J. Barthélémy; *ibid.* 203, obs. F. Petit), ce qui signifie notamment qu'il faut prendre en compte tous les salariés aux effectifs, même ceux dont le contrat de travail est suspendu. Cette règle aboutit à une exacte identité de périmètre entre la collectivité des salariés habilités à voter et la collectivité des salariés couverts par le régime... c'est heureux.

12 J.-J. Dupeyroux, L'article 11 de la loi Évin et la théorie générale des accords collectifs de prévoyance, Dr. soc. 1996. 163.

13 Soc., 14 janv. 1976, n° 73-40.764, *Dame Maillard c/ Philips*, Bull. civ. V, n° 22.

14 Soc., 2 juin 1988, n° 85-43.423, *Aumaitre et a. c/ SA Devellec*.

s'autorise à porter atteinte à la rémunération contractuelle. Par conséquent, il n'apparaît pas possible de mettre sur le même plan l'effet juridique d'un règlement intérieur remis au salarié le jour de la signature de son contrat de travail et celui d'une décision unilatérale qui vient immédiatement modifier le montant et la structure de la rémunération qui y est fixée.

Le salarié nouvel entrant ne devrait pas se voir imposer la cotisation et moins encore son affiliation à une couverture collective mise en place par décision unilatérale, pas plus qu'il n'est tenu d'accepter le versement d'une prime... sauf à considérer que l'accord tacitement manifesté par le salarié nouvellement embauché au précompte de sa cotisation et à son affiliation au régime de l'entreprise emporte une contractualisation de l'avantage, qu'il ne sera pas possible à l'employeur de remettre en cause par la suite sans son consentement exprès.

Force est de constater que la jurisprudence n'est guère limpide sur ce sujet. Si, dans un arrêt du 19 octobre 2005¹⁵, la chambre sociale de la Cour de cassation a précisé qu'un salarié embauché postérieurement à la mise en place de la couverture ne pouvait y renoncer après avoir commencé d'y cotiser, elle ne nous dit nullement sur quel fondement réside l'obligation du salarié et n'éclaire pas d'avantage le cas d'un salarié qui refuserait dès son embauche de cotiser au régime déjà en place dans l'entreprise. Par la suite, dans une décision du 10 octobre 2012¹⁶, la chambre sociale de la Cour de cassation a eu à trancher le cas d'une cour d'appel qui avait validé la dénonciation d'un usage conduisant l'entreprise à remettre en cause sa participation à la couverture collective de prévoyance. Cet arrêt est cassé... Au motif cependant que la participation de l'employeur ne résultait pas d'un usage mais d'un accord collectif¹⁷.

En revanche, la jurisprudence a eu assez tôt l'occasion de préciser clairement que la faculté de résister à l'affiliation était ouverte au salarié d'une entreprise absorbée lorsque la couverture collective de l'absorbante a été mise en place par décision unilatérale¹⁸.

Enfin, nous devons à la circulaire du 30 janvier 2009 définissant les conditions fixées aux contributions des employeurs aux couvertures collectives d'entreprise pour bénéficier des exemptions de l'assiette des cotisations sociales, prise en application du décret du 9 mai 2005 réformant l'article D. 242-1 du code de la sécurité sociale issu de la loi Fillon du 21 août 2003, modifiant l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, de nous avoir

précisé qu'une fois que le salarié a choisi de s'affilier au régime et d'y cotiser, il ne peut plus revenir sur sa décision, sans entraîner une remise en cause du caractère obligatoire de la couverture.

Compte tenu de la faiblesse de l'outil, on s'est longtemps demandé si chaque modification des garanties ou chaque augmentation de la cotisation (au moins la part salariale) ouvrait à nouveau un droit de « retrait » aux salariés présents aux effectifs au moment de la modification de la couverture. Une réponse nous est donnée aux termes de la circulaire du 25 septembre 2013, prise en application du décret du 9 janvier 2012 et de l'arrêté du 26 mars 2012, issu de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011 réformant l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, qui précise que le salarié peut à nouveau invoquer le bénéfice de l'article 11 de la loi Évin s'il y a augmentation « significative » de sa part salariale dans le financement du régime.

Cette disposition vient lever un peu d'incertitude mais n'est pas satisfaisante. D'une part, *quid* d'une baisse des garanties réalisées au lieu d'une augmentation de la part salariale ? Il ne devrait pas être opéré de traitement différent entre une augmentation de la cotisation et une baisse des garanties¹⁹ réalisées en lieu et place. Dès lors qu'il y a un véritable changement des « termes de l'échange » comme disent les économistes, la liberté de ne pas adhérer à ces nouvelles conditions devrait être entière.

D'autre part et surtout, on ne peut qu'être inquiets devant l'impuissance des rédacteurs à offrir suffisamment de sécurité juridique sur cette question très importante pour la pratique. Une circulaire constitue l'ultime degré de précision d'un texte de loi, destinée à éclairer les redressements Urssaf dans des milliers d'entreprises françaises par des centaines de vérificateurs laissés dans le désarroi devant la notion d'augmentation significative²⁰. Faudra-t-il une nouvelle circulaire question/réponse pour détailler encore un peu mieux ce qu'est une augmentation jugée significative ? Vous avez dit simplification...

2. L'existence d'un autre périmètre de solidarité

À la différence de l'article 11 de la loi Évin, qui constitue un texte d'ordre public et s'applique donc de plein droit à tout salarié présent aux effectifs au moment de la

¹⁹ Sauf à constater qu'il est encore plus difficile de définir une baisse « significative » des garanties...

²⁰ Dans un rescrit social postérieur à la publication du projet de circulaire, l'Urssaf de Paris a conclu : « En cas de décision unilatérale de l'employeur entraînant une modification du contenu des garanties collectives précédemment définies et une augmentation de la cotisation salariale, les salariés présents au jour de la décision modificative ont la possibilité de refuser de cotiser. En revanche, lorsque l'augmentation de la part salariale et corrélativement celle de l'employeur ont pour seul objet le maintien des garanties instituées par la décision unilatérale, les salariés présents à la date de la modification ne peuvent s'y opposer » (v. V. Roulet, Charges sociales et protection sociale complémentaire : le mystère de l'article 11 de la loi Évin, sur le site www.actuel-rh.fr). La position de l'Urssaf de Paris exclut que joue la dispense à l'occasion des seules revalorisations annuelles pratiquées par les organismes assureurs.

¹⁵ Soc., 19 oct. 2005, n° 03-47.219, Bull. civ. V, n° 291, D. 2005. 2703, obs. E. Chevrier ; Dr. soc. 2006. 114, obs. J. Barthélémy.

¹⁶ Soc., 10 oct. 2012, n° 11-18.514.

¹⁷ On ne peut tirer davantage de conclusions d'une récente décision non publiée du 29 mai 2013, dans laquelle la chambre sociale de la Cour de cassation a invalidé la substitution d'une mutuelle opérée unilatéralement par un employeur et non prévue par l'accord collectif instituant la couverture (n° 11-28.396).

¹⁸ Soc., 4 janv. 1996, n° 92-41.885, *Sté Hyperallye c/ Moreau et a.*, Bull. civ. V, n° 3, Dr. soc. 1996. 163, note J.-J. Dupeyroux ; RDS 1996. 574, obs. G. Vachet.

mise en place ou de la modification (significative) d'une couverture collective, l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale et ses décrets d'application ouvrent un certain nombre de libertés laissées aux salariés pour ne pas adhérer à la couverture ou s'en libérer par la suite, sous réserve que ces dispenses soient expressément prévues dans l'acte fondateur des garanties.

Encore faut-il, une fois de plus, préciser que le texte étudié est un texte de sécurité sociale qui se contente de conditionner un régime d'exonération sous plafond. Cependant il n'est pas inutile de relever que, lorsque le droit de la sécurité sociale fixe des conditions à l'octroi d'un régime social de faveur apparenté à une aide de l'État (et l'exemption des cotisations sociales en est une au sens du TFUE), il vérifie scrupuleusement que ces conditions permettent à la couverture de réaliser le plus large périmètre de mutualisation possible, rappelant ainsi que les dispositifs de protection sociale d'entreprises sont et restent, par-delà les outils de mise en place utilisés, des couvertures complémentaires d'un régime de base de la sécurité sociale à vocation universaliste.

Aujourd'hui, le législateur va même plus loin en reconnaissant une plus grande force aux accords collectifs et au référendum qu'aux engagements unilatéraux de l'employeur et en ouvrant aux deux premiers supports juridiques la possibilité de prévoir des cas de dispense plus nombreux²¹.

Nous ne souhaitons pas ici faire une analyse détaillée des cas de dispense prévus par la circulaire du 25 septembre 2013 qui revêtirait un caractère par trop technique. En revanche, il est intéressant de se concentrer sur les justifications que constitue l'existence d'un autre périmètre de solidarité comme motif à la résistance du salarié.

Quelles sont-elles ?

Un salarié en CDD de plus de douze mois peut être dispensé d'adhérer à la couverture d'entreprise s'il justifie par écrit qu'il est couvert à titre individuel par une couverture souscrite par ailleurs pour un même type de garantie.

Même possibilité de se dispenser d'adhérer au régime de l'entreprise en cas de mise en place d'une couverture frais de santé pour le salarié en CDI bénéficiaire de la CMU-C, de l'ACS ou d'une couverture santé individuelle. Ces dispenses ne jouent que jusqu'à l'expiration de la couverture. Pour la CMU-C, il s'agit de la date d'extinction du droit ; pour la couverture individuelle, c'est la date de résiliation annuelle de la couverture.

En revanche, force du collectif, si la couverture dont bénéficie le salarié est mise en place dans le cadre d'un autre dispositif collectif de solidarité, alors la dispense peut avoir effet bien au-delà du délai de résiliation

annuelle puisqu'elle dure aussi longtemps que le salarié demeure couvert par ailleurs, à condition qu'il puisse en justifier chaque année à son employeur. Il en est ainsi des salariés couverts par les régimes de base d'Alsace-Moselle, des industries électriques et gazières ou de la SNCF ; des salariés couverts par des régimes complémentaires des fonctions publiques dans le cadre des couvertures dites référencées aux termes des décrets n° 2007-1373 du 19 septembre 2007 et n° 2011-14 du 8 novembre 2011 ; des salariés couverts par d'autres régimes complémentaires d'entreprise ; ou – aux confins du caractère collectif – des salariés couverts par des contrats groupe dits « Madelin ».

Ici, peu importe le caractère obligatoire de la couverture concurrente, c'est son caractère collectif qui justifie la résistance du salarié à cotiser et s'affilier au régime de son entreprise. Dans un tel cas, non seulement le salarié peut être dispensé d'adhérer à la couverture mise en place au sein de son entreprise aussi longtemps qu'il reste couvert par ailleurs, mais encore il dispose par la suite d'un droit de se retirer de la couverture de son entreprise au cas où il viendrait à être couvert par l'un des autres dispositifs visés ci-dessus.

Il y a là en quelques sortes un « conflit de solidarité » entre deux couvertures, que le salarié garde la faculté de trancher en retenant la couverture de son choix, tant que les garanties intervenant en concurrence avec le régime d'entreprise portent sur les mêmes risques que celles en œuvre au sein de son entreprise. Reste à déterminer ce que recouvre la comparaison. Il est déjà difficile de comparer deux régimes dits « standard » tant l'offre peut être variée, mais, s'il s'agit de tout intégrer dans la comparaison, la tâche est proprement impossible.

Quant à savoir quelle couverture serait la plus favorable... Mieux pour moins cher, dirons-nous ? Oui, mais quel mieux... pour quel moins cher ? Peut-on raisonnablement mettre sur le même plan le coût d'une couverture d'entreprise et le coût d'un contrat dit « Madelin » qui bénéficie d'un régime fiscal de faveur mais pas d'exonération de l'assiette des cotisations sociales ? Peut-on comparer une couverture dite référencée de la fonction publique à adhésion toujours facultative (et participation généralement minimale de l'employeur) avec les éléments accessoires de la couverture obligatoire d'entreprise (plus largement co-financée) qui ouvre à l'ancien salarié un droit à portabilité, puis un droit à obtenir au titre de l'article 4 de la loi Évin un maintien de ses garanties santé, etc. ? Autant d'exemples qui démontrent que le choix du salarié est presque intégralement entre ses mains et laissé à sa libre appréciation... Pour autant qu'elle soit éclairée.

3. Les conditions de la résistance : le consentement éclairé

Pour que la liberté du salarié s'exerce, il faut d'abord vérifier qu'il a bien fait usage de sa... liberté. En effet, faut-il le rappeler, contrairement à une opinion répandue, les dispenses d'adhésion ouvrent un droit au salarié de ne pas adhérer au régime, et pas un droit à l'employeur de ne pas prendre, dans le groupe couvert, telle ou telle population qu'il préférerait voir au dehors.

²¹ Cette situation devrait évoluer à l'occasion de la loi du 14 juin 2013 relative à la généralisation de la complémentaire santé dont les décrets d'application prévoient une modification de l'article R. 242-1-6 sur ce point.

Ainsi, si les salariés peuvent choisir de se dispenser d'adhérer au régime, il n'existe aucun moyen de droit permettant à l'employeur de leur en interdire l'accès s'ils désirent s'y joindre. Par conséquent, il est impératif que l'entreprise soit en mesure de produire la demande écrite de dispense du salarié. La circulaire du 25 septembre 2013 en fait une condition d'ouverture du droit aux exonérations sociales, c'est heureux car cela contraindra les entreprises à la rigueur sur ce point.

Il faut également s'arrêter sur les précisions que doit comporter cette demande écrite. Il apparaît nécessaire d'en définir les modalités dans l'acte fondateur des garanties, particulièrement si le dispositif mis en place au sein de l'entreprise vise à couvrir toute la famille à titre obligatoire, dès lors que le conjoint peut être couvert par ailleurs.

Par souci de sécurité, la renonciation du salarié doit non seulement être expresse, mais, si possible, elle devrait être motivée par un minimum de comparaison entre les deux couvertures, de sorte que le salarié ne puisse venir soutenir ultérieurement que son consentement n'était pas éclairé faute d'avoir eu pleinement conscience des avantages qu'il perd. Il faut donc viser dans cette lettre que le salarié prend sa décision en connaissance de ce qu'il perd : à savoir la quote-part patronale, la portabilité des droits de prévoyance, la neutralité fiscale et sociale, la capacité à maintenir les garanties en cas de licenciement, d'invalidité, de retraite au-delà de la fin du contrat de travail ainsi que, en cas de décès, au bénéfice des ayants droit pendant un an, les éventuels bénéfices de l'action sociale, ou les dispositifs de prévention, etc.

4. La résistance du salarié exclu : la pertinence des catégories

Enfin, il pourrait être intéressant de quitter l'examen de la situation du salarié qui a « droit » au bénéfice de la couverture collective et souhaite s'exonérer de son obligation de cotiser et de s'affilier, pour se pencher sur la résistance du salarié qui n'est pas prévu au sein du groupe couvert et souhaite s'y intégrer au motif qu'il n'y a pas de raison de l'en exclure.

En effet, si l'on revient sur le principe initial d'une sécurité sociale qui vise à définir le plus large périmètre de solidarité possible, force est de constater que les facultés laissées aux partenaires sociaux de se « dispenser » d'intégrer tous les salariés de manière uniforme sont innombrables tant la circulaire du 25 septembre 2013 laisse de marges de manœuvre aux négociateurs dans la définition des catégories couvertes, dans la définition des prestations distribuées et dans les modalités de fixation et de répartition des cotisations appelées.

À défaut de fragiliser le régime social des contributions des employeurs, il pourra bien un jour être soulevé que de tels découpages, faute de respecter les « exigences de la solidarité », ne permettent pas plus d'obliger les uns qu'ils permettent d'exclure les autres. Nous reviendrons alors à une individualisation des couvertures que nous évoquions au début de notre propos...

En effet, si tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées²² doivent pouvoir revendiquer le bénéfice du régime mis en œuvre au sein de l'entreprise, qu'est-ce qui interdit à celui qui est contraint d'y rester de réclamer le droit d'en sortir, au motif que sa situation n'est pas différente de celui qui n'y est pas... ?

III. — L'ATOMISATION DE LA PROTECTION SOCIALE COLLECTIVE : ENTRE RÉMUNÉRATION ET SANTÉ

Le développement de la protection sociale a accompagné la croissance économique des Trente Glorieuses et les instruments juridiques de la négociation collective en droit du travail se sont mis à son service.

Tout était à faire. Il s'agissait de couvrir ceux qui n'avaient rien et d'améliorer la situation de ceux qui avaient peu. L'avantage de protection sociale était vu, sans autre forme de procès, comme un élément de rémunération et la « L. 4 » comme l'outil qui permettait sa mise en œuvre.

Parce qu'il y avait du « grain à moudre », les directions des ressources humaines distribuèrent naguère leurs augmentations de salaires entre salaires directs, rémunérations différées et dispositif de protection sociale collective. Des années 50 aux années 2000, l'amélioration constante des rémunérations et la distribution d'un « pack de rémunération » ont dispensé de s'interroger sur la nature duale des dispositifs de protection sociale. Il était tentant de toutes façons de profiter des conditions d'exonérations sociales et fiscales de ces dispositifs.

Aujourd'hui, le salaire direct est privilégié. Pour nombre d'employeurs, il n'est plus temps de répartir une manne, désormais plus réduite, entre rémunération directe, rémunération différée et dispositifs de protection sociale. Et pour nombre de salariés, priorité est donnée aux dépenses contraintes. Il est plus urgent de payer le loyer que d'améliorer le remboursement des frais de santé.

Parallèlement, le déploiement des directives assurances dans le champ de la protection sociale d'entreprise s'est déroulé en plusieurs étapes dont le point de départ remonte à la suppression du monopole des « L. 4 »²³ par la loi Évin du 31 décembre 1989 et a amené des organismes d'assurance de plus en plus concurrents à proposer aux entreprises (et aux branches) des contrats d'assurance de plus en plus standardisés pour leurs salariés.

Dès lors qu'il ne s'agit plus de créer l'outil de mise en œuvre en même temps que de définir un régime, on peut se demander (et c'est l'illustration brutale qu'en donne la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013,

²² Décr. n° 2012-25, 9 janv. 2012.

²³ V. J.-J. Dupeyroux, La fin d'une grande ambition, Le Monde, 16 févr. 1990.

quels que soient les effets qu'elle finira par entraîner) si la négociation collective est encore légitime à se déployer dans le champ de la protection sociale lorsqu'elle en vient à opérer comme un « groupement d'achat » destiné à trouver au meilleur prix le meilleur contrat standard, auprès de l'assureur le moins cher.

À ce compte, on se demande combien de temps tiendront le verrou du caractère collectif et les développements sur la solidarité face aux besoins des finances de l'État et aux appétits puissants des organismes d'assurance traditionnellement axés sur les couvertures individuelles.

Si les Sages du Conseil constitutionnel ne sont pas enclins à comprendre ce qui explique la nécessité de contraindre l'entreprise à adhérer à un seul organisme d'assurance dans le cadre d'un régime de branche, on peut difficilement croire que le dirigeant de PME parviendra à convaincre son salarié des raisons qui le conduisent à devoir renoncer à la mutuelle de sa femme pour venir financer la couverture santé de l'entreprise.

D'ici à ce que ce même salarié revendique de son employeur qu'il lui verse directement le montant de sa cotisation pour lui permettre d'aller se choisir lui-même sa couverture auprès de l'assureur qui lui convient, il n'y a qu'un pas qui n'est pas loin d'être franchi.

Dans une récente décision du 24 avril 2013, la chambre sociale de la Cour de cassation vient de renouveler le débat en indiquant qu'un salarié ne peut contester son affiliation à la mutuelle désignée par l'accord d'entreprise en invoquant la Convention européenne des droits de l'homme, au motif qu'une telle obligation n'entre pas dans le champ des atteintes à la liberté d'association dès lors que les partenaires sociaux poursuivent « un but légitime dans l'intérêt de la communauté des salariés dans son ensemble »²⁴.

Dans ses décisions du 13 mars 2013²⁵, la même Cour de cassation fait une approche remarquée du caractère intrinsèquement collectif des avantages de protection sociale en relevant que le principe d'égalité de traitement en matière de protection sociale doit s'examiner au sein de chaque catégorie couverte et non pas entre individus.

Mais combien de temps encore...

Continuer de voir l'avantage de protection sociale comme un avantage de rémunération conduit inexorablement, décision après décision, à éclater et fragmenter le caractère collectif des couvertures d'entreprise ou de branche et à remettre subséquemment en cause la légitimité des partenaires sociaux, qu'ils opèrent à l'échelle de la branche ou de l'entreprise, à s'ingérer dans les relations contractuelles privées nouées entre un individu et sa « mutuelle ».

D'une certaine manière, la décision du Conseil constitutionnel met les partenaires sociaux face à des choix dont ils n'avaient peut-être pas encore pris la mesure : quel est le rôle qu'ils doivent jouer... Pour répondre à cette question, il est temps désormais de se souvenir que les accords de protection sociale sont aussi des accords de sécurité sociale complémentaire et de les analyser comme un élément d'une politique plus large de sécurité et de santé au travail²⁶.

Il est évident qu'une bonne couverture santé ou des prestations incapacité de travail suffisantes participent à une amélioration des conditions de santé au travail, mais ce n'est pas suffisant. Si les moyens employés pour mener à bien cette politique empruntent pour partie à la technique assurantielle par la recherche auprès d'un assureur d'une couverture adaptée aux besoins de la collectivité concernée, ils ne sauraient en aucun cas se résumer à ce seul objectif.

Il appartient aux partenaires sociaux de donner une réponse, partiellement assurantielle, à une question plus large qui doit nécessairement englober des dispositifs de prévention, de solidarité, de maintien de l'employabilité, de suivi des évolutions professionnelles, etc., afin d'atteindre un objectif de sécurisation des parcours professionnels, tant il est nécessaire de ne pas oublier que le seul patrimoine dont dispose l'individu pour assurer sa subsistance pour les quarante ans de travail qu'il a devant lui, c'est lui-même, ses mains, son intelligence, sa motivation, etc. et que le moins que l'on puisse attendre d'un dispositif de « protection » sociale c'est qu'il en assure la... protection²⁷.

Un salarié célibataire, jeune et en bonne santé paiera toujours sa couverture santé individuelle moins cher que la couverture de branche qui intègre le coût des salariés âgés, des familles et des personnes atteintes de pathologies lourdes.

Pour que l'entreprise ou la branche continuent de constituer un périmètre de solidarité pertinent pour la construction des dispositifs de protection sociale et que les partenaires sociaux qui négocient et mettent en œuvre ces dispositifs puissent légitimement invoquer un droit fondamental à la liberté de négociation des conditions de travail, il est nécessaire de donner du contenu et du sens à la solidarité en l'envisageant :

— comme un vecteur d'amélioration de la santé au travail parce qu'elle favorise l'accès aux soins de ceux qui ont besoin d'engager des dépenses de santé et le revenu de remplacement de ceux qui ont besoin de se soigner. C'est le volet assurantiel dans lequel les dispositifs mis en œuvre doivent organiser « un haut niveau de solidarité » pour justifier aussi bien l'obligation d'une entreprise d'adhérer au

24 Soc., 24 avr. 2013, n° 11-28.262, Dr. soc. 2013, 569, obs. J. Barthélémy.

25 Soc., 13 mars 2013, nos 11-20.490, 10-28.022, 11-13.645, D. 2013, 778 ; *ibid.* 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; v. E. Andréo, L. Lautrette et S. Ogez, L'égalité de traitement à l'épreuve de la protection sociale complémentaire, Cahiers du DRH, juill. 2013, n° 200.

26 Ce qui n'est en définitive qu'un retour à l'épure... v. P. Laroque, Le plan français de sécurité sociale, RF trav. avr. 1946, 10-19.

27 J.-P. Chauchard, Les nécessaires mutations de l'État-providence : du risque social à l'émergence d'un droit-besoin, Dr. soc. 2012, 135.

régime de la branche ²⁸ que l'obligation de l'individu de s'affilier et cotiser au régime de son entreprise. Il convient alors de définir les critères permettant de vérifier qu'un large périmètre de mutualisation intègre les populations les plus fragiles ;

- mais aussi comme un vecteur d'amélioration des conditions de santé au travail en accompagnant la mise en œuvre de cette couverture par une véritable politique en matière de prévention des risques propres aux métiers du secteur ou de l'entreprise et de maintien de l'employabilité sur la durée ; une telle politique permettrait de contribuer à prémunir l'entreprise contre le risque de voir sa responsabilité engagée face à l'obligation de sécurité de résultat que la jurisprudence met désormais à sa charge en matière de sécurité au travail ²⁹ ;
- et encore comme un vecteur susceptible de construire un sentiment d'appartenance et d'identité des salariés, par le déploiement de dispositifs d'entraide qui donnent un contenu supplémentaire à la solidarité. En l'état du droit positif, il apparaît pos-

sible de construire des mécanismes de solidarité obligeant toutes les entreprises d'une branche à financer un fonds de solidarité pour permettre aux entreprises qui ne trouveraient pas sur le marché les conditions tarifaires définies par la branche en raison de l'état de santé de leurs salariés de ne pas se trouver pénalisées. Il apparaît également possible de construire des mécanismes permettant de mutualiser la prévention et l'action sociale. Les 2^o et 3^o de l'article 1^{er} de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 le prévoient expressément ³⁰.

Il conviendra peut-être alors de s'interroger sur la nécessité de redonner aux partenaires sociaux un outil juridique, probablement doté de la personnalité morale, probablement à gouvernance paritaire, pour réaliser les opérations de gestion qu'implique la mise en œuvre d'une telle politique qui dépasserait nécessairement le strict cadre du financement des couvertures d'assurance ; un outil juridique qui pourrait gérer un budget mais qui ne serait pas autorisé à pratiquer des opérations d'assurance... une « L. 4 » peut-être... ? ■

²⁸ C'est le sens de toutes les décisions rendues relativement à la validité des clauses de désignation ou de migration, aussi bien par les juridictions françaises que par les juridictions européennes. On se reportera pour plus de compléments aux notes de J. Barthélémy sur ce sujet.

²⁹ Soc., 28 févr. 2002, n° 00-10.051, Dr. soc. 2002. 445, point de vue A. Lyon-Caen ; *ibid.* 828, étude M. Babin et N. Pichon ; RDSS 2002. 357, obs. P. Pédrot et G. Nicolas ; RTD civ. 2002. 310, obs. P. Jourdain.

³⁰ Il est nécessaire de vérifier que la DSS et l'Acoss accorderont aux contributions des entreprises destinées à financer ces mécanismes les mêmes conditions d'exonérations que celles applicables au financement des couvertures d'assurance.