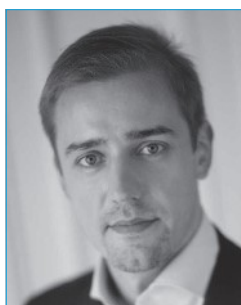




Complémentaire santé : de l'apparente quiétude à l'exaspération ?



François LUSSON
Directeur Général
d'Actense



Frank WISMER
Avocat associé, Cabinet Fromont
Briens



Jean-René Le MEUR
Responsable du Pôle Social
FNOGEC

Prévue depuis la loi de sécurisation de l'emploi (LSE) du 14 juin 2013, la généralisation de la complémentaire santé est entrée en vigueur le 1^{er} janvier dernier, quelques heures après la publication d'un décret d'application. La réforme permanente est source d'une complexité proche de la caricature. Généralisation, contrat responsable, désignation et recommandation d'organisme assureur : il est temps de prendre de la hauteur pour essayer de sortir de ce brouillard réglementaire.

Après une présentation succincte du dispositif, revue de détail des principales mesures qu'il devient urgent de s'approprier.

Réglementation pléthorique voire contradictoire, mesures échelonnées dans le temps : l'organisation de la protection sociale complémentaire dans l'entreprise est devenue un véritable casse-tête pour les DRH. Pour aider à démêler l'écheveau, Jean-René Le Meur interroge deux spécialistes de la matière.

UN CONTEXTE EMBRUMÉ

Jean-René Le Meur : La loi de financement de la sécurité sociale pour 2016 interroge les pratiques des entreprises en matière de complémentaire santé. Avant d'évoquer certaines de ses dispositions, sans doute est-il important

de revenir sur le proche passé pour en comprendre les enjeux. Où en étions-nous avant la LFSS ?

Frank Wismer : Depuis le début de l'année 2013 et la conclusion de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013, le monde de la complémen-

taire santé vit un chamboulement permanent autour de trois axes :

- la transcription, dans l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale, de la généralisation de la complémentaire santé à effet du 1^{er} janvier 2016 ⁽¹⁾ ;
- la modification des conditions générales d'exonération de cotisations de sécurité sociale, notamment par un décret du 8 juillet 2014 ;
- la refonte du cahier des charges des contrats responsables conditionnant également le traitement social et fiscal de faveur.

Ces trois réformes ont leur propre calendrier, leur période transitoire, s'accompagnent de décrets d'application, de circulaires d'interprétation. Cela donne une sensation d'instabilité permanente qui finit par user la patience des entreprises et des professionnels de l'assurance et, qui sait, peut-être également celles des inspecteurs des Urssaf !

J.-R. L. M. : Pouvez-vous illustrer ces difficultés d'application ?

F. W. : La date d'effet du nouveau cahier des charges des contrats responsables, applicable aux contrats d'assurance souscrits ou renouvelés à compter du 1^{er} avril 2015 (ce qui aboutit à l'imposer au 1^{er} janvier 2016 pour les contrats préexistants), est reportée au 31 décembre 2017 pour les dispositifs d'entreprise dont l'acte de formalisation (l'accord de branche ou d'entreprise, l'accord référendaire ou la décision unilatérale de l'employeur) est intervenu avant le 9 août 2014.

Mais ce délai de transition peut s'achever plus tôt si cet acte est modifié dans l'intervalle. Il en résulte des débats nourris sur les hypothèses de sorties de cette période, que la Direction de la sécurité sociale (DSS) a plusieurs fois alimenté, en dernier lieu dans son récent courrier « *questions-réponses* » du 29 décembre 2015.

La LSE imposait aux branches professionnelles qui n'avaient pas institué un dispositif répondant aux exigences de la généralisation d'ouvrir des négociations à ce sujet.

On pouvait s'attendre à une déferlante d'accords en la matière. Tel ne fut pas le cas !

Cela s'explique principalement par les décisions du Conseil constitutionnel des 13 juin et 18 octobre 2013 ⁽²⁾ qui ont jugé inconstitutionnelle la pratique des clauses de désignation d'organisme assureur. En dépit des espoirs des plus ardents défenseurs de la pratique, récemment attisés par le « *rapport Libault* », le législateur en a tiré les enseignements et réécrit l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale. Ce dernier ne permet désormais aux branches que de recourir à la recommandation d'organisme assureur, sans valeur contraignante.

Là encore, une loi et des décrets ont été nécessaires pour organiser ce nouveau système, et le temps nécessaire pour les publier a eu pour effet, le plus souvent, de retarder la conclusion d'accords.

Cette actualité nous a mené, de projets de textes ou de circulaires en parutions officielles, jusqu'à aujourd'hui. Le moins que l'on puisse dire est que la discipline ne connaît pas l'immobilité !

J.-R. L. M. : Quels sont les apports de la LFSS pour 2016 ?

F. W. : L'article 34 de cette loi ⁽³⁾ réécrit l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale et y ajoute un nouvel article L. 911-7-1.

Le premier, qui organise la généralisation de la complémentaire santé, est modifié principalement sur deux points :

- d'une part, il impose désormais que « *l'employeur assure au minimum la moitié du financement de la couverture collective à adhésion obligatoire des salariés en matière de remboursement complémentaire des frais [de santé]* ». On ne peut plus soutenir que ce financement patronal ne porte que sur la couverture minimale du panier de soins ;
- d'autre part, il organise deux séries de dispenses d'adhésion de droit, c'est-à-dire pouvant être exigées par les salariés qui en remplissent les conditions. La première vise ceux en CDD ou sous contrat de mission dont la durée d'adhésion théorique au régime d'entreprise serait inférieure à

(1) L. n° 2013-504, 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi.

(2) Cons. Const. n° 2013-672 DC, 13 juin 2013 ; Cons. Const., n° 2013-349 QPC, 18 oct. 2013.

(3) L. n° 2015-1702, 21 déc. 2015, de financement de la sécurité sociale pour 2016.

trois mois, et qui justifient disposer par ailleurs d'une couverture « responsable ». La seconde concerne certaines catégories de salariés dont la liste est fixée par décret ⁽⁴⁾, justifiant disposer d'une couverture alternative.

De son côté, l'article L. 911-7-1 du Code de la sécurité sociale organise ce que la pratique appelle le « *chèque santé* » ou encore le « *versement santé* ».

Il s'agit d'une aide financière mise à la charge de l'entreprise ayant pour objet d'améliorer les conditions matérielles des salariés en CDD ou des intérimaires, dispensés d'adhésion en application de l'article L. 911-7, ou encore de certains CDD, contrats de travail temporaires ou à temps partiel faisant l'objet le cas échéant d'une exclusion du régime par un accord de branche ou, à défaut, par accord d'entreprise.

Ce versement prend la forme d'une somme correspondant à la participation patronale versée dans le cadre du régime collectif, leur permettant de financer une couverture individuelle de frais de santé.

La détermination de son montant est régie par un nouvel article D. 911-8 du Code de la sécurité sociale, qui ne brille pas par sa simplicité.

DISPENSES D'ADHÉSION

J.-R. L. M. : De quoi s'agit-il ?

F. W. : Ces dispenses doivent être distinguées de celles résultant de l'article R. 242-1-6 du Code de la sécurité sociale, lesquelles sont fixées dans l'acte de formalisation du régime.

En d'autres termes, mis à part le refus du précompte d'une cotisation salariale instituée par décision unilatérale de l'employeur, les dispenses étaient jusqu'alors à la main de ce dernier (et de ses éventuels partenaires sociaux). Désormais, trois familles de dispenses doivent être distinguées :

– les salariés précaires à contrat très court ⁽⁵⁾ (CDD et contrats de travail temporaires) ;

⁽⁴⁾ D. n° 2015-1883, 30 déc. 2015, pris pour l'application de l'article 34 de la loi n° 2015-1702, de financement de la sécurité sociale pour 2016.

⁽⁵⁾ Visés à CSS, art. L. 911-7.

– les salariés couverts par ailleurs ⁽⁶⁾ ;

– et enfin les cas de dispenses de l'article R. 242-1-6 « *à la main de l'entreprise* » et qui doivent être prévus dans l'acte. Ces derniers ne concernent plus que le refus du précompte de la cotisation salariale pour les hypothèses non régies par l'article 11 de la loi Évin (retraite supplémentaire et régime financé entièrement par l'employeur), les CDD et apprentis de moins de 12 mois sans justificatif de couverture, les CDD et apprentis de plus de 12 mois devant justifier d'une couverture individuelle, et les salariés à temps partiel et apprentis dont la cotisation salariale est supérieure à 10 % de leur rémunération brute.

L'intégralité des dispenses (celles de droit ou celles à organiser par l'employeur) est compatible avec le bénéfice de l'exonération Urssaf, sous réserve que l'entreprise ait conservé les justificatifs.

J.-R. L. M. : Quittons un instant le terrain juridique. Ne croyez-vous pas que ces évolutions soient porteuses de conséquences techniques non négligeables ?

F. W. : Dans certains cas spécifiques, on peut le penser s'agissant des arbitrages menés jusqu'alors, lesquels peuvent s'en trouver largement perturbés.

Des équilibres techniques partant des cotations de couvertures ont été arrêtés sur la base d'un certain nombre de salariés affiliés (*Ndlr : voir encadré ci-après sur la vision de François Lusson*).

En cas de dispense massive, des risques d'anti-sélection peuvent survenir. Toute la question consistera à déterminer si la hausse des cotisations, induite à terme, sera compensée par la réduction des contributions patronales que l'entreprise ne paiera pas aux « dispensés » non éligibles au versement santé.

De ces trois familles de dispense, on réservera une attention toute particulière pour la première, les CDD et contrats de travail temporaires dont la durée d'adhésion au régime d'entreprise est inférieure à trois mois et qui bénéficient par ailleurs d'une couverture santé responsable, puisque ces derniers peuvent être éligibles au « versement santé » régi par l'article L. 911-7-1 du Code de la sécurité sociale.

⁽⁶⁾ CSS, art. D. 911-2.

L'APPROCHE DE FRANÇOIS LUSSON : DISPENSES DE DROIT, « CHÈQUE SANTÉ », QUEL IMPACT TECHNIQUE ET FINANCIER ?

J.-R. L. M. : François Lusson, en tant qu'actuaire conseil de grandes entreprises, de différents groupes et branches, quelle analyse portez-vous ? Quel pourrait être l'impact technique ou financier de ces modifications législatives ?

François Lusson : L'impact peut être réel, mais il doit être appréhendé, à ce stade de la connaissance des nouvelles dispositions légales et réglementaires, avec une humilité certaine.

L'incidence peut être *a priori* :

- technique, c'est-à-dire peser sur l'équilibre du régime mesuré par son « *rapport Sinistres à Primes* » (S/P) ;
- ou financière, en considérant l'évolution des contributions de l'employeur.

Sur le premier point, l'impact sur l'équilibre du régime, on peut utilement rappeler les conséquences de l'ANI sur la portabilité entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014.

Le dispositif (à l'époque présenté comme « *à titre gratuit* ») était en pratique préfinancé par la collectivité (employeur/salariés) et avait donné lieu à une « *contribution* » technique par les organismes assureurs (fonction des secteurs et des entreprises). Cette tarification était plus ou moins communiquée dans le détail aux entreprises souscriptrices. Et que peut-on en dire ?

À ce jour, les seuls régimes qui peuvent, après deux ans d'expérience de la nouvelle portabilité, émettre une opinion sur le vrai prix du risque, sont ceux, souvent par l'intermédiaire de leurs conseils, qui ont eu accès à l'information « *en ligne à ligne* » (que consomment les « *portés* » ? Changent-ils leur consommation pendant leur phase de portabilité ?...).

Il convient de sortir des intuitions, voire des incantations, pour privilégier une démarche permettant d'objectiver leur véritable impact sur le régime (à la fois le S et le P). Le vrai prix est fonction du secteur, de l'âge, du *turnover*...

Par exemple, les plus jeunes consomment moins et ont souvent un plus grand *turnover*.

Mais sont-ils plus sensibles à l'éventuel effet d'aubaine les poussant à consommer dans une complémentaire qu'ils quittent, alors même qu'elle est d'un bon niveau et qu'ils disposent de temps ? Ou réciproquement, sentant leurs finances plus contraintes pendant leur période d'indemnisation par Pôle emploi, limitent-ils leur consommation ?

La question d'une éventuelle anti-sélection se pose réellement, mais il n'y a pas, après deux ans d'expérience, de conclusion généralisable à toutes les entreprises et tous les secteurs. Rien ne vaut une approche permettant d'accéder aux données et de mesurer les raisonnements dans l'espace (d'une entreprise à l'autre, d'un secteur à l'autre) et dans le temps (au fil des ans et... en tenant compte de la diffusion progressive de l'information auprès des personnes concernées).

Dans le cas des **dispenses**, même humilité et même approche pratique. La disparition des ressources que sont les cotisations des nouveaux dispensés va engendrer une disparition des emplois (les sinistres de ces nouveaux dispensés). Mais le S/P ainsi calculé est-il supérieur ou inférieur à celui des salariés restant dans le dispositif ? Difficile d'apporter *ex ante* une conclusion tranchée.

On peut toujours imaginer « pister » à compter de 2016 les cotisations et les consommations observées jusqu'en 2015 des nouveaux dispensés en 2016. Encore faut-il déjà disposer d'un suivi statistique très fin... et considérer des régimes dans lesquels les dispenses sont nouvelles (dispenses qui ne seraient pas prévues dans les actes fondateurs des régimes en vigueur avant la parution des nouveaux textes).

Le cas emblématique qui vient en premier à l'esprit concerne les **régimes tarifés en « famille obligatoire »** (cotisations uniformes famille), sans dispense prévue dans l'accord et qui deviennent d'ordre public à effet du 1^{er} janvier 2016.

En toute logique, les cotisations de ces nouveaux « dispensés de droit » vont disparaître, alors même que ces salariés ne figuraient jamais ou alors rarement (en second niveau après l'intervention de l'organisme assureur de leur conjoint) dans les fichiers de prestations. Dans ce cas de figure, de manière systématique, le rapport S/P sera appelé à croître.

Indépendamment du régime assuré, se pose la question de l'impact financier pour l'employeur. Au premier ordre, le « chèque santé » apparaît comme une surcharge financière, sauf à ce qu'il vienne en lieu et place d'un financement employeur pour des salariés jusqu'alors non dispensés.

Le vrai coût final pour l'employeur devra être apprécié sur le seul périmètre des salariés non couverts par leur conjoint ou par un contrat aidé CMU/ACS et qui souhaitent disposer du chèque santé (dès lors qu'ils sont bénéficiaires d'un contrat individuel responsable). L'impact financier est donc délicat à appréhender avant l'expérience et l'analyse sur pièces.

En revanche, il existe une charge souvent ignorée qui est celle du coût de gestion pour l'employeur. Ce dernier devra exercer sa « fonction dépositaire » de recueil des dispenses tous les ans, ainsi que le stockage pendant la période non prescrite des éventuels contrôles des Urssaf. Ce nouveau travail incombe à ceux dont le texte fondateur ne prévoyait pas les cas de dispense qui deviennent désormais de droit.

On notera également une autre génération de charge : celle consistant à devoir gérer en paie le calcul du « chèque santé » qui, par nature, est un calcul à la fois individuel et mensuel. Et donc coûteux en logistique et en temps. ♦

MINIMUM DE CONTRIBUTION PATRONALE À 50 % DE LA COTISATION

J.-R. L. M. : *La LFSS généralise une prise en charge patronale à 50 %. Dans l'idée que chacun s'en faisait, n'était-ce pas déjà le cas ?*

F. W. : Tout dépend de quoi l'on parle.

Rappelons qu'à l'origine l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale imposait à l'employeur de prendre en charge la moitié de la couverture minimale, c'est-à-dire du coût du « panier de soins », propre à la généralisation, au profit du seul salarié, de telle sorte que les entreprises pouvaient décider de financer moins de la moitié d'une couverture mieux-disante.

Mais le législateur a entendu contraindre davantage ces dernières. L'article L. 911-7 dispose désormais, sans distinction, que « l'employeur assure au minimum la moitié du financement de la couverture collective à adhésion obligatoire des salariés en matière

de remboursement complémentaire des frais [de santé] ».

J.-R. L. M. : *Quelles pourraient-êtré les conséquences ?*

F. W. : L'enfer est parfois pavé de bonnes intentions et on peut craindre que cette évolution conduise certaines entreprises à réduire les garanties pour que leur financement initial puisse constituer 50 % de la prime globale.

Il peut en résulter une paupérisation des régimes, laissant les dispositifs haut de gamme accessibles par des options coûteuses que seuls certains salariés pourront financer.

On ajoutera que l'éventuel accroissement du financement patronal constituera une augmentation d'impôt, ce qui ne semblait plus être à l'ordre du jour des intentions des plus hautes instances de l'État. On est d'ailleurs surpris que l'opposition n'ait pas porté ce sujet sur le devant de la scène.

J.-R. L M : *Et les DRH devront ouvrir un débat alors même qu'ils ne souhaitent pas aborder la question avant 2017...*

F. W. : En effet, cela peut avoir un effet sur des régimes préexistants, parfois très anciens. Et, vous avez raison, bon nombre d'entreprises ne souhaitent pas ouvrir le chantier de la complémentaire santé pour retarder l'application du nouveau cahier des charges des contrats responsables.

Rappelons toutefois que la DSS a admis que la modification de la répartition de la contribution globale ne constituait pas un motif de sortie de la période transitoire des « contrats responsables ». Mais la modification de ces répartitions posera des problèmes d'équilibre, surtout si cela s'applique aux régimes de type « isolé/famille ».

J.-R. L. M. : *Voulez-vous dire que les entreprises devraient contribuer à 50 % sur les cotisations « famille » obligatoires ?*

F. W. : Cette question peut en effet se poser.

La loi impose que le financement patronal minimal porte sur la couverture obligatoire « des salariés »

La DSS en déduit que cette obligation porte également sur le financement obligatoire des ayants droit.

Ce raisonnement ne ressort pas de la lettre du texte. On peut penser que si un consensus existe à ce sujet, des entreprises décideront de ne pas se sou-

mettre à la doctrine administrative et de maintenir leur financement initial inférieur à 50 %, sur la cotisation « famille ».

Rappelons que la DSS a considéré que les modalités de mise en œuvre de la généralisation ne constituaient pas des conditions d'exonération de charges sociales. Il n'y a donc pas de risque Urssaf et il est possible que les salariés comprennent leur intérêt du maintien des pratiques antérieures si l'entreprise ne dispose tout simplement pas de la capacité économique à financer 50 % de la couverture famille obligatoire.

J.-R. L. M. : *Certaines entreprises vont-elles être tentées d'investir sur un panier de soins minimal et de supprimer au passage les régimes famille ?*

F. W. : On peut craindre en effet que les dispositifs seront transformés en régimes « salarié seul obligatoire », financés par l'entreprise pour moitié, auquel s'ajoutera une option « famille » laissée à la charge entière du salarié.

En étant facultative, la question du financement patronal pour les ayants droit ne se posera plus.

Une autre solution sera de maintenir une couverture « famille », mais dégradée en termes de niveau de remboursement afin de compenser l'éventuelle hausse du financement patronal. Dans tous les cas, on est loin du progrès social... .

L'APPROCHE DE FRANCOIS LUSSON SUR L'ÉVOLUTION DES « RÉGIMES FAMILLE »

J.-R. L. M. : *Quelles pourraient être les conséquences de la généralisation santé sur « les régimes famille » ? S'engage-t-on vers une baisse ?*

François Lusson : Une baisse ? Pas nécessairement au niveau des garanties, mais dans un premier temps la question se pose de manière de plus en plus aiguë au niveau du périmètre des personnes protégées.

Les entreprises proposent des régimes complémentaires santé allant fréquemment au-delà de la seule couverture de leurs salariés, intégrant, dans la définition de leurs bénéficiaires, les enfants à charge des salariés, ainsi que le conjoint (en pouvant distinguer selon la situation professionnelle de ce dernier).

Les couvertures sont alors, pour ces ayants droit, soit facultatives, soit obligatoires, notamment lorsque le financement est prévu par une « cotisation uniforme » pour chaque salarié (cotisation ne tenant pas compte de sa situation familiale).

Il est à noter que sont déjà visibles sur le marché des couvertures limitant le périmètre des bénéficiaires obligatoires au seul « conjoint à charge » du salarié (cette définition « à charge » étant liée, pour beaucoup, aux propres définitions d'ayant droit de la Sécurité sociale : définition d'ayant droit majeur disparaissant, soit dit en passant, avec la mise en place de la Protection universelle maladie en 2016). Pour mémoire, le nombre de ces « conjoints sécu » est souvent estimé entre 5 % et 15 % de la population des conjoints.

Par la généralisation de la couverture santé, nombreux seront les couples qui bénéficieront potentiellement d'une double couverture santé, si chacune de leur entreprise met en place une couverture famille obligatoire. La dispense d'adhésion d'un salarié pour cause de couverture famille obligatoire étant désormais d'ordre public, les salariés pourront alors arbitrer entre les régimes et retenir la couverture la plus appropriée selon eux (en fonction des garanties et des taux de cotisation), faisant ainsi financer par le régime d'une seule entreprise la couverture obligatoire santé du couple et non pas du seul salarié.

Les négociations du second semestre 2015 et les réflexions en cours apportent un premier éclairage, qu'elles soient consécutives :

- à la mise aux normes des contrats responsables ;
- aux accords de branche post loi de généralisation de juin 2014 ;
- voire à la précipitation, du fait de l'officialisation du taux de 50 % de financement minimal de l'employeur quel que soit le niveau de panier de soins.

Toutes les occasions seront saisies, et elles commencent à l'être, pour anticiper le risque de double couverture et donc d'optimisation à la main du salarié.

Diverses pistes peuvent alors être imaginées : renégociation rapide du périmètre des bénéficiaires obligatoires du régime pour aboutir, soit à une restriction de la couverture aux conjoints sans activité professionnelle (et donc sans possibilité de couverture obligatoire), soit à une baisse des garanties et donc de la cotisation globale (tout en conservant une couverture obligatoire famille).

LE CASSE-TÊTE « CHÈQUE SANTÉ » : ENTRE AIDE FINANCIÈRE ET EXCLUSION

J.-R. L. M. : *Revenons sur la complexité du « chèque santé »...*

F. W. : Il est vrai que la loi ne brille pas par sa simplicité. Les choses auraient pu être dites plus simplement.

L'article L. 911-7-1 du Code de la sécurité sociale instaure un mécanisme original de couverture des salariés en CDD ou à temps très partiel sous la forme d'un versement de l'employeur.

Par principe, ce dispositif a pour objet d'améliorer les conditions matérielles des salariés en CDD ou intérimaires, dispensés d'adhésion en application de l'article L. 911-7 ou encore de certains CDD, contrats de travail temporaire ou à temps partiel.

L'employeur devra leur verser une somme représentative de la contribution patronale affectée au régime collectif, afin de leur permettre de financer une couverture individuelle de frais de santé. La détermination du montant est régie par le nouvel article D. 911-8 du Code de la sécurité sociale, issu du décret du 30 décembre 2015.

Cette aide financière suppose que le salarié justifie être couvert par un contrat d'assurance sur la période concernée, étant précisé que ce versement ne peut être cumulé avec le bénéfice d'une couverture complémentaire bénéficiant d'avantages fiscaux ou sociaux : ACS, CMU-C, couverture collective obligatoire d'entreprise, couverture complémentaire donnant lieu à la participation financière d'une collectivité publique. Notons que la couverture « Madelin » des travailleurs non-salariés n'est pas visée alors que le financement bénéficie d'un avantage fiscal.

J.-R. L. M. : *Le dispositif est avant tout une aide, mais peut également conduire à des exclusions. C'est une nouveauté dans le monde de la protection sociale !*

F. W. : Il peut en effet conduire à l'exclusion de certains salariés : ceux en CDD et sous contrats de travail temporaire d'une durée inférieure ou égale à trois mois, ainsi que les temps partiel dont la durée hebdomadaire de travail est inférieure ou égale à 15 heures.

Cette exclusion, que l'on distinguera donc bien d'une dispense, trouve sa contrepartie éventuelle dans l'attribution du « versement santé » pour ceux de ces salariés qui justifient d'une couverture responsable et non aidée.

Elle doit être prévue par accord collectif de branche. En l'absence d'un tel accord ou si ce dernier le permet expressément, elle peut également être organisée par un accord d'entreprise.

Un doute subsiste sur la signification exacte de ce dernier terme. Vise-t-il aussi les approbations référendaires ? Bon nombre d'entreprises qui n'ont pas de délégués syndicaux, mais emploient une quantité significative de CDD et de salariés à temps partiel, pourraient alors être intéressées par le recours à un accord de ce type pour valider une telle exclusion.

Pour tenir compte des délais nécessaires à la négociation de ces accords, le législateur autorise, jusqu'au 31 décembre 2016, les employeurs à prévoir, par décision unilatérale, que cette couverture santé soit mise en œuvre uniquement par le biais du « versement santé ».

Cette décision peut donc organiser cette exclusion temporaire, sous réserve que les CDD et les temps partiels concernés ne soient pas déjà couverts dans l'entreprise au 1^{er} janvier 2016.

J.-R. L. M. : Vous insistez davantage sur le mécanisme d'exclusion que sur le financement du chèque santé présenté comme une avancée sociale...

F. W. : Sauf à procéder à une campagne d'information massive, on peut penser que les salariés concernés par la perception du versement santé ne constitueront pas un nombre significatif.

Il faut en effet que ces derniers connaissent leurs droits, puis qu'ils répondent aux conditions d'attribution (bénéficier d'une couverture responsable non aidée), ce qui devrait constituer autant de filtres.

Une fois encore, on ne peut que faire le constat d'une inflation de textes et de contraintes juridiques qui devraient aboutir à un résultat probablement limité.

De ce point de vue, le dispositif présente l'intérêt principal de pouvoir organiser une exclusion des CDD et des temps partiel qui peut présenter une vraie solution dans les secteurs d'activité employant massivement des contrats de ce type. À défaut, la gestion de la complémentaire santé deviendra infernale alors même que dans bon nombre de cas, son bénéfice sur de très courtes périodes n'est pas la priorité de ces catégories de salariés.

J.-R. L. M. : L'accord de branche ne pourrait-il pas lui-même organiser le recours au chèque santé, voire interdire son utilisation au profit d'une généralisation de la couverture des CDD de moins de trois mois ?

F. W. : C'est la loi qui organise le système. Les branches professionnelles peuvent uniquement prévoir le principe de l'exclusion des salariés précités si cela s'avère pertinent en l'espèce, ou à tout le moins, ne pas l'interdire et laisser ainsi la main à l'entreprise, par voie d'accord.

En revanche, le chèque santé est de droit pour les salariés en CDD ou intérimaires dont la durée d'adhésion théorique au régime d'entreprise est inférieure à trois mois et qui justifient bénéficier par ailleurs d'une couverture responsable non aidée.

J.-R. L. M. : La complexité des textes n'est-elle pas un frein à la mise en œuvre effective de la généralisation ? Quelles entreprises vont, en définitive, pouvoir organiser un tel système ?

F. W. : Quand un dispositif est trop complexe, trop coûteux, trop contraignant, les entreprises peuvent avoir le réflexe de ne pas l'appliquer scrupuleusement après avoir mesuré les risques d'une telle omission. On peut regretter ce constat, mais il n'en est pas moins inévitable. Or, la généralisation ne conditionne pas l'exonération Urssaf. En outre, nous constatons que certaines organisations syndicales s'interrogent également sur la pertinence de la mesure. La généralisation de la complémentaire santé est incontestablement un progrès social. Mais, comme souvent, la rigidité de la réforme la condamne pour partie.

J.-R. L. M. : Pouvez-vous expliquer les raisons pour lesquelles le calcul du versement santé est affecté d'un coefficient pour la portabilité alors que, d'une part, les salariés n'en bénéficieront pas et, d'autre part, que l'assiette de calcul (le tarif appliqué aux salariés) en a déjà intégré le coût (de la portabilité). Sauf à imaginer que le salarié épargnera les 5 % ou 25 % en question pour financer son contrat individuel au terme de son contrat de travail... Qui peut le croire ?

F. W. : Les voix de la réforme règlementaire sont parfois impénétrables et je vous laisse le soin et le plaisir de poser cette question pertinente aux auteurs du texte...

VERS LA FIN DES CLAUSES D'ANCIENNETÉ ?

J.-R. L. M. : *La lettre circulaire AcoSS du 12 août 2015 a « empoisonné » la plupart des acteurs. Où en est-on ?*

F. W. : On sait que l'AcoSS a mentionné que la clause d'ancienneté est incompatible avec la généralisation de la complémentaire santé organisée par l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale.

À bien y regarder, elle n'en déduit pas pour autant que le maintien de cette clause justifie l'assujettissement du financement patronal des régimes qui en sont dotés.

C'est d'ailleurs ce qu'a expressément confirmé la DSS dans son courrier « *Questions / réponses* » du 29 décembre 2015 ⁽⁷⁾. Elle y précise en effet que les modalités d'application de la généralisation de la complémentaire santé ne constituent pas des conditions d'exonération de charges sociales.

En d'autres termes, les Urssaf ne peuvent pas prendre prétexte du non-respect de l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale pour fonder un redressement.

D'ailleurs, l'article R. 242-1-2 du même Code prévoit toujours que cette exclusion ne remet pas en cause l'exonération.

Il n'en reste pas moins que l'on ne sait pas si le pouvoir règlementaire souhaite, ou non, modifier à court ou moyen terme cet article et supprimer la compatibilité de cette clause d'ancienneté avec l'exonération de charges sociales.

Contentons-nous de constater qu'elle est particulièrement utile dans certains secteurs d'activité et qu'elle génère souvent un consensus social dans l'entreprise.

D'ailleurs, certaines entreprises décident délibérément de la conserver en considérant que le risque prud'homal est quasi théorique. Il est au surplus intéressant de constater que des branches professionnelles ont conclu des accords contenant de telles clauses d'ancienneté. Pour certaines, des arrêtés d'extension ont été publiés.

J.-R. L. M. : *N'y a-t-il pas une contradiction entre la généralisation et le maintien des clauses d'ancienneté ?*

F. W. : Il existe effectivement une dichotomie qui n'est pas évidente, de prime abord, à cerner.

Tout d'abord, les articles L. 911-1 et suivants du Code de la sécurité sociale, qui régissent la mise en œuvre de garanties de protection sociale d'entreprise, devraient figurer dans le Code du travail, puisqu'ils portent sur les engagements des entreprises vis-à-vis des salariés sur cette matière. Le contentieux individuel lié à une faiblesse de l'employeur relève bien des conseils prud'homaux.

Le fait de prévoir une exclusion par le biais d'une clause d'ancienneté générale est, effectivement, contraire au principe de généralisation.

En théorie, un salarié pourrait en discuter le bien-fondé, dans le cadre d'une action prud'homale. Chacun pourra toutefois apprécier la probabilité de survenance d'une telle action et évaluer le coût d'une condamnation.

Dans un premier temps, et jusqu'à ce que l'article R. 242-1-2 du Code de la sécurité sociale soit modifié, certaines entreprises décideront donc de conserver cette clause qui simplifie le process RH et réduit le montant du coût global.

(7) Questions/réponses relatif aux contributions des employeurs destinés au financement des prestations complémentaires de santé du 29 décembre 2015, http://www.securite-sociale.fr/IMG/pdf/dss_-_instruction_-_qr_generalisation_complementaire_sante.pdf.

LA DIFFICILE ARTICULATION ENTRE LE CHÈQUE SANTÉ ET LES CLAUSES D'ANCIENNETÉ : REGARDS CROISÉS

Frank Wismer : Par essence, une clause d'ancienneté exclut tous les salariés qui ne disposent pas de celle requise, qu'il s'agisse d'un CDD ou d'un CDI.

Maintenir une condition d'ancienneté, c'est faire le choix de façon délibérée et en opportunité, de ne pas appliquer totalement l'obligation de généralisation, y compris en ce qui concerne le chèque santé.

Une telle posture ne peut s'envisager que lorsque le volume d'emplois de très courte durée est tel que la mise en œuvre de la généralisation devient un non-sens en termes de charge RH. Rappelons que dans certains cas, les intéressés eux-mêmes sont loin d'être demandeurs d'une couverture pour une très courte durée.

Jean-René Le Meur : Le dispositif « chèque santé » a pour objectif de compenser l'impossibilité pratique de faire bénéficier de la généralisation de la complémentaire santé les salariés en CDD de courte durée.

Les clauses d'ancienneté antérieures au 1^{er} janvier 2016 sont « sécurisées » par la circulaire du 29 décembre 2015.

Comment alors imposer le chèque santé aux salariés en CDD de moins de trois mois, alors que les salariés en CDI ne bénéficient pas des dites garanties ? Comment calculer ce « versement santé » alors que l'affiliation serait impossible pour les salariés ne justifiant pas de l'ancienneté requise ?

Faudra-t-il que le contentieux prud'homal apporte les réponses ?

Pour l'instant, l'observation montre que le traitement de la question est loin d'être une urgence pour les entreprises ou les branches.

Certaines d'entre elles estiment même ce dispositif peu compatible avec une clause d'ancienneté qu'elles ne veulent pas remettre en cause.

QUID DES CLAUSES DE DÉSIGNATION ?

J.-R. L. M. : *Revenons sur la question des clauses de désignation. Quel sort réserver au grand nombre d'entreprises liées par un tel accord ?*

F. W. : En jugeant les clauses de désignation inconstitutionnelles, les sages avaient ajouté une réserve en précisant que leur décision n'était « *toutefois pas applicable aux contrats pris sur ce fondement, en cours lors de cette publication, et liant les entreprises [aux organismes assureurs désignés]* ».

Les termes de cette réserve sont d'une particulière clarté et visent de toute évidence le contrat d'assurance.

D'ailleurs, on en comprend la raison d'être. Si la pratique est nulle car contraire à la Constitution, l'opération d'assurance devait être, dès la parution de la décision au *Journal officiel* considérée comme non

avenue. Cela aurait abouti à priver d'assurance les entreprises et les salariés sans délai. C'est bien ce que vise à éviter cette réserve.

Mais, dans la mesure où elle porte sur le contrat d'assurance, celui-ci devient un contrat comme les autres, résiliables annuellement selon les modalités prévues par la réglementation. On se demande encore comment la question pouvait susciter le débat.

D'ailleurs, les cours d'appel saisies de la question avaient massivement admis cette approche. C'est dire la surprise qu'a généré l'arrêt de la Cour de cassation du 11 février 2015 jugeant que la notion de contrat en cours au sens de la décision du Conseil constitutionnel visait les conventions et accords de branche en cours. Cette décision a d'ailleurs été très largement critiquée par la doctrine ⁽⁸⁾.

(8) L. Mayaux, « *Clauses de désignation : quand la chambre sociale interprète (mal) la notion de contrats en cours* », RGDA avr. 2015, n° 4 ; P. Coursier, « *Clauses de désignation : à quand la fin de l'Ancien régime ?* », JCPS 21 avr.

J.-R. L. M. : Quelles conséquences pratiques ?

F. W. : À dire vrai, les incidences pratiques de cet arrêt sont résiduelles.

L'approche de la Cour de cassation n'est pas satisfaisante et pose la question de la durée des clauses de désignation qu'elle entend ainsi faire survivre.

À être raisonnable, et si l'on entend donner du sens, on peut penser que le terme définitif de ces clauses correspond à celui du délai de réexamen imposé par la loi, au plus de cinq ans.

Or, dans la plupart des cas, celui-ci est expiré ou le sera dans les tous prochains mois. Les organismes concernés par les désignations en cours le savent et on imagine mal qu'ils décident de générer un contentieux massif avec des entreprises qui, à court terme, deviendront des prospects qu'il faudra savoir séduire. La résiliation de leur adhésion avant le terme de la période quinquennale induira probablement des courriers contestant cette résiliation, sans que cela n'aille au-delà. On peut penser qu'en réalité les organismes concernés sont dans le monde d'après, celui des clauses de recommandation et du marché de la concurrence.

J.-R. L. M. : Finies les désignations et ce malgré le rapport Libault ! Quid du degré élevé de solidarité ? Les entreprises peuvent-elles s'en affranchir ?

F. W. : La mise en œuvre d'une clause de recommandation n'est désormais envisageable que sous réserve, notamment, que la branche mette en œuvre des garanties présentant un degré élevé de solidarité. Celui-ci est financé par une cotisation minimale égale à 2 % de la prime globale.

Mais les partenaires sociaux sont confrontés à une difficulté d'interprétation du texte.

Cette cotisation spécifique doit-elle être imposée :

- aux seules entreprises adhérant à l'organisme recommandé ?
- à toutes les entreprises, en leur laissant le soin de le verser à l'organisme de leur choix devant instituer les opérations de solidarité ?
- à toutes les entreprises auprès de l'organisme recommandé, même si elles n'adhèrent pas à sa couverture ?

On peut penser que la première approche est la plus logique. Si les partenaires sociaux décident d'imposer la cotisation spécifique à toutes les entreprises, ces dernières pourront mandater l'organisme assureur de leur choix pour effectuer le reversement à celui qui est recommandé. Cette façon de faire élude le risque d'y voir une forme de « recommandation contraignante » ou, comme le disent certains professionnels de l'assurance, de « désignations déguisées ». ♦

2015, no 1141 ; C. Millet-Ursini, « Clause de désignation : à quand la fin ? », Semaine sociale Lamy 2 mars 2015, n° 1666 ; G. Briens, « Réflexions autour des arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 11 février 2015 », Semaine sociale Lamy 23 mars 2015, n° 1669 ; A. Ferreira, « Un rebondissement inattendu », L'argus de l'assurance 24 avr. 2015, n° 7406 ; L. Mayaux, « La Cour de cassation, hors du monde de l'assurance et du contrat », L'argus de l'assurance 2 oct., n° 7426 ; P. Morvan, « Le droit immolé sur l'autel de la «solidarité» ». À propos du rapport Libault JCPS 2015, no 1393.