

MODALITÉS JURIDIQUES DE MISE EN PLACE DES RÉGIMES DE PRÉVOYANCE DANS L'ENTREPRISE

Les modalités de mise en place d'un régime de prévoyance dans l'entreprise ont été harmonisées et clarifiées par la loi du 8 août 1994.

Désormais, cette loi donne un cadre juridique unique à la création, la modification et la dénonciation des régimes de protection sociale complémentaire (prévoyance et retraite).

Cependant, la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social - JO du 5 mai 2004) est venue modifier en profondeur les règles applicables en matière de droit de la négociation collective.

La mise en place de la prévoyance dans l'entreprise résulte soit :

- du respect de la convention collective quand elle comporte un volet relatif à la prévoyance ;
- de la mise en œuvre d'un accord de branche ;
- d'un accord au niveau de l'entreprise, de l'établissement ou du groupe ;
- d'un référendum organisé par l'employeur pour les salariés concernés ;
- d'une décision unilatérale de l'employeur.

SOURCE JURIDIQUE

Article L. 911-1 du Code de la Sécurité sociale (issu de la loi du 8 Août 1994)

«À moins qu'elles ne soient instituées par des dispositions législatives ou réglementaires, 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, sont déterminées 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 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».

Cet article complète l'article 2 de la Loi Évin.

La naissance des droits et des obligations dans l'entreprise en matière de prévoyance ne résulte donc pas de la conclusion par l'entreprise d'un contrat d'assurance auprès d'un organisme habilité, mais provient d'un acte d'entreprise spécifique, susceptible d'être opposable tant à l'employeur qu'aux salariés.

Les garanties collectives en matière de prévoyance peuvent donc être instaurées par conventions ou accords collectifs, ratification par la majorité des intéressés d'un projet proposé par le chef d'entreprise ou décision unilatérale du chef d'entreprise communiquée à chaque intéressé.

☞ *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 est tenu d'engager, chaque année, une négociation sur ce thème.*

Dans ces entreprises, comportant des établissements ou groupes d'établissements distincts, cette négociation peut avoir lieu au niveau de ces établissements ou groupes d'établissements.

Article L. 2242-11 du Code du travail

DIFFÉRENTS MODES

NÉGOCIATION ET CONCLUSION

Les dispositions du code du travail relatives aux accords collectifs (articles L. 2211-1 à L. 2283-2) sont applicables aux accords instaurant un régime de prévoyance.

Le cadre à l'intérieur duquel la négociation peut se nouer est totalement libre. Il peut s'agir de l'entreprise, de l'établissement ou d'un groupe d'établissements.

Article L. 2232-16 du Code du travail

La négociation peut être obligatoire (avec des thèmes et un rythme imposés) ou libre. Dans tous les cas, les accords d'entreprise sont soumis à certaines conditions de validité, et au respect de formalités spécifiques.

Plusieurs entreprises de moins de cinquante salariés peuvent, au plan local ou départemental, professionnel ou interprofessionnel, se grouper afin de négocier la mise en place d'une couverture complémentaire.

Des accords de groupe peuvent également être négociés afin de mettre en place une couverture de prévoyance complémentaire.

L'accord peut imposer à l'employeur :

- le principe de l'adhésion, la nature des risques couverts et le montant de ses obligations financières ;
- le choix de l'organisme assureur auquel il doit adhérer.

L'accord collectif a pour effet de rendre obligatoire pour tous les salariés l'affiliation à la couverture mise en place. Le salarié ne peut donc s'opposer à ce que soient précomptées par l'employeur les éventuelles cotisations salariales prévues pour le financement du régime de prévoyance ou de retraite.

ACCORD COLLECTIF

C'est-à-dire un accord signé entre l'employeur (ou plusieurs employeurs) et une ou plusieurs organisations syndicales représentatives.

Les délégués du personnel et le comité d'entreprise sont incompétents pour signer ce type d'accord ; la loi en réserve le monopole aux organisations syndicales représentatives.

Cinq organisations syndicales sont reconnues représentatives au plan national : CGT, CFDT, CGT-FO, CFTC et CFE-CGC (cadres) jusqu'à la première mesure d'audience prévue au niveau des branches professionnelles et au niveau national et interprofessionnel par les articles L. 2122-5 et L. 2122-9 du Code du travail dans leur rédaction issue de la loi n° 2008-789 du 20 août 2008 (portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail), mesure d'audience réalisée au plus tard cinq ans après la publication de la loi.

Les syndicats affiliés à l'une de ces cinq centrales bénéficient dans les branches et dans les entreprises d'une présomption irréfragable de représentativité (c'est-à-dire d'une présomption qui n'est pas susceptible de contestation). Les autres doivent prouver leur représentativité.

La représentativité des organisations syndicales est déterminée d'après les critères cumulatifs suivants :

- le respect des valeurs républicaines ;
- l'indépendance ;

- la transparence financière ;
- une ancienneté minimale de deux ans dans le champ professionnel et géographique couvrant le niveau de négociation. Cette ancienneté s'apprécie à compter de la date de dépôt légal des statuts ;
- l'audience établie selon les niveaux de négociation conformément aux articles L2122-1, L. 2122-5, L. 2122-6 et L. 2122-9 ;
- l'influence, prioritairement caractérisée par l'activité et l'expérience ;
- les effectifs d'adhérents et les cotisations.

Article L. 2121-1 du Code du travail

Les juges s'attachent en particulier à mesurer l'indépendance et l'audience des organisations syndicales.

Ces organisations syndicales doivent, également, être représentatives pour la catégorie de salariés à laquelle l'accord va s'appliquer : en France, la CGC est considérée comme ne représentant que les cadres. Un accord signé par la seule CGC ne serait pas considéré comme pouvant s'appliquer à des non cadres.

Un syndicat de création récente dans l'entreprise peut également être reconnu comme représentatif dans un établissement, notamment si :

- ses effectifs ont été en progression constante dans un établissement où le taux de syndicalisation est faible ;
- son indépendance financière est assurée par les cotisations qu'il perçoit ;

et

- si l'importance de son activité révèle son influence.

Cass. soc. 10 mai 2000 - D, AHSM et autres c/ Sud CRC c/ Sud PTT - n° 99-60-134

Dans un jugement récent, la Cour de Cassation a considéré que l'appréciation de l'indépendance, de l'influence et de l'activité réelle du syndicat, était faite souverainement par le Tribunal d'Instance.

Cass. Soc. 3 décembre 2002 - n° 01-60-729 FS-P - Caisse d'Épargne et de Prévoyance d'Alsace c/ Syndicat Sud Caisses d'Épargne et a.

Toutefois, il peut s'agir d'une organisation syndicale représentative, non pas au plan national mais uniquement dans l'entreprise, dans la mesure où elle en apporte la preuve (syndicats "maison" dans certaines entreprises).

Jusqu'à présent, pour qu'un accord collectif soit valide, il suffisait qu'il soit signé par une organisation syndicale de salariés reconnue représentative au plan national, par une organisation syndicale qui lui soit affiliée, ou qui ait fait la preuve de sa représentativité dans le champ de l'accord.

Afin de donner davantage de légitimité aux accords collectifs, la loi du 4 mai 2004 instaure le principe majoritaire. Principe selon lequel la validité des accords est soumise à leur signature par des organisations syndicales majoritaires, ou à défaut par l'absence d'opposition de la part de celles-ci soit en nombre d'organisation, soit en voix. Ce principe est décliné selon des modalités propres à chaque niveau de négociation : interprofessionnel, branche et entreprise.

Désormais, il devra, pour être valide, répondre au principe majoritaire, c'est-à-dire soit faire l'objet d'un engagement majoritaire (décliné selon des modalités spécifiques en fonction du niveau de négociation), soit ne pas avoir fait l'objet d'une opposition majoritaire des organisations syndicales représentatives (en nombre ou en voix).

La loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, refonde les bases du système des relations sociales et précise les critères de représentativité. Elle organise des modalités de représentativité à chaque niveau avec un seuil spécifique aux niveaux interprofessionnel, de branche et de l'entreprise, la représentativité aux niveaux supérieurs étant acquise par l'agrégation des résultats au niveau de l'entreprise, dans une logique démocratique ascendante.

Articles L. 2231-1 à L. 2234-3 du Code du travail

L'ACCORD INTERPROFESSIONNEL

L'accord interprofessionnel est celui qui concerne plusieurs secteurs professionnels n'ayant pas de liens directs entre eux, sans nécessairement concerner l'ensemble des professions. Quel que soit son champ territorial, il doit désormais, pour être valide, ne pas avoir fait l'objet d'une opposition de la part de la majorité, en nombre (la moitié plus un), des organisations syndicales de salariés représentatives. Sont considérées comme telles au niveau interprofessionnel : la CGT, la CFDT, la CGT-FO, la CFTC et la CFE-CGC (cadres).

La validité d'un accord interprofessionnel est subordonnée à sa signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli, aux élections prises en compte pour la mesure de l'audience prévue au 3° de l'article L. 2122-9, au moins 30% des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives à ce niveau, quel que soit le nombre de votants, et à l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli la majorité des suffrages exprimés en faveur des mêmes organisations à ces mêmes élections, quel que soit le nombre de votants. L'opposition est exprimée dans un délai de quinze jours à compter de la date de notification de cet accord, dans les conditions prévues à l'article L. 2231-8.

La représentativité reconnue à une organisation syndicale catégorielle affiliée à une confédération syndicale catégorielle au titre des salariés qu'elle a statutairement vocation à représenter lui confère le droit de négocier toute disposition applicable à cette catégorie de salariés. Les accords interprofessionnels comportent, en faveur des salariés d'entreprises participant aux négociations, de même qu'aux réunions des instances paritaires qu'ils instituent, des stipulations relatives aux modalités d'exercice du droit de s'absenter, à la compensation des pertes de salaires ou au maintien de ceux-ci, ainsi qu'à l'indemnisation des frais de déplacement.

Articles L. 2232-1 à L. 2232-4 du Code du travail

ACCORD DE BRANCHE

Ce type d'accord est signé dans le cadre d'une branche d'activité et, le plus souvent, pour ce qui concerne la prévoyance, intégré dans la convention collective. Les conventions de branche ou les accords professionnels fixent les modalités suivant lesquelles, en l'absence de stipulation conventionnelle portant sur le même objet, ces observatoires sont destinataires des accords d'entreprise ou d'établissement conclus pour la mise en œuvre d'une disposition législative. Ils instituent des commissions paritaires d'interprétation et des observatoires paritaires de la négociation collective.

Articles L. 2232-5 à L. 2232-10 du Code du travail

C'est aux partenaires sociaux qu'il appartient de fixer, dans un accord de branche spécifique appelé " accord de méthode ", qui doit être étendu, les règles de majorité qui seront applicables dans les négociations des accords de branche. À défaut d'accord de méthode étendu, un droit d'opposition s'applique.

Avec l'accord de méthode

Pour être valables, les accords de branche doivent être signés par une ou plusieurs organisations syndicales représentant la majorité des salariés de la branche. Pour la définition de cette majorité, qui doit figurer dans l'accord de méthode, les partenaires sociaux ont le choix entre :

- se référer aux résultats des dernières élections au comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel dans les entreprises de la branche ; l'accord de méthode précisera alors le mode de décompte des résultats des élections ;
- organiser périodiquement une consultation des salariés concernés afin de déterminer quels sont les syndicats représentatifs au niveau de la branche. Pourront participer à cette consultation tous les salariés ayant 16 ans accomplis, une ancienneté d'au moins 3 mois dans l'entreprise sauf les majeurs sous tutelle et ceux auxquels les tribunaux ont interdit le droit de vote et d'élection. L'accord de méthode doit définir la périodicité et les modalités de la consultation.

Conditions de validité de l'accord de méthode

L'accord de méthode, pour être considéré comme valide, ne doit pas avoir fait l'objet d'une opposition de la part de la majorité des organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord.

Sont prises en compte toutes les organisations syndicales représentatives, c'est-à-dire celles rattachées à l'une des cinq confédérations représentatives au niveau interprofessionnel et celles représentatives de fait et acceptées comme telles par les autres partenaires ou ayant fait l'objet d'une reconnaissance de représentativité sur la base d'une enquête par le ministre chargé du travail. La majorité est constituée de la moitié des organisations plus une. Ainsi, avec 8 organisations, la majorité est de 5, avec 7 elle est de 4.

Enfin, l'accord de méthode doit faire l'objet d'une mesure d'extension.

Sans accord de méthode

Si les partenaires sociaux ne négocient pas d'accord de méthode ou si celui-ci n'est pas étendu, la validité d'une convention de branche ou d'un accord professionnel est subordonnée à l'absence d'opposition de la part de la majorité, en nombre, des organisations syndicales de salariés représentatives dans le champ d'application de l'accord.

Ainsi, par exemple, un accord négocié avec 7 organisations et signé par trois d'entre elles seulement sera considéré comme valide, s'il n'a pas fait l'objet d'une opposition de la part des quatre autres organisations syndicales.

L'ACCORD D'ENTREPRISE

Là encore, c'est aux partenaires sociaux, dans un accord de branche étendu, de négocier les conditions de validité de l'accord d'entreprise ou d'établissement.

À défaut de conclusion d'un tel accord, le droit d'opposition s'applique nécessairement.

Se référer aux articles L. 2232-11 à L. 2232-35 du Code du travail.

AVEC UN ACCORD DE BRANCHE

Les partenaires sociaux ont le choix entre deux formules.

Majorité d'engagement

L'accord d'entreprise est valide s'il est signé par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés au premier tour des dernières élections au comité d'entreprise ou, à défaut des délégués du personnel. S'il concerne une catégorie professionnelle ne relevant que d'un collège (celui des cadres, ou des ouvriers et employés), sa validité dépend de la signature des organisations ayant obtenu les voix d'au moins la moitié des suffrages exprimés dans ce collège.

☞ Si les organisations signataires ne représentent pas cette majorité, l'accord d'entreprise devra, pour être valide, être soumis à l'approbation des salariés de l'entreprise ou de l'établissement. Il devra être approuvé à la majorité des suffrages exprimés, sinon il sera réputé non écrit. De même, à défaut de consultation, l'accord n'est pas applicable.

Or, la consultation ne sera organisée que si les organisations signataires en font la demande à l'employeur. Les organisations non signataires peuvent s'associer à la démarche. D'un point de vue formel, la demande doit être notifiée par écrit à l'employeur et aux autres organisations syndicales dans les 8 jours à compter de la date de signature de l'accord.

L'organisation de la consultation

L'organisation matérielle du scrutin est à la charge de l'employeur. Les salariés doivent être informés 15 jours au moins avant la date prévue de la consultation, du lieu de son déroulement, de sa date et heure (celle-ci devant se dérouler pendant les heures de travail), du contenu de l'accord et du texte de la question soumise au vote. Une organisation syndicale non signataire, en désaccord avec ces modalités de mise en œuvre de la consultation, peut saisir le juge d'instance dans les 8 jours à compter de la notification à l'employeur de la demande de consultation.

Droit d'opposition

Les partenaires sociaux peuvent choisir de subordonner la validité de l'accord d'entreprise à l'absence d'opposition de la part d'un ou de plusieurs syndicats représentatifs dans l'entreprise, majoritaires dans l'entreprise. Sont considérés majoritaires, ceux ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés aux dernières élections professionnelles (élection au comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel). Pour apprécier cette condition de majorité, seules les voix exprimées, au 1er tour, pour l'élection des titulaires sont prises en compte. Le fait que le quorum ne soit pas atteint au premier tour ne change rien : les résultats sont décomptés sur cette base.

☞ *Lorsque la convention ou l'accord d'entreprise n'intéresse qu'une catégorie professionnelle déterminée relevant d'un collège électoral particulier (par exemple, les cadres), sa validité est subordonnée à l'absence d'opposition d'organisations syndicales représentatives ayant obtenu les voix d'au moins la moitié des suffrages exprimés dans le collège concerné.*

Sans accord de branche ou d'accord étendu

C'est la règle de l'opposition qui s'applique. Ainsi, la convention ou l'accord d'entreprise ne sera valide qu'en l'absence d'opposition d'une ou plusieurs organisations ayant recueilli au moins la moitié des suffrages exprimés aux élections professionnelles.

Situation en cas de carence d'élections professionnelles

Dans une entreprise où des élections professionnelles n'ont pu être organisées du fait d'une carence aux élections professionnelles (absence de candidats au premier tour ou aucune élection organisée, faute de tout candidat), la représentativité des délégués syndicaux concluant un accord ne peut être connue.

Dans cette hypothèse, un accord pourra être valablement signé, à condition qu'il soit soumis à l'approbation de la majorité des suffrages exprimés des salariés de l'entreprise.

CONSÉQUENCES POUR LE SALARIÉ ET L'ENTREPRISE

Ces types d'accords collectifs ont la particularité de s'imposer à la collectivité dans les relations individuelles de travail : le salarié ne pourra pas refuser son adhésion si le régime est obligatoire et devra payer la part de cotisation qui est mise à sa charge.

Aux termes de l'article L. 912-1 alinéa 1 du Code de la Sécurité sociale, si l'organisme gestionnaire du contrat collectif de prévoyance est désigné par la convention collective, il doit impérativement recevoir toutes les adhésions de toutes les entreprises de la profession.

Jusqu'à la publication de la loi du 4 mai 2004, les accords d'entreprise ou de branche, pour être valables, ne pouvaient comporter que des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne pouvaient pas non plus déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements.

	Ce qui est interdit	Ce qui est permis en l'absence d'interdiction expresse par le niveau supérieur
Accord national interprofessionnel	L'accord interprofessionnel ne peut pas déroger (dans un sens moins favorable aux salariés) aux dispositions légales, sauf si la loi l'autorise expressément.	
Accord de branche ou accord professionnel	Ces accords ne peuvent pas déroger (dans un sens moins favorable aux salariés) aux dispositions légales sauf si la loi l'autorise expressément.	Une convention de branche ou un accord professionnel peut déroger, dans un sens moins favorable aux salariés, aux dispositions d'une convention ou d'un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large, à moins que celui-ci ne l'ait expressément interdit.
Accord d'entreprise	L'accord d'entreprise ne peut pas déroger (dans un sens moins favorable aux salariés) aux dispositions légales sauf si la loi l'autorise expressément.	L'accord d'entreprise peut déroger, dans un sens moins favorable aux salariés, à un accord de niveau supérieur dans les autres domaines (*) que ceux prévus par l'article L.132-23, à moins que cet accord ou cette convention n'interdise une telle dérogation.
	L'accord d'entreprise ne peut pas déroger (dans un sens moins favorable aux salariés) aux dispositions de l'accord de branche en matière de salaires minima, de classifications, de prévoyance collective et de mutualisation des fonds de la formation professionnelle continue.	Cette règle n'est pas valable pour l'accord de groupe, qui doit respecter l'encadrement de l'accord de branche. L'accord de groupe ne peut donc comporter de dispositions dérogatoires aux accords de branche dont relèvent les entreprises ou établissements de ce groupe, sauf si ces accords l'y autorisent. * salaires minima, classifications, prévoyance collective et mutualisation des fonds de la formation professionnelle continue.

L'accord signé doit, pour entrer en vigueur, mais également pour que puisse s'exercer le droit d'opposition, être notifié à l'ensemble des organisations représentatives. L'opposition est ensuite recevable à condition d'en respecter les formes.

	Droit en vigueur avant la loi du 4 mai 2004	Droit en vigueur depuis la loi du 4 mai 2004 ⁽²⁾
Accord interprofessionnel	Droit d'opposition limité à la révision d'un accord supprimant ou réduisant un avantage issu de l'accord initial. Droit d'opposition ouvert à la majorité des organisations signataires de l'accord initial (L. 132-7).	Droit d'opposition de la majorité des organisations syndicales.
Accord de branche	Droit d'opposition limité à la révision d'un accord supprimant ou réduisant un avantage issu de l'accord initial. Droit d'opposition ouvert à la majorité des organisations signataires de l'accord initial (L. 132-7).	1/Si accord de méthode étendu: Majorité d'engagement par les organisations syndicales représentant une majorité de salariés de la branche : • soit au vu d'une consultation dans la branche ; • soit au vu des résultats des dernières élections du personnel 2/S'il n'y a pas accord de méthode étendu: Droit d'opposition de la majorité des organisations syndicales.
Accord d'entreprise ⁽¹⁾	Droit d'opposition limité : • à la conclusion d'un accord « dérogatoire » par les organisations syndicales non signataires ayant recueilli les voix de plus de 50 % des inscrits aux dernières élections du personnel (art. L. 132-26) ; • à la révision d'un accord supprimant ou réduisant un avantage. Droit d'opposition ouvert à une ou plusieurs organisations syndicales non signataires ayant recueilli les voix de plus de 50 % des inscrits aux dernières élections professionnelles (art. L. 132-7).	1/Si la branche le prévoit: a) majorité d'engagement des organisations syndicales représentant la majorité des salariés au vu des suffrages exprimés aux dernières élections du personnel. À défaut, approbation des salariés ou b) droit d'opposition des organisations syndicales ayant recueilli la majorité au vu des suffrages exprimés aux dernières élections du personnel. 2/Si la branche ne prévoit rien ou si l'accord de branche n'est pas étendu : Droit d'opposition des organisations syndicales ayant recueilli la majorité aux dernières élections du personnel.

(1) En cas de carence aux élections professionnelles, l'approbation des salariés est obligatoire.

Certaines conventions peuvent prévoir que leurs dispositions ne s'appliquent obligatoirement (en cas d'extension) qu'aux entreprises dont les accords internes prévoient des dispositions moins favorables que celles de la convention.

C'est le cas de la convention collective nationale des industries et commerces en gros des viandes dans laquelle de nouvelles garanties de l'inaptitude partielle et totale ont été créées pour les salariés ayant une ancienneté de plus de 10 ans dans l'entreprise (avenant n° 58 du 27 juin 2002).

Cet accord qui prévoit la gestion de ces nouvelles garanties par l'ISICA et l'OCIRP ainsi que les taux de cotisation et conditions d'application de ces garanties, prévoit également une "clause de sauvegarde" : les entreprises de cette branche d'activité dont les accords internes contenaient des garanties au moins équivalentes, ne sont pas obligées de s'affilier à l'ISICA pour ces nouvelles garanties.

Article L. 2251-1 du Code du travail

Si les accords d'entreprise ou de branche sont conclus pour une durée déterminée, celle-ci ne peut être supérieure à 5 ans.

Article L. 2222-4 du Code du travail

Article L 911-5 du Code de la Sécurité sociale

« Les dispositions des articles L. 2251-1, L. 2222-4, L. 2314-25 et R. 2314-27 du Code du travail s'appliquent aux conventions ou accords signés dans le cadre de la prévoyance complémentaire. Les conditions dans lesquelles ce projet d'accord est ratifié et adopté et les conditions dans lesquelles l'accord est ensuite modifié, mis en cause à la suite d'une fusion, d'une cession ou d'une scission ou d'un changement d'activité ou dénoncé ainsi que la durée du préavis qui doit précéder la dénonciation, sont définies par décret en Conseil d'État. Ce même décret détermine les conditions dans lesquelles une convention ou un accord collectif d'entreprise peut se substituer à une décision unilatérale de l'employeur ou à un accord ratifié mentionnée à l'article L. 911-1 ou ce même accord ratifié peut se substituer à la décision unilatérale de l'employeur lorsque ceux-ci mettent en œuvre les garanties collectives régies par le présent chapitre. »

Le décret prévu n'a pas encore été publié aujourd'hui.

Conséquences pour l'entreprise de sa démission d'une organisation signataire d'une convention ou d'un accord collectif

L'employeur qui démissionne d'une organisation ou d'un groupement signataire d'une convention ou d'un accord collectif postérieurement à la signature de ce texte, demeure lié par lui ainsi que par les accords signés postérieurement à sa démission, lorsqu'ils ne sont que l'application de la convention ou de l'accord signé initialement.

Cour de Cassation 10 février 1999 - Czarniecki c/SA Dejade et fils

Dans cet arrêt, la Cour de cassation réaffirme le principe du respect de l'article L. 2262-3 du Code du travail, issu de la Loi Auroux du 13 novembre 1982.

La démission de l'employeur ne vaut donc pas dénonciation.

Si celui-ci souhaite que la convention collective ne soit plus applicable dans son entreprise (à la suite de sa démission du groupement professionnel), il doit alors dénoncer la convention en respectant l'article L. 2222-5 du Code du travail.

CLAUSES DE DÉSIGNATION ET CLAUSES DE MIGRATION

Qu'entend-on par clauses de désignation ?

Convention imposant à toutes les entreprises d'une branche d'adhérer à un même opérateur pour leur prévoyance collective.

Et par clauses de migration

Dispositif obligeant les entreprises ayant mis en place des garanties similaires avant l'accord de branche à adhérer à l'opérateur désigné.

Censure des clauses de désignation et des clauses de migration par le Conseil constitutionnel

Adopté par l'Assemblée Nationale le 24 avril 2013 puis par le Sénat le 14 mai 2013, le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi a été examiné par le Conseil Constitutionnel qui a rendu sa décision le 13 juin 2013.

Cette loi prévoit en son article 1^{er}, la généralisation par des contrats collectifs obligatoires de la couverture complémentaire santé à compter du premier janvier 2016.

Cette généralisation pouvait s'effectuer par le mécanisme des clauses de désignation :

« *Au terme de l'article L. 912-1 du Code de Sécurité Sociale, ces clauses permettent que toutes les entreprises d'une même branche soient liées avec un même cocontractant, organisme de prévoyance, déjà désigné par le contrat négocié au niveau de la branche.* »

Par sa décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013, le Conseil constitutionnel s'est rangé derrière l'avis de l'Autorité de la concurrence du 29 mars, comme l'avaient fait avant lui les sénateurs en votant un amendement au projet de loi de sécurisation de l'emploi que l'Assemblée nationale avait ensuite retiré. Saisis par plus de 60 députés et 60 sénateurs, le 15 mai 2013, les sages ont ainsi considéré que les clauses de désignation portaient "à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques".

La clause de désignation, absente de l'accord du 11 janvier (ANI) qui ne prévoyait pas cette disposition, a été introduite en première lecture du projet de loi à l'Assemblée nationale. Elle devait permettre aux partenaires sociaux de désigner un seul organisme assureur (mutuelle, assurance ou institut de prévoyance), prenant en charge la complémentaire santé de tous les salariés de toutes les entreprises d'une branche professionnelle. Même les entreprises du secteur qui avaient déjà contracté une complémentaire santé collective pour leurs salariés se seraient ainsi vues imposer par leur branche professionnelle, la complémentaire santé choisie, après appel d'offre, comme toutes les autres entreprises du secteur.

Pour le Conseil constitutionnel se pose ainsi un double problème qui va à l'encontre de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle, malgré l'objectif poursuivi de mutualisation des risques :

- il n'est pas possible qu'une entreprise soit forcée de se lier avec un cocontractant, mutuelle, entreprises d'assurance ou institutions de prévoyance, déjà désigné par un contrat négocié au niveau de la branche dont le contenu, le prix et les garanties, soit totalement prédéfini ;
- il n'est pas possible d'imposer à une entreprise liée à une complémentaire santé avant la signature d'un accord de branche un organisme désigné par l'accord même si des clauses de migration étaient prévues.

La décision du Conseil constitutionnel entrée en vigueur dès sa publication le 13 juin 2013, n'annule pas les accords déjà conclus suite aux premiers appels d'offres, semble-t-il principalement remportés par des organismes de prévoyance gérés par les partenaires sociaux. Ces accords devraient néanmoins disparaître à l'échéance de leurs révisions arrivant cinq ans après la signature.

Modification de l'article 1 de la loi de sécurisation de l'emploi

L'article 1 du projet de loi devra être réécrit. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs proposé deux alternatives qui satisferaient aux exigences de liberté d'entreprendre et de liberté contractuelle, tout en poursuivant dans un but de mutualisation des risques.

Il pourrait ainsi être prévu que les branches puissent recommander (et non imposer) un seul organisme de complémentaire santé qui proposerait un contrat de référence et un tarif de souscription. La liberté de choix de suivre ou pas la recommandation resterait ainsi intacte.

De plus, le Conseil constitutionnel ouvre également la porte à la possibilité d'une désignation au niveau de la branche de plusieurs (et non un seul) organismes d'assurance santé complémentaire proposant a minima des contrats de référence définis par la branche. Le choix des entreprises s'exercerait alors dans la liste des organismes désignés.

UN ACCORD RÉFÉRENDAIRE

L'accord référendaire est celui qui résulte de l'approbation, à la majorité des intéressés, d'un projet présenté par l'employeur.

Le choix du référendum relève d'une décision du seul chef d'entreprise. Il ne peut être organisé que dans des entreprises ou organismes de droit privé employant des salariés n'étant pas soumis à un statut législatif ou réglementaire.

La loi ne donnant aucune précision quant aux modalités d'organisation du vote ou de prise en compte de la majorité, il convient de se rapprocher des conditions établies pour les élections en matière de représentants du personnel et de la loi n° 2004-391 du 4 mai 2004 (relative à la formation professionnelle tout au long de la vie et au dialogue social - JO du 5 mai 2004) qui est venue modifier en profondeur les règles applicables en matière de droit de la négociation collective.

L'approbation résulte donc d'un vote majoritaire apprécié au regard des salariés inscrits aux effectifs et susceptibles d'être bénéficiaires du régime et non pas d'un vote majoritaire apprécié au regard des seuls suffrages valablement exprimés.

La loi n'établit pas de formalisme particulier relatif à l'organisation du référendum, sauf à respecter les principes généraux applicables en matière électorale : secret du vote et liberté de vote notamment.

Toutefois, dans la mesure où la mise en place d'un régime de prévoyance peut avoir des incidences importantes sur la situation individuelle des salariés (notamment par le précompte des cotisations), il est impératif de préciser les conditions matérielles d'organisation du vote dans un accord préalablement négocié avec les représentants du personnel (type accord préélectoral) soit, à défaut de l'existence de représentants du personnel, par une note précise de la Direction.

Règle de majorité

La majorité simple suffit, à la ratification du projet. Toutefois, l'accord préélectoral peut prévoir une majorité renforcée. Dans ce cas, toute modification ultérieure de couverture par référendum devra respecter la même règle de majorité.

Tant que la négociation est en cours conformément aux dispositions de la présente section, l'employeur ne peut, dans les matières traitées, arrêter de décisions unilatérales concernant la collectivité des salariés, sauf si l'urgence le justifie.

Article L. 2242-3 du Code du travail

Effet du référendum

Le référendum a les mêmes effets qu'un accord collectif. Il s'impose aux salariés y compris si l'adhésion engendre une cotisation prélevée sur leur rémunération.

Cass. Soc. 5 janvier 1984 - n° 81-42.112

Le régime de protection sociale résultant d'un référendum relève d'un statut collectif des salariés. Il ne s'incorpore pas à leur contrat de travail.

Cass. Soc. 10 février 1999 - n° 97-13.015

Il peut donc être remis en cause par dénonciation unilatérale de l'employeur dès lors que cette dénonciation intervient en dehors de toute fraude et respecte les droits éventuellement acquis.

Cass. Soc. 26 septembre 2002 - n° 01-00.500

S'agissant de la révision de l'accord référendaire, elle peut se faire selon les mêmes formes (référendum) ou résulter d'un accord collectif.

Cass. Soc. 10 février 1999 - n° 97-13.015

☞ *L'organisation matérielle du scrutin est précisée par la loi du 4 mai 2004. Elle est à la charge de l'employeur. Les salariés doivent être informés 15 jours au moins avant la date prévue de la consultation, du lieu de son déroulement, de sa date et heure (celle-ci devant se dérouler pendant les heures de travail), du contenu de l'accord et du texte de la question soumise au vote. Une organisation syndicale non signataire, en désaccord avec ces modalités de mise en œuvre de la consultation, peut saisir le juge d'instance dans les 8 jours à compter de la notification à l'employeur de la demande de consultation.*

UNE DÉCISION UNILATÉRALE DE L'EMPLOYEUR

La loi autorise désormais l'employeur à mettre en place, de façon unilatérale, un régime de prévoyance au sein de l'entreprise. Toutefois, l'instauration unilatérale d'un régime de prévoyance impose désormais un certain formalisme, déterminé par la loi : l'employeur doit obligatoirement établir un écrit précisant les conditions principales du régime et assurer la remise de cet écrit à chacun des intéressés.

Une instruction fiscale de décembre 1985 prévoit que, dans ce cas, le régime doit concerner tous les salariés de l'entreprise (ce qui peut être critiquable).

En outre, l'employeur ne peut, dans ce cadre, imposer aux salariés présents dans l'entreprise avant la mise en place du régime, une participation à son financement : il devra donc financer lui-même l'intégralité de la cotisation.

Article 11 de la loi Évin

Cette décision unilatérale de l'employeur constitue un élément du statut collectif des salariés dont la nature n'est pas contractuelle. En conséquence, l'employeur peut, par la suite, décider unilatéralement de remettre en cause son engagement. Il doit pour cela suivre la même procédure que celle requise pour la dénonciation d'un usage.

Effets

Les salariés employés dans l'entreprise avant l'instauration d'un régime de prévoyance ne peuvent être contraints de cotiser contre leur gré.

Article 11 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989

La même règle s'applique à l'instauration d'un régime de supplémentaire de retraite.

Concrètement :

- si le régime est entièrement financé par l'employeur, il s'impose à tous les salariés ;
- si le régime est cofinancé par l'employeur et le salarié, les salariés embauchés après la mise en place du régime de protection complémentaire, sont tenus de cotiser. Le régime fait en effet partie des conditions d'embauche.

Cass. Soc. 2 juin 1988, n°85-43.423

- en revanche, les salariés embauchés avant la mise en place du régime ont le choix de cotiser ou non.

Cass. Soc. 4 janvier 1996, n°92-41.885

Dès lors qu'un ou plusieurs salariés s'opposent au précompte de la cotisation, le régime est considéré comme étant à adhésion facultative, (JOAN, 6 novembre 1995, p 4701, n° 29840) ce qui a des incidences fiscales et sociales.

Le refus de ce précompte peut avoir pour effet de faire perdre au régime son caractère obligatoire et donc remettre en cause, pour l'ensemble des salariés concernés, les avantages fiscaux et sociaux attachés à de tels régimes.

De plus, la remise en cause du caractère obligatoire du régime a pour effet d'emporter sa déqualification juridique : en tant que régime à caractère facultatif, il entre alors dans le domaine de l'activité sociale et culturelle du Comité d'Entreprise, qui peut alors en revendiquer la gestion et le financement.

Il est donc possible à l'employeur de préciser dans la note d'information au personnel, qu'en cas de refus et donc de remise en cause de l'ensemble des avantages fiscaux et sociaux attachés au régime, il se réserve le droit de retirer sa décision et donc de ne pas le mettre en place.

Lorsqu'il s'agit d'un régime à adhésion obligatoire, le régime n'est véritablement obligatoire que pour les salariés embauchés après sa mise en place. Aucun salarié employé dans l'entreprise avant la mise en place du régime ne peut être contraint à y cotiser contre son gré.

Article 11 de la loi Évin

Cass. soc 4 janvier 1996 - Société Hyperallye c/ Moreau et autres

À la suite de l'absorption par le groupe Rallye de la société Disque Bleu, cet établissement avait été repris en location gérance par la société Hyperallye, laquelle avait souscrit un contrat d'assurance groupe faisant bénéficier son personnel d'un régime de prévoyance.

La nouvelle société a retenu sur les salaires des anciens salariés de la société Disque Bleu le montant des cotisations, le régime étant devenu obligatoire.

Or, antérieurement à la reprise de leur entreprise, les salariés de Disque Bleu avaient la liberté d'adhérer ou non à une mutuelle de leur choix. L'obligation d'adhérer au contrat groupe ne résultant ni des contrats de travail, ni d'un accord collectif, mais d'une décision unilatérale de la société Hyperallye, en vertu de l'article 11 de la loi Evin, les salariés ne pouvaient se voir imposer l'adhésion au régime ni le prélèvement d'office de la cotisation.

Il aurait donc pu suffire que les nouveaux contrats de travail, signés par les salariés, prévoient une clause d'adhésion obligatoire au régime.

Le prélèvement d'office d'une cotisation salariale pourrait donc s'interpréter comme une modification substantielle du contrat de travail, entraînant le licenciement avec indemnités du salarié qui la refuserait.

Seuls, l'accord collectif et l'accord référendaire, peuvent donc imposer le précompte d'une cotisation aux salariés.

En conséquence, lorsque le régime est mis en place par décision unilatérale, chaque salarié qui le souhaite peut, au moment de sa mise en place ou au moment d'une modification importante, refuser le précompte lorsqu'il existe. Il est recommandé aux employeurs, dans ce cadre, de distribuer aux salariés une note d'information très précise sur les conditions du régime, leur rappelant le droit de refus qui leur est accordé et fixant un délai pour l'exercer.

Cass. Soc. 4 janvier 1996

Nul n'est censé ignorer le régime de prévoyance existant dans l'entreprise

Cass. soc., 19 oct. 2005, n° 03-47.219, Association Apave Nord-Ouest et a. c/Jacob

Le fait pour un salarié de ne pas avoir été informé, lors de son embauche, du régime de prévoyance obligatoire applicable dans l'entreprise, ne l'autorise pas pour autant à demander sa radiation du régime.

En application de la loi « Evin » n° 89-1009 du 31 décembre 1989, la protection sociale complémentaire peut être instituée dans l'entreprise par une décision unilatérale de l'employeur, constatée dans ce cas par un écrit remis à chaque salarié intéressé. Selon l'article 12 de la loi, cet écrit consiste en « une notice d'information détaillée qui définit notamment les garanties prévues et leurs modalités d'application ».

La question des conséquences du manquement à cette obligation d'information à l'égard des personnes embauchées après la mise en place du régime vient, pour la première fois, d'être clairement posée devant la Cour de cassation. En l'espèce, un salarié estimait n'avoir pas été suffisamment informé, lors de son entrée en fonction, sur le régime de prévoyance collective obligatoire applicable dans l'entreprise, et demandait de ce fait sa radiation du régime.

Les juges du fond avaient donné gain de cause à ce salarié en retenant « que l'information sur le régime de prévoyance lors de la conclusion du contrat de travail avait été insuffisante et qu'en particulier il ne lui avait pas été indiqué qu'il ne pouvait pas se retirer ». Mais la Cour de cassation a cassé cette décision en s'en tenant à une stricte lecture de la loi « Evin » précitée. En effet, en application de ce texte, lorsqu'un régime de prévoyance collective obligatoire a été mis en place par décision unilatérale de l'employeur, les salariés engagés postérieurement ne peuvent y renoncer. Or, pour la Cour de cassation, le manquement de l'employeur à son obligation d'information ne permet pas de déroger à cette règle : « Attendu cependant que l'inobservation par l'employeur des règles relatives à l'information des salariés, lors de leur embauche, prévues par l'article 12 de la loi précitée en ce qui concerne notamment les garanties, ne leur ouvre pas le droit de refuser leur adhésion à un régime de prévoyance obligatoire, ni de demander leur radiation ».

Il est vrai que, dans les faits, le salarié, qui avait attendu 10 ans après son embauche pour contester son affiliation au régime de prévoyance collective obligatoire (et qui avait donc profité pendant tout ce temps des garanties offertes), pouvait difficilement soutenir que ce régime ne lui était pas opposable. La solution aurait-elle été différente si le salarié avait contesté rapidement ? A priori non, puisque cet arrêt de la Cour de cassation (indexé P + B + R + I) semble avoir valeur de principe... Une jurisprudence qui reste à confirmer cependant.

L'article 11 de la loi Évin et l'administration sociale

Dès 2005, lorsqu'elle présenta la notion de "caractère obligatoire", la direction de la sécurité sociale appréhenda la disposition légale. La circulaire du 25 août 2005 prévoyait que le régime pouvait et devait laisser "aux salariés présents dans l'entreprise au moment de la mise en place du régime la possibilité de refuser de cotiser à ce régime". Plus tard, elle étendit ce principe aux régimes de retraite à cotisations définies et tira les conséquences de la décision du 4 janvier 1996. Le décret n° 2012-25 du 9 janvier, sans reprendre le détail de ces solutions, en conservait vraisemblablement l'esprit : une dispense d'affiliation peut être prévue "lorsque les garanties ont été mises en place par une décision unilatérale et que le dispositif prévoit que les salariés embauchés avant la mise en place des garanties peuvent en être dispensés". De l'avis unanime, était implicitement consacrée la doctrine administrative antérieure (ce qui semble confirmé dans le récent projet de circulaire : p. 11).

L'administration laissait toutefois en suspens une question essentielle (sur laquelle, au demeurant, la jurisprudence ne s'était jamais prononcée). L'article 11 de la loi Évin et, partant, la dispense d'affiliation, peuvent-ils jouer lorsque, après la mise en place du régime, une hausse des cotisations est décidée et pèse, en partie ou totalement, sur les salariés ?

Application de l'article 11 de la loi Évin à l'occasion des hausses de cotisations

À s'en tenir à la lettre de l'article 11, celui-ci ne joue que lors de la mise en place. Son esprit toutefois - protéger le salarié contre l'arbitraire de l'employeur - commande en revanche d'en faire application lors de la vie du régime. En effet, la hausse des cotisations mises à la charge des salariés a peut-être pour origine la décision de l'organisme assureur ; il n'en demeure pas moins que, juridiquement, elle est une modification du régime... donc de la décision unilatérale, à laquelle, naturellement, l'organisme assureur est étranger.

En outre, la modification des cotisations semble, de prime abord, être bien une modification de la rémunération (si ce n'est toujours de son montant, en tous les cas de sa structure). En application de la jurisprudence classique de la Cour de cassation, une telle modification doit être acceptée par le salarié pour entrer en vigueur. Celui-ci peut s'y opposer.

Sauf à mettre l'employeur dans une situation impossible, l'administration devait vraisemblablement s'aligner sur ces solutions. Si l'administration sociale s'est saisie de la question, ses différentes instances n'ont pas adopté de position unique. La direction de la sécurité sociale et l'Urssaf de Paris ne retiennent pas la même solution.

La position de la direction de la sécurité sociale

Le projet de circulaire soumis à consultation publique au mois de juin prévoyait (p. 11) que la dispense pouvait "jouer en cas de décisions ultérieures venant modifier le dispositif initial s'il y a augmentation significative de la part mise à la charge des salariés". D'aucuns critiquèrent (avec raison) l'imprécision du terme "significatives" et la nuance importante entre cette disposition et la jurisprudence de la Cour de cassation. Pour notre part, nous y voyons un effort sensible et raisonnable de la direction de la sécurité sociale pour prendre en compte les contraintes pesant sur l'entreprise en raison du droit du travail existant.

La position de l'Urssaf de Paris

Dans un rescrit social très récent (donc postérieur à la publication du projet de circulaire), l'Urssaf de Paris prit cependant une position différente : "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".

La position de l'Urssaf de Paris est bien plus restrictive. Elle exclut que joue la dispense à l'occasion des seules revalorisations annuelles pratiquées par les organismes assureurs.

L'avenir ?

Sur le fond, il faut espérer, ne serait-ce que pour des raisons pratiques, que la circulaire à venir s'alignera parfaitement sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Sur la forme, il serait opportun, à tout le moins, que l'ensemble des institutions ayant à connaître de la question s'entendent sur une position commune.

Vincent Roulet, conseil scientifique du cabinet BRL et directeur du master juriste d'entreprise de l'Université de Tours 22/07/2013

UN USAGE

Un usage est une pratique de l'employeur qui confère un avantage aux salariés et qui présente les caractères de généralité, constance et fixité.

Cass. Soc. 28 février 1996 - n° 93-40.883

L'usage est assimilé à la décision unilatérale.

Il n'est réglementé que par la jurisprudence.

Pour être qualifié d'usage, un avantage accordé aux salariés doit remplir trois conditions :

Généralité

Il doit bénéficier à tous les salariés ou à une catégorie d'entre eux.

L'exclusion de certains salariés ne doit pas reposer sur des critères discriminatoires comme l'appartenance à un syndicat, le sexe, la race, la religion, ...

Un usage peut être propre à un établissement de l'entreprise : un salarié muté dans un autre établissement ne peut bénéficier d'un usage en vigueur dans son ancien établissement.

L'usage ne s'incorpore pas au contrat de travail : il peut donc être supprimé sans l'accord du salarié.

Constance

Pour devenir obligatoire, il est nécessaire que l'avantage soit accordé un certain nombre de fois aux salariés, et de manière continue. Il n'existe pas de durée minimale et ce sont les tribunaux qui apprécient au cas par cas si l'avantage accordé doit être qualifié d'usage.

Exemple

Une prime versée uniquement pendant 3 mois n'a pas à être considérée comme un usage imposant à l'employeur de continuer à la verser aux salariés.

Cass soc. 20 octobre 1994

Mais cet avantage ne doit pas être aléatoire : ainsi, une prime versée uniquement après un vote du conseil d'administration en fonction des résultats financiers de l'entreprise, ne peut être qualifiée d'usage.

Fixité

L'avantage doit présenter une certaine fixité, tant dans les conditions auxquelles les salariés peuvent y prétendre, que dans ses modalités de calcul.

Les règles d'attribution de cet avantage doivent reposer sur des critères objectifs : son application ne doit pas dépendre du pouvoir discrétionnaire de l'employeur ou de conditions subjectives.

Exemple

Concernant le versement d'une prime, il suffit qu'il existe un mode de calcul déterminé pour conférer à l'avantage un caractère de fixité.

L'usage ne peut reposer sur des règles illicites : ainsi, un salarié ne peut revendiquer un usage prévoyant l'indexation automatique des salaires sur les prix, dans la mesure où cette indexation est interdite par la loi, même si cet usage était en vigueur dans l'entreprise depuis de nombreuses années.

Cass. soc. 22 juillet 1986

L'usage est une pratique d'entreprise constante, générale et fixe que l'employeur est tenu de respecter tant qu'il ne l'a pas dénoncé

Cassation sociale, 24 févr. 2009, n° 07-43.308, Sté Herrenknecht France c/ Hestin et a.

L'accord des salariés ne peut dispenser l'employeur qui souhaite dénoncer un usage du respect d'un délai de prévenance

Cassation sociale, 20 novembre 2012, n° 11-22.298, Société Transmavin c/ M. X

L'employeur peut dénoncer un usage d'entreprise à condition de le faire dans un délai suffisant pour permettre d'éventuelles négociations, d'informer les représentants du personnel et chaque salarié individuellement

Cassation sociale, 2 octobre 1990, n° 89-40.908, Prouvée c/ Assoc. Centre d'observation et de traitement Anne-Franck de la région lilloise

L'usage s'impose à l'employeur tant qu'il ne l'a pas dénoncé. L'employeur est alors tenu de le respecter et sa dénonciation doit satisfaire à certaines conditions.

L'usage résulte d'une application volontaire de l'employeur ; il n'a donc pas besoin de recueillir l'accord des salariés, mais ceux-ci peuvent toutefois le refuser.

En fait, l'usage est par essence bénéfique aux salariés, puisqu'il doit être plus favorable que les dispositions de la convention collective ou du contrat de travail.

CLAUSE DU CONTRAT DE TRAVAIL

Le bénéfice d'un régime de prévoyance complémentaire (ou de retraite supplémentaire) n'est pas nécessairement accordé à tous les salariés. L'employeur peut le limiter à certains salariés.

Dans ce cas, la mise en place de ce régime se réalise par le biais d'une clause du contrat de travail. L'employeur ne peut imposer aux salariés la conclusion d'un avenant à leur contrat prévoyant la mise en place d'un régime de prévoyance.

Chaque salarié demeure libre d'accepter ou non une telle modification de son contrat de travail. En cas de refus, aucune sanction ne pourra être imposée au salarié.

PROCÉDURE SPÉCIFIQUE AUX MANDATAIRES SOCIAUX

Sources juridiques

Article 101 de la loi du 24 Juillet 1966 sur les sociétés commerciales :

« Toute convention intervenant entre une société et l'un de ses administrateurs ou directeurs généraux, doit être soumise à l'autorisation préalable du Conseil d'administration.

Il en est de même des conventions auxquelles un administrateur ou un directeur général est indirectement intéressé ou dans lesquelles il traite avec la société par personne interposée.

Sont également soumises à autorisation préalable, les conventions intervenant entre une société et une entreprise, si l'un des administrateurs ou directeurs généraux de la société est propriétaire, associé indéfiniment responsable, gérant, administrateur, directeur général ou membre du directoire ou du conseil de surveillance de l'entreprise. »

Article 110 de la loi du 24 juillet 1966 :

« Le Conseil d'administration élit parmi ses membres un président qui est, à peine de nullité de sa nomination, une personne physique. Il détermine sa rémunération.

Le président est nommé pour une durée qui ne peut excéder celle de son mandat d'administrateur. Il est rééligible.

Le Conseil d'administration peut le révoquer à tout moment. Toute disposition contraire est réputée non écrite. »

La loi du 24 juillet 1966 établit donc des procédures spécifiques aux mandataires sociaux pour que ceux-ci puissent bénéficier de contrats de prévoyance ou de retraite (la procédure est la même).

Cette procédure s'applique lorsqu'un contrat est susceptible de bénéficier aux mandataires sociaux de l'entreprise, sauf si ce contrat relève de la gestion normale et habituelle de l'entreprise (la jurisprudence a, toutefois, une interprétation restrictive de cette notion).

Cette procédure s'applique également pour la détermination de la rémunération des mandataires sociaux.

Selon la nature du contrat d'assurance et les circonstances de fait qui président à son élaboration (bénéfice du régime ouvert à tous les salariés ou limité à une population étroite), il doit être respecté l'une ou l'autre des procédures prévues par la loi.

À défaut, trois conséquences interviennent :

- le contrat est inopposable au mandataire social vis-à-vis duquel la procédure n'a pas été respectée ;
- les sommes engagées par l'entreprise, au titre de ce contrat, sont considérées comme des charges abusives de gestion et donc non déductibles du résultat fiscal ;

Article 39 du Code général des impôts

- les actes mis en œuvre constituent des abus de droit ou des abus de biens sociaux et sont susceptibles d'entraîner la responsabilité pénale de leurs auteurs.

Une régularisation de la procédure est cependant toujours possible a posteriori.

La circulaire N°DSS/SD5B/2013/344 du 25 septembre 2013 relative au décret n° 201225 du 9 janvier 2012 se rapportant aux modalités d'assujettissement aux cotisations et contributions de sécurité sociale des contributions des employeurs destinées au financement de prestations de retraite supplémentaire et de prévoyance complémentaire, précise que :

« L'exemption d'assiette sociale dont bénéficie le financement patronal des garanties de protection sociale complémentaire est réservée aux salariés, anciens salariés et ayants droit.

En conséquence :

- *les mandataires sociaux titulaires d'un contrat de travail bénéficient des mêmes garanties que l'ensemble des salariés ou, lorsque les garanties sont réservées à une ou plusieurs catégories établies dans les conditions rappelées ci-dessus, à raison de leur appartenance ou non, en tant que salariés, à cette ou ces catégories. En revanche, ils ne peuvent, en tant que tels et à eux seuls, constituer une catégorie objective pour le bénéfice de l'exemption d'assiette.*

- *les mandataires sociaux non titulaires d'un contrat de travail mais assimilés aux salariés en application de l'article L. 311-3 du Code de la Sécurité sociale peuvent être rattachés au contrat liant l'entreprise à l'organisme assureur lorsqu'une décision du conseil d'administration (ou équivalent) de l'entreprise le prévoit. Une copie du procès-verbal de la séance de l'organe gestionnaire actant cette décision est alors tenue à la disposition du contrôleur de l'URSSAF. Si le dispositif est réservé à une ou plusieurs catégories de salariés, les mandataires ne peuvent alors être rattachés au dispositif, pour le bénéfice de l'exemption d'assiette, que s'ils remplissent eux-mêmes le ou les critères retenus (par exemple, si la catégorie est établie à raison du critère n° 2, en fonction de la rémunération versée au mandataire). S'ils ne remplissent pas les critères, l'exemption d'assiette n'est pas appliquée pour la contribution employeur au titre du mandataire ;*

L'exemption d'assiette n'est pas en revanche remise en cause pour les autres salariés. Enfin et en tout état de cause, comme dans le cas précédent, les mandataires sociaux ne peuvent, en tant que tels et à eux seuls, constituer une catégorie objective. »

LETTRE CIRCULAIRE ACOSS N° 2014000002, DU 04 FÉVRIER 2014

La circulaire est disponible sur notre site à l'adresse suivante :

www.gereso.com/edition/docs-edition/pratique/prevoyance/docs/certificat-medical.pdf

« QR 17 : La circulaire ministérielle précise (§VII) que les mandataires non titulaires d'un contrat de travail peuvent être rattachés au contrat liant l'entreprise à l'organisme assureur lorsqu'une décision du conseil d'administration le prévoit. Qu'en est-il en l'absence d'une telle décision ?

En l'absence de décision du conseil d'administration, la seule hypothèse où le mandataire social peut être rattaché à une catégorie bénéficiaire d'un régime de protection sociale complémentaire, et la contribution patronale versée à son profit être exonérée, est l'hypothèse où la catégorie bénéficiaire du régime est définie par référence au champ de la convention AGIRC dans la mesure où les mandataires sociaux sont expressément visés à l'article 4 de cette convention.

Dans les autres cas, une décision du conseil d'administration est nécessaire.

Dans le cas où le régime est réservé à certaines catégories de salariés, le rattachement du mandataire est possible, pour le bénéfice de l'exemption d'assiette, à condition que le mandataire appartienne ou soit rattachable à la catégorie en cause (par exemple, à raison de sa rémunération, si la catégorie est définie à partir du critère n° 2 ; a contrario, un régime de retraite supplémentaire réservé aux ouvriers et employés au sens de la convention collective applicable n'autorise pas un rattachement du mandataire social à ce régime). »

OBLIGATION SPÉCIFIQUE AUX ASSOCIATIONS

Le conseil d'administration d'une association ayant souscrit un contrat d'assurance de groupe à adhésion facultative doit être composé, pour plus de la moitié, de membres sans lien depuis deux ans avec l'organisme d'assurances signataire du contrat. Cette mesure entrera en vigueur en juin 2007.

La loi n° 2005-1564 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance a été adoptée le 15 décembre 2005 - JO du 16 décembre 2005

☞ *Les assureurs ont adopté un engagement déontologique pour les contrats souscrits par des associations.*

Extrait de la lettre Assurer n° 54, septembre 2005 :

L'assemblée générale de la FFSA a adopté, le 21 juin 2005, un engagement déontologique relatif aux contrats d'assurance de groupe sur la vie à adhésion facultative souscrits par des associations.

Au moment de la souscription du contrat :

l'information due à l'assureur : les entreprises d'assurances s'engagent à ne souscrire ou à ne modifier de manière substantielle un tel contrat d'assurance que si les statuts de l'association (ou son règlement intérieur) indiquent son objet et les coordonnées de son siège social. Ces documents doivent, en outre, prévoir les ressources nécessaires au fonctionnement de l'association ainsi que l'établissement, par le conseil d'administration, d'un rapport annuel tenu à la disposition des adhérents.

■ l'information due à l'adhérent : l'association doit s'engager auprès de l'assureur à communiquer plusieurs informations à l'adhérent, dont le contenu de ses statuts, ou encore les conditions de résiliation ou de modification du contrat. L'adhérent doit aussi connaître les nom, profession et fonctions des membres du conseil d'administration de l'association. Enfin doivent lui être précisées les conséquences de l'éventuelle dissolution de l'association.

En cours de contrat

Les entreprises d'assurances s'engagent à veiller à ce que l'association transmette aux adhérents les informations annuelles prévues par le Code des assurances, les tienne informés des modifications et les justifie.

En cas de résiliation

Les entreprises d'assurances s'engagent à veiller à ce que les conditions et les conséquences de la résiliation du contrat soient communiquées à l'adhérent. Cet engagement est applicable depuis le 21 décembre 2005.

OBLIGATION ANNUELLE DE NÉGOCIATION SUR LA MISE EN PLACE D'UN RÉGIME DE PRÉVOYANCE MALADIE

La loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création de la Couverture Maladie Universelle (CMU) a instauré, dans son article 21, l'obligation pour toutes les entreprises soumises à l'obligation de négociation annuelle, d'aborder les modalités de mise en place d'un régime de prévoyance maladie lors de cette négociation, si les salariés ne bénéficient pas déjà d'un tel régime.

Par ailleurs, les conventions collectives nationales, pour pouvoir être étendues, devront obligatoirement prévoir l'accès à un régime de prévoyance maladie.

Article 22 de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999

Cette disposition devient caduque avec la loi sur « la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés », dans laquelle deux articles sont consacrés à la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé. Ces articles 1 et 2 de l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013, ou « accord sur l'emploi », vont en effet permettre à tous les salariés, y compris à ceux des petites et moyennes entreprises, d'être couverts par une « complémentaire santé d'entreprise » dont la moitié du coût (au minimum) sera payée par l'employeur, l'autre revenant au salarié. Cette obligation s'impose à tous les employeurs selon un calendrier et des modalités précises, avec un cahier des charges encore à définir.

Contenu de l'obligation annuelle de négociation

Le Code du travail prévoit que toutes les entreprises dotées d'au moins une section syndicale, doivent engager chaque année une négociation portant sur :

- les salaires ;
- la durée et l'organisation du temps de travail ;
- l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;
- l'intéressement, la participation et l'épargne salariale ;
- les travailleurs handicapés ;
- la mise en place d'un régime de prévoyance maladie (depuis la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999) ;

Ce nouveau sujet de négociation s'impose à l'entreprise si ses salariés ne sont pas couverts par un accord de branche ou d'entreprise définissant les modalités d'un régime de prévoyance maladie.

Entreprises concernées

Le Code du travail, assujettit à l'obligation annuelle de négociation toutes les entreprises dans lesquelles existe au moins une section syndicale d'organisations représentatives.

L'article L. 2242-1 précise qu'à défaut d'une initiative de l'employeur depuis plus de douze mois suivant la précédente négociation, celle-ci s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative.

La demande de négociation formulée par l'organisation syndicale est transmise dans les huit jours par l'employeur aux autres organisations représentatives.

Dans les quinze jours qui suivent la demande formulée par une organisation syndicale, l'employeur convoque les parties à la négociation annuelle.

Organisation de la négociation

La négociation doit être organisée chaque année, dans le délai d'un an à compter du début de la précédente négociation annuelle obligatoire.

C'est l'employeur qui prend l'initiative de convoquer les organisations syndicales. À défaut d'une initiative de l'employeur depuis plus de douze mois suivant la précédente négociation, celle-ci s'engage obligatoirement à la demande d'une organisation syndicale représentative.

La demande de négociation formulée par l'organisation syndicale est transmise dans les huit jours par l'employeur aux autres organisations représentatives. Dans les quinze jours qui suivent la demande formulée par une organisation syndicale, l'employeur convoque les parties à la négociation annuelle.

La négociation doit être en principe menée dans l'entreprise et non pas dans chacun de ses établissements.

Le calendrier des réunions (deux au minimum) est fixé par accord entre l'employeur et les représentants syndicaux. Les heures de négociation sont rémunérées comme du temps de travail.

Tant que la négociation est en cours, l'employeur ne peut prendre des décisions unilatérales collectives dans les matières en négociation ; il peut, en revanche, prendre des mesures individuelles.

Portée de l'engagement

L'engagement porte sur l'obligation de négocier.

Il n'existe pas d'obligation de résultat et la négociation peut aboutir à un désaccord constaté par procès-verbal, exposant les propositions de chacune des deux parties, ainsi qu'éventuellement les mesures que l'employeur entend appliquer unilatéralement.

L'accord collectif ou le procès-verbal de désaccord doit être déposé au greffe du Conseil des prud'hommes, ainsi qu'à la Direction Départementale du Travail.

Conventions collectives

L'article L. 2261-22 du Code du travail précise quelles sont les clauses obligatoires des conventions collectives nationales susceptibles d'extension, les modalités d'accès à un régime de prévoyance maladie et les modalités de mise en œuvre des dispositifs d'intéressement, de participation et d'épargne salariale, et les modalités de prise en compte dans la branche ou l'entreprise des demandes relatives aux thèmes de négociation émanant d'une ou des organisations syndicales de salariés représentatives.

MODALITÉS JURIDIQUES DE MISE EN PLACE

LA CONCLUSION DU CONTRAT D'ASSURANCE

Parallèlement à la mise en place de la couverture de prévoyance dans l'entreprise, l'employeur doit garantir les engagements ainsi pris.

Il peut le faire en souscrivant un contrat d'assurance auprès d'un organisme assureur (société d'assurances, institution de prévoyance, mutuelle).

Cette gestion externe est obligatoire lorsqu'il s'agit de prévoyance.

CONTENU DU CONTRAT D'ASSURANCE

Les garanties proposées dans les contrats collectifs sont le plus souvent des assurances multirisques associant au risque décès, les garanties incapacité de travail et invalidité, parfois complétées par le remboursement des frais médicaux et pharmaceutiques ou des compléments financiers en cas de dépendance.

L'assurance de groupe s'analyse, et ceci quels que soient les risques garantis, comme une assurance pour le compte, comme une stipulation du souscripteur au profit des membres du groupe : les assurés. Ces derniers stipulent à leur tour au profit du bénéficiaire des prestations, notamment en cas de décès. Rappelons que l'article L. 112.1 du Code des Assurances édicte que " le souscripteur d'une assurance contractée pour le compte de qui il appartiendra est seul tenu au paiement de la prime ".

Le contrat d'assurance doit précisément correspondre aux modalités de couverture de prévoyance telles que définies dans l'accord collectif, le référendum ou la décision unilatérale de l'employeur.

Par ailleurs, depuis le 1^{er} janvier 2002, la loi prévoit certaines contraintes telles que par exemple le maintien d'une garantie décès en cas d'incapacité ou d'invalidité au niveau atteint au jour de la résiliation. Les dispositions générales définissent les obligations réciproques, les garanties et les risques exclus. Les dispositions particulières précisent le choix des garanties, le montant des prestations, le montant des cotisations. L'assureur se réserve le droit de subordonner son acceptation à la production de toute information complémentaire qu'il juge nécessaire.

Les garanties de prévoyance sont définies, dans leur montant et leurs conditions d'attribution, par l'accord entre l'entreprise et l'organisme assureur. Les garanties sont les mêmes pour toutes les personnes, mais peuvent varier en fonction d'éléments objectifs tels que le traitement de référence, le capital emprunté, l'âge ou l'ancienneté ... sur lesquels la volonté des intéressés n'a pas d'influence directe.

Le contrat collectif garantit la (ou les) catégorie(s) désignée(s) à la souscription. Il a vocation à être obligatoire à l'égard des salariés, l'affiliation au régime devenant un élément constitutif du contrat de travail. Dans les contrats obligatoires, les garanties de prévoyance collective bénéficient à tous les salariés d'une même entreprise ou d'une même branche professionnelle, ou à une ou plusieurs catégories d'entre eux, définies de manière objective, générale et impersonnelle. À partir du moment où l'employeur contribue aux cotisations, tous les salariés concernés doivent adhérer au contrat de prévoyance mis en place dans l'entreprise ou la branche professionnelle (seuls peuvent y déroger les salariés présents dans l'entreprise au moment de la mise en place des garanties par décision unilatérale de l'employeur).

La tarification est calculée globalement pour l'ensemble du groupe (et non pas individu par individu). L'assureur ne peut faire des exclusions ou des restrictions pour un individu par rapport aux garanties contractuelles. Il peut refuser le risque dans son ensemble ou l'accepter pour la totalité des personnes concernées, aux conditions qu'il définira en ce qui concerne les garanties et leur tarification.

OBLIGATIONS DE L'ORGANISME ASSUREUR

L'organisme assureur doit rédiger une notice d'information résumant de façon très précise les conditions de couverture de la prévoyance. L'employeur la diffusera aux salariés avant leur adhésion au contrat.

Dans les contrats obligatoires de salariés

L'assureur ne peut faire des exclusions ou des restrictions pour un individu par rapport aux garanties contractuelles. Il peut refuser le risque dans son ensemble ou l'accepter pour la totalité des personnes concernées, aux conditions qu'il définira en ce qui concerne les garanties et leur tarification.

Il ne peut exclure de la garantie "frais médicaux", les conséquences de telle ou telle maladie dès lors que celle-ci est prise en charge par le régime général de la Sécurité Sociale.

Il doit prendre en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat ou de la convention ou à l'adhésion, sous réserve "des sanctions prévues en cas de fausse déclaration"

Article 2 - Loi Évin

Il doit prévoir, dans les contrats, les modalités et les conditions tarifaires permettant le maintien de garanties (article 4 - Loi Évin) au bénéfice :

- des anciens salariés (retraités, chômeurs, bénéficiaires d'une rente d'incapacité ou d'invalidité) qui en font la demande dans les six mois qui suivent la rupture de leur contrat de travail, sans condition de période probatoire ni questionnaire ou examen médical et sans condition de durée ;
- aux ayants droit de l'assuré qui en font la demande dans les six mois suivant le décès ; ce maintien de garantie doit être accordé pour une durée minimum de douze mois à compter du décès.

Il doit prévoir (article 5 Loi Évin) le délai de préavis applicable à la résiliation ou au non-renouvellement ainsi que les modalités et les conditions tarifaires permettant le maintien des garanties, sans condition de période probatoire ni questionnaire ou examens médicaux, au profit des salariés concernés, sous réserve qu'ils en fassent la demande avant la fin du délai de préavis.

Dans les contrats facultatifs de salariés et en prévoyance individuelle

L'assureur peut être plus sélectif à l'entrée (souscription) mais il doit ensuite accorder une garantie viagère (dans les entreprises il peut s'agir par exemple d'un contrat collectif souscrit par un comité d'entreprise ou de contrats individuels souscrits au profit de tel ou tel salarié).

Il peut inscrire une liste de maladies dont il ne prendra pas en charge les conséquences, que celles-ci soient révélées antérieurement ou postérieurement à la souscription du contrat. En revanche, il lui est interdit (article 3 - Loi Évin) de stipuler une clause d'exclusion générale de la prise en charge des états pathologiques.

Pendant une période de deux ans - après l'entrée dans le groupe ou la souscription du contrat - l'assureur peut ajuster son tarif en fonction de l'état de santé de l'assuré ou résilier le contrat. Après deux ans, toute résiliation devient impossible. La garantie est acquise à l'assuré tant qu'il paye sa cotisation (garantie viagère).

Les garanties accidentelles sont acquises dès la souscription du contrat. En revanche, les autres garanties ne sont acquises qu'après réception de la demande d'affiliation par l'assureur et acceptation du dossier médical.

Pour la maladie (frais médicaux), les prestations ne sont en général dues qu'à l'expiration d'une période variable - délai de carence - selon les contrats et (éventuellement) selon les maladies.

En ce qui concerne les indemnités quotidiennes, la franchise est importante et le montant maximum est celui de la prestation servie.

La portabilité de la prévoyance et de la santé : pour les contrats à adhésion obligatoire

Après plusieurs reports, le dispositif de portabilité de la prévoyance prévu par l'accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2009.

Il prévoit qu'en cas de rupture du contrat de travail ouvrant droit à prise en charge par le régime d'assurance chômage (et sauf faute lourde), le salarié conserve le bénéfice des couvertures complémentaires « santé » et « prévoyance » appliquées par son ancienne entreprise, pendant sa période de chômage.

ANI du 11 janvier 2008, art. 14 ; arrêté du 23 juillet 2008, JO du 25

Le droit au maintien des couvertures complémentaires « santé » et « prévoyance » est ouvert en cas de rupture du contrat de travail ouvrant droit à la prise en charge par l'assurance chômage, sauf faute lourde du salarié. Ce maintien ne peut intervenir que pendant une période de chômage ; l'ancien salarié doit donc fournir la justification de sa prise en charge par le régime d'assurance chômage.

Le maintien de la couverture s'applique pour des durées égales à la durée du dernier contrat de travail, appréciée en « mois entiers », dans la limite de 9 mois.

En cas de cessation du versement des allocations d'assurance chômage pendant la période de garantie, l'ancien salarié est tenu d'en informer son ancien employeur.

Le mécanisme concerne les garanties des couvertures complémentaire santé et prévoyance appliquées dans l'entreprise avant la fin du contrat de travail, qu'elles soient obligatoires ou facultatives, à condition que les droits à couverture complémentaire aient été ouverts chez le dernier employeur.

Les organismes assureurs doivent fournir aux employeurs des notices d'information sur les systèmes de prévoyance, mentionnant les conditions de la portabilité, que l'entreprise remet aux salariés.

A leur départ de l'entreprise, les salariés doivent être informés de leurs droits. Ils peuvent renoncer au maintien des garanties. Cette renonciation, définitive et portant sur l'ensemble des garanties, doit être notifiée par écrit à l'ancien employeur, dans les 10 jours suivant la date de cessation du contrat de travail.

Ce système peut être financé soit un financement conjoint par l'ancien employeur et l'ancien salarié dans les mêmes proportions et conditions que celles applicables pendant le contrat de travail, soit un financement par un système de mutualisation mis en place par accord collectif ou, à défaut, selon les modalités prévues par le code de la Sécurité sociale pour les accords de prévoyance. Le non-paiement par l'ancien salarié de sa quote-part à la date d'échéance des cotisations libère l'ancien employeur de toute obligation. Le bénéfice des garanties est alors perdu pour la période restant à courir.

Il est possible de mettre en place un mécanisme dans lequel la totalité des cotisations est appelée à la rupture du contrat de travail. Dans ce cas, si l'ancien salarié vient à reprendre une activité professionnelle pendant la période de portabilité, l'employeur est tenu, sur simple demande, de lui rembourser le trop versé correspondant.

A noter que l'article 4 de la loi Évin ne concerne que les couvertures de complémentaire santé d'entreprise alors que l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 prévoit un droit à portabilité plus large, qui concerne toutes les garanties prévoyance et santé mises en place dans l'entreprise.

Les deux dispositifs se distinguent également par la durée de maintien des garanties. Alors que la portabilité des garanties de l'article 14 de l'ANI est temporaire (1 à 9 mois), les garanties santé sont maintenues sans condition de durée avec l'article 4 de la loi Évin. Il suffit que l'ancien salarié en fasse la demande dans les 6 mois qui suivent la rupture du contrat de travail.

Par ailleurs, le financement des garanties maintenues, est plus généreux pour l'ancien salarié dans le cadre de l'ANI, puisqu'il est assuré par un système de mutualisation, ou conjointement par l'ex-employeur et l'ancien salarié, dans les mêmes proportions et dans les mêmes conditions qu'antérieurement. A l'inverse, l'article 4 de la loi Évin prévoit que le salarié supporte seul la totalité de la cotisation, mais celle-ci ne doit pas être supérieure de plus de 50 % aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs.

Enfin, le point de départ du maintien des garanties n'est pas le même dans les deux dispositifs. C'est la date de cessation du contrat de travail qui est retenue à l'article 14 de l'ANI. A l'article 4 de la loi Évin, le point de départ du maintien de droit au remboursement de frais de soins de santé intervient à la demande de l'ancien salarié qui dispose d'un délai de 6 mois à compter de la rupture de son contrat de travail pour formuler sa demande.

Le mécanisme de portabilité de l'article 14 de l'ANI sera donc mis en place à la rupture du contrat de travail.

Le dispositif de maintien de garantie complémentaire santé de l'article 4 de la loi Évin prendra la suite après l'expiration des droits à portabilité de la couverture de frais de santé.

La durée de portabilité au titre de l'article 14 de l'ANI peut être inférieure ou supérieure au délai de 6 mois pendant lequel les anciens salariés peuvent demander le maintien de leur couverture de frais de santé au titre de l'article 4 de la loi Evin. En l'absence d'un quelconque aménagement de l'article 4 de la loi Evin, il reste préférable que les intéressés effectuent leur demande de maintien de couverture dans le délai prévu par la loi Evin. Ce délai de 6 mois n'est en effet pas suspendu par la durée de portabilité prévue par l'article 14 de l'ANI.

Source CTIP

L'entrée en vigueur de l'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2013 prévoit **désormais que seul le financement par mutualisation (soit un préfinancement par les actifs) de la portabilité des droits Santé et Prévoyance soit possible** (opposable 1 an après l'entrée en vigueur de l'ANI en Santé et dans les 2 ans en Prévoyance).

Le cofinancement au moment du départ du salarié, prévue par l'ANI du 11 janvier 2008 est supprimé. Une possibilité qui, dans les faits, pouvait s'avérer dissuasive pour certains salariés, l'entreprise exigeant souvent le paiement de l'ensemble de la participation salarié au moment de leur départ prélevée sur le solde de tout compte.

La durée maximale de la portabilité est portée de 9 à 12 mois.

Le calcul reste le même que le dispositif actuel : la durée dépend du nombre de mois d'ancienneté dans l'entreprise dans la limite de 12 mois.

Ainsi, un demandeur d'emploi de moins de 50 ans, indemnisé 24 mois au plus, bénéficiera d'une couverture Santé et Prévoyance « gratuite » (pré-financée) pendant la moitié de sa durée d'indemnisation (un tiers de son indemnisation de 36 mois pour un demandeur d'emploi de 50 ans ou plus) pour autant qu'il ait eu une ancienneté de 12 mois ou plus dans son dernier emploi.

Ainsi la portabilité à 12 mois ne s'appliquera pas dès l'entrée en vigueur de la Loi laissant un temps d'adaptation aux branches et entreprises.

Ces nouvelles dispositions sont aussi l'occasion d'articuler l'obligation de maintien des garanties Santé issue de l'article 11 de la Loi Evin (garanties identiques au tarif de 150 % de celui dans l'entreprise) pesant sur les organismes assureurs avec la portabilité des droits.

Ainsi, le demandeur d'emploi indemnisé doit faire sa demande de maintien "Evin" au cours de sa période de portabilité (pour rappel, portabilité calculée par mois d'ancienneté dans l'entreprise dans la limite de... 12 mois d'ici juin 2014 en Santé et juin 2015 en Prévoyance lourde) .

LES EX-SALARIÉS SONT MOINS CONSOMMATEURS DE SOINS

Les salariés – lorsqu'ils quittent leur entreprise - dépensent beaucoup moins en frais de santé. « Contre toute attente, bien qu'ils bénéficient de la portabilité des droits pendant neuf mois, ces personnes éligibles au dispositif de l'**accord national interprofessionnel** (ANI) de 2008 consommeraient en moyenne **20 % de moins** que les salariés actifs », explique le directeur technique prévoyance, santé et dépendance de Mercer. Et d'ajouter : « En fait, on remarque que les gens qui étaient rentrés dans ce dispositif de portabilité des droits n'étaient pas toujours au courant de son fonctionnement, notamment lorsqu'il y avait une mutualisation. Beaucoup d'ailleurs ont fait "le plein des recours aux soins" , avant de quitter l'entreprise ». Dans ces conditions, pas étonnant qu'en optique, les prestations complémentaires annuelles des salariés (143,48€) soient beaucoup plus élevés que celles des bénéficiaires de la portabilité des droits (116,63 %).

	Salariés	Ex Salariés
Forfait Hospitalier	8,65 €	9,30 €
Consultations Généralistes	23,48 €	14,76 €
Consultations Spécialistes	37,35 €	33,82 €
Pharmacie	65,51 €	37,16 €
Kinésithérapeute	14,32 €	10,53 €
Optique	143,48 €	116,63 €
Prothèse Dentaires	88,32 €	82,74 €

OBLIGATIONS DE L'ENTREPRISE

L'entreprise s'oblige à justifier à tout moment de ses déclarations. En cas d'omission ou de déclaration inexacte par l'entreprise, l'assureur est en droit, soit d'annuler le contrat en vertu des articles 1109 et 1110 du Code civil, soit d'en poursuivre l'exécution aux nouvelles conditions qu'il fixera.

Dans les contrats obligatoires, la contractante s'engage à affilier obligatoirement tout salarié appartenant à la catégorie de personnel définie aux dispositions particulières.

Elle s'engage également à remettre à chaque assuré un exemplaire de la notice d'information établie par l'assureur. La preuve de la remise de la notice à l'assuré et de l'information relative aux modifications contractuelles incombe à l'entreprise contractante.

Elle s'engage à payer l'intégralité des cotisations, alors même qu'elle en précompte une partie sur les rémunérations.

PROTECTION DES ASSURÉS

Deux sortes de dispositions spécifiques sont destinées à renforcer la protection des assurés dès le moment de leur adhésion. Ces dispositions intéressent l'information des assurés d'une part et la sélection des risques par l'assureur d'autre part.

L'adhérent est tenu de :

- remettre à chacun des assurés, une notice établie par l'assureur qui définit les garanties et leurs modalités d'entrée en vigueur, ainsi que les formalités à accomplir en cas de sinistre ;
- informer par écrit les assurés des modifications qu'il est prévu, le cas échéant, d'apporter à leurs droits et obligations.

La preuve de la remise de la notice à l'assuré et de l'information relative aux modifications contractuelles incombe à l'adhérent.

Aux termes de l'article 12 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 - JO 2 janvier 1990 :

“ Le souscripteur d'une convention ou d'un contrat conclu avec un organisme appartenant à l'une des catégories mentionnées à l'article 1^{er} de la présente loi, en vue d'apporter à un groupe de personnes une couverture contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, est tenu de remettre à l'adhérent une notice d'information détaillée qui définit notamment les garanties prévues par la convention ou le contrat et leurs modalités d'application. Le souscripteur est également tenu d'informer préalablement par écrit les adhérents de toute réduction des garanties visées à l'alinéa précédent ”.

Ces dispositions sont applicables à tous les contrats de prévoyance complémentaire, qu'ils soient souscrits auprès d'une mutuelle, d'une institution de prévoyance ou d'une société d'assurance.

De plus, les articles L. 141-4 du Code des assurances et L. 932-15 du Code de la Sécurité sociale, définissent strictement le contenu de la notice à leur remettre, en indiquant que celle-ci doit préciser les garanties offertes et leurs modalités d'entrée en vigueur, ainsi que les formalités à accomplir en cas de sinistre.

D'autre part, il impose au souscripteur d'informer par écrit les adhérents, non seulement des modifications contractuelles de nature à entraîner des réductions de garanties, mais plus généralement de toute novation qu'il est prévu d'apporter à leurs droits et obligations.

Enfin, dans l'hypothèse où le régime résulte d'une décision unilatérale de l'employeur, ce dernier doit, conformément à l'article L. 911-1 du Code de la Sécurité sociale, remettre à chacun des salariés intéressés un document écrit précisant le contenu de la couverture, le taux de cotisation et la répartition de la part patronale et de la part salariale.

Par ailleurs, depuis la loi 15 décembre 2005, portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'assurance la loi prévoit, pour les contrats individuels et à compter du 1^{er} mars 2006, la remise, contre récépissé, d'une note d'information sur les conditions d'exercice de la faculté de renonciation et sur les dispositions essentielles du contrat. Toutefois, pour les contrats comportant une valeur de rachat ou de transfert, la proposition ou le projet de contrat vaudra note d'information à condition qu'il donne, dans un encadré inséré en début du document et en caractères très apparents, certaines informations telles que le montant des frais, les garanties, les modalités de désignation des bénéficiaires... Un encadré devra également figurer en début de notice des contrats d'assurance de groupe à adhésion facultative.

SÉLECTION DES RISQUES

La loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, JO 2 janvier 1990, a limité les possibilités offertes aux assureurs de sélectionner les risques qu'ils souhaitent prendre en charge, en précisant les conditions dans lesquelles ils doivent obligatoirement garantir les suites des maladies contractées antérieurement à l'adhésion. Le dispositif ainsi mis en place distingue selon qu'il s'agit d'un contrat à adhésion obligatoire ou à adhésion facultative.

Dans les Contrats à adhésion obligatoire

Conformément à l'article 2, lorsque le contrat de prévoyance est à adhésion obligatoire, l'assureur n'a pas la faculté de refuser un adhérent au motif que celui-ci présenterait une pathologie antérieure à l'adhésion.

Si le contrat a pour objet le remboursement de frais médicaux, il n'a pas de possibilité d'exclure de la garantie les pathologies ou affections qui ouvrent droit au service de prestations en nature de l'assurance maladie du régime général de Sécurité sociale.

Un assureur peut donc être tenu de garantir, par exemple, le remboursement de frais médicaux et le règlement d'indemnités journalières au profit d'un assuré déjà atteint d'une pathologie au moment de l'adhésion. Cela apparaît contraignant. Toutefois, ces dispositions n'empêchent pas l'organisme assureur de refuser d'assurer un groupe donné, de soumettre les personnes composant le groupe assurable à un examen médical pour proposer le niveau de tarification approprié ou encore de déterminer librement les clauses et conditions du contrat en excluant globalement certains événements ou certaines pathologies.

Par ailleurs, il résulte de la jurisprudence que, l'assureur n'est pas tenu de prendre en charge les sinistres déjà existant lors de la souscription, mais seulement les conséquences futures et non encore révélées des pathologies antérieures de l'assuré.

Dans les Contrats à adhésion facultative et en prévoyance individuelle

La sélection médicale est plus contraignante que celle des contrats obligatoires et des délais de carence et de franchise sont généralement appliqués.

Elle se fait d'après les questionnaires d'état de santé, questionnaires médicaux, et examens médicaux éventuels.

Elle entraîne un taux de surprime ou une prime individuelle correspondant à un âge supérieur à celui de l'assuré, une limitation des garanties, un délai de carence en maladie, une période de franchise en incapacité et invalidité, ou un refus d'assurance.

☞ *Lorsqu'il y a souscription par des associations, le conseil d'administration d'une association ayant souscrit un contrat d'assurance de groupe à adhésion facultative doit être composé, pour plus de la moitié, de membres sans lien depuis deux ans avec l'organisme d'assurances signataire du contrat. Cette mesure entrera en vigueur en juin 2007. Certaines dispositions de la loi exigent, pour être applicables, la publication d'arrêtés ou de décrets.*