



HAL
open science

Prévoyance des cadres : faut-il offrir une nouvelle jeunesse à l'obligation du 1,50 % Tranche 1 ?

Wilfrid Millet

► To cite this version:

Wilfrid Millet. Prévoyance des cadres : faut-il offrir une nouvelle jeunesse à l'obligation du 1,50 % Tranche 1 ?. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2022, 34. hal-03971599

HAL Id: hal-03971599

<https://hal.science/hal-03971599v1>

Submitted on 3 Feb 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Wilfrid Millet

Docteur en droit à l'Institut Droit et Santé, Université Paris Cité, Inserm, F-75006 Paris, France, Courtier-conseil, associé-fondateur de KOMON COURTAGE

Prévoyance des cadres : faut-il offrir une nouvelle jeunesse à l'obligation du 1,50 % Tranche 1 ?

Depuis 1947, l'article 7 de la Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres¹ contraint les employeurs à instaurer et faire vivre un régime de prévoyance complémentaire d'entreprise dont les paramètres n'ont guère évolué depuis près de 70 ans. L'origine de cet avantage social, souvent désigné par le vocable « 1,50 % TA »², s'explique à travers l'histoire de la construction des régimes de retraite complémentaire obligatoires³. Son successeur, l'Accord national interprofessionnel du 17 novembre 2017⁴, a sanctuarisé le principe d'un financement patronal affecté prioritairement à la couverture du risque décès. Les négociateurs de 2017 n'ont pas véritablement saisi l'occasion de la fusion AGIRC-ARRCO pour moderniser le dispositif⁵, alors que le devenir de la protection sociale des cadres mérite d'être discuté⁶. En attendant un renouvellement de ses fondations **(I)**, la mise en œuvre du 1,50 % T1 nécessite une vigilance particulière de la part des entreprises afin d'éviter la sanction attachée à un éventuel défaut d'exécution **(II)**.

I. Les paramètres de la prévoyance obligatoire des cadres

Depuis l'origine, l'article 7 de la « CCN AGIRC » impose à tout employeur entrant dans son champ d'application la mise en place d'un régime de prévoyance dont le financement patronal atteint au moins 1,50 % du salaire des cadres plafonné à la tranche 1 de leur rémunération. Derrière son apparente simplicité, les incertitudes entourant la définition des paramètres techniques de cette obligation la rendent en réalité difficile à appréhender **(A)**, quand bien même le marché offrirait des solutions « clés en main » **(B)**.

A. Les paramètres techniques du 1,50 % T1

Dès 1947, la Convention collective des cadres prévoyait l'obligation patronale de s'acquitter d'une cotisation égale à 1,50 % du salaire. Pourquoi ? Parce qu'en 1947, la Sécurité sociale nouvellement créée ne servait qu'un capital égal à 4 mois de salaire en cas de décès d'un salarié. Or, les régimes privés d'avant-guerre octroyaient quant à eux une année complète d'indemnisation aux ayants droit des cadres. Cotiser à hauteur de 1,50 % permit ainsi de s'émanciper de l'assurance décès « bas de gamme » du régime général. La mise en œuvre de la couverture s'est donc orientée vers une affectation du budget patronal prioritairement au risque décès **(1)**, et de façon résiduelle sur d'autres risques dont les possibilités de répartition méritent d'être challengées **(2)**.

1 - Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947.

2 - Et désormais « 1,50% T1 » depuis la fusion AGIRC-ARRCO.

3 - CHARPENTIER F., « AGIRC - ARRCO : le troisième âge des retraites complémentaire », Regards, n°49, juin 2016.

4 - ANI du 17 novembre 2017 relatif à la prévoyance des cadres. Par commodité, nous continuerons de désigner le dispositif par référence à l'article 7 de la CCN de 1947 ou à la « CCN AGIRC ».

5 - La comparaison de l'ancien et du nouveau texte révèle cependant quelques différences : le négociateur de 2017 a bien entendu opéré des adaptations en fonction de l'évolution du droit positif. En témoignent par exemple le retrait à toute référence aux clauses de désignation, ou encore à l'exclusion du suicide pendant les deux premières années de l'admission au régime afin de ne plus contredire les articles L. 137-2 du Code des assurances et L. 223-9 du Code de la mutualité.

6 - COURSIER Ph. et VIVIEN Ph. « La protection sociale des cadres, quel devenir ? », JCP S, n°20, 22 mai 2018, Etude 1161.

1. Une affectation prioritaire à la couverture décès

La CCN de 1947 a obligé l'employeur à consacrer 1,50 % des rémunérations comprises jusqu'au plafond de sécurité sociale, à la couverture prioritaire d'une garantie décès. L'utilisation du vocable « par priorité » dans le texte conventionnel a conduit les entreprises à s'interroger sur le sens de cette expression. Quelle part des 1,50 % doit être affectée réellement au financement d'une garantie décès ? Dans une lettre du 26 août 1994, l'AGIRC a précisé que « *l'expression par priorité signifie que plus de la moitié de la cotisation obligatoire de 1,50 % doit être consacrée à la couverture du risque décès, soit une cotisation de plus de 0,75 % de la tranche A* ». Une autre lecture du texte, sans doute discutable, consiste à soutenir que l'expression « par priorité » s'entend de la simple obligation de souscrire une garantie décès, c'est-à-dire d'y affecter un budget avant d'envisager la couverture d'autres risques. Cette lecture permettrait aux entreprises de souscrire du décès sans contrainte de financement minimum, ce qui satisferait mieux les besoins réels des salariés. En effet, une cotisation à 0,76 % du salaire plafonné offre un niveau de garantie très élevé (souvent autour de 4 à 5 années de salaire), au détriment de l'arrêt de travail et de l'invalidité, dont le coût ne cesse de s'alourdir au fil des ans. Cette « priorité » contraint donc l'entreprise à surfinancer un risque à faible fréquence, la privant d'un budget précieux qui aurait pu être affecté à l'incapacité de travail et l'invalidité dont la fréquence est plus importante. En pratique, afin d'éviter toute discussion juridique, il reste recommandé d'affecter au moins 0,76 % de la tranche 1 au décès. Le reliquat patronal de 0,74 % (c'est à dire la différence en 1,50 % et 0,76 %) sera le plus souvent attribué à d'autres garanties de prévoyance « lourde » : capitaux et rente décès supplémentaires, incapacité, invalidité voire inaptitude. Toutefois, certains employeurs pourraient être séduits par l'opportunité d'affecter ce reliquat en tout ou partie à des garanties frais de santé, dans le but d'optimiser leur trésorerie consacrée à la protection sociale de leurs salariés (voire dégrader le niveau de protection en minorant le budget global).

2. L'affectation du reliquat

A notre connaissance, l'opportunité d'affecter le reliquat de financement à une garantie frais de santé n'avait jamais été tranchée par la Cour de cassation avant son tout récent arrêt du 30 mars 2022 (Cass. soc., 30 mars 2022, n° 20-15.022). Littéralement, l'article 7 de la convention Agirc et son successeur l'ANI du 17 novembre 2017 n'interdisent pas l'affectation de ce budget patronal à une couverture santé. En effet, le texte paritaire vise les « *avantages en matière de prévoyance* », sans définir ce que recouvre précisément ce vocable. Sur le plan juridique, le vocable « prévoyance » reste générique et désigne tant les risques incapacité, invalidité, décès, que le risque frais de santé. A titre d'illustration, la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 (loi Evin)⁷ ne pratique pas la distinction, qui reste plutôt l'apanage du langage technico-commercial utilisé par des acteurs de l'assurance. L'acception juridique se heurte donc parfois au « langage métier » de l'assurance, lequel distingue le risque court ou léger (frais de santé) du risque long ou lourd (la prévoyance lourde incapacité – invalidité – décès).

Toutefois, on ne saurait conseiller aux entreprises de jouer à la roulette russe : outre l'impopularité d'opérer une confusion budgétaire entre risque court et risque lourd, l'exercice par un salarié d'une dispense d'affiliation au régime santé (cas fréquent), conduirait l'employeur à dépenser un montant inférieur au minimum requis. De plus, les cotisations des garanties santé étant le plus souvent calculées sur une assiette forfaitaire (en euros ou en pourcentage du plafond de sécurité sociale), l'employeur devrait alors les convertir afin de vérifier si en valeur absolue, et pour chaque individu, le cumul des financements patronaux équivaldrait bien à 1,50 % du salaire plafonné. Et bien entendu l'entreprise ne devra pas omettre, quand l'expression tarifaire du contrat santé intègre un paramètre famille⁸, d'isoler la fraction patronale consacrée à l'éventuelle couverture obligatoire des ayants droit. Cette gymnastique arithmétique l'exposerait potentiellement à une erreur de calcul.

7 - Ou encore l'alinéa 4 de l'article D. 242-1 du Code de la sécurité sociale définissant la limite d'exonération de charges sociales des « *contributions des employeurs au financement des prestations complémentaires de prévoyance* ».

8 - Par exemple : structure tarifaire de type Isolé/Famille ou 1 personnes / 2 personnes / 3 personnes et plus.

De surcroît, sous l'impulsion de la généralisation santé amorcée par l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013⁹, puis adoubee par la loi du 14 juin 2013¹⁰, l'argument lexical doit être nuancé : dans la mesure où tout employeur est tenu de financer au moins 50 % de la couverture obligatoire des salariés¹¹, le juriste prudent en déduisait une volonté tant paritaire que légale de dissocier les financements patronaux des deux risques, et ce afin de ne pas créer une économie d'opportunité pour l'employeur. C'est ainsi que les montages consistant à répondre au 1,50 % TA en tenant compte de la santé étaient largement déconseillés, sans pour autant être certain de leur légalité. Mieux vaut prévenir que guérir.

Et puis au passage, relevons que l'article 8 de l'ANI du 13 mars 2013¹² sur les retraites complémentaires précisait qu'un « groupe de travail sera mis en place dès l'entrée en vigueur du présent accord pour étudier les possibilités d'évolutions des régimes sur les points ci-après : [...] l'ouverture d'une option, pour les entreprises et les branches, d'affectation à la retraite supplémentaire d'une partie de la cotisation employeur de 1,50 % prévoyance-décès ». Cette disposition enfonce bien le clou quant au périmètre de l'obligation tel que compris et souhaité par les partenaires sociaux : avant tout de la prévoyance « lourde ».

Cependant, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 février 2020, confirmé ensuite par la Cour de cassation le 30 mars 2022¹³, semble avoir ouvert une brèche en validant pour la première fois la possibilité d'affecter une partie des cotisations à des garanties frais de santé¹⁴. Cette décision, se fondant sur une définition extensive de la notion « d'avantage de prévoyance », pourrait bien encourager quelques entreprises à utiliser la couverture santé pour atteindre le taux de 1,50 %.

Et ce d'autant plus que rien n'interdit d'assumer le 1,50 % TA en « valeur absolue » plutôt que par la souscription d'un contrat au taux contractuel de 1,50 %. En effet, à lire de plus près la lettre de l'obligation, les partenaires sociaux n'imposent pas à l'employeur de cotiser à hauteur de 1,50 % sur la tranche 1, c'est-à-dire de souscrire un contrat au taux de 1,50 % T1. Le texte conventionnel contraint l'entreprise à consacrer un budget égal à 1,50 % de la tranche 1. Cette subtilité autoriserait donc une entreprise à lisser son financement sur toute les tranches de salaire pour autant qu'en valeur absolue, une masse de cotisation égale à 1,50 % T1 soit consacrée à la couverture. Bien entendu, adopter ce montage ne serait pas sans danger : d'une part, tous les collaborateurs cadres d'une entreprise ne gagnent pas leur vie au-delà du plafond de sécurité sociale ; d'autre part, des variations de rémunération exposerait l'entreprise au risque de méconnaître son obligation.

A notre sens, les montages assumant l'obligation en valeur absolue en euros restent réservés à un public très averti. Des impératifs de sécurité juridique suggèrent à l'entreprise une stricte appropriation de l'obligation : souscrire un contrat d'assurance dont le taux contractuel de cotisation atteint au moins 1,50 % T1, destiné exclusivement au « risque lourd » sans tenir compte du « risque court », et dont la ventilation par risque atteste d'une affectation de 0,76 % au décès, tout en organisant dans le régime une répartition des cotisations employeur/salarié adéquate. Justement, cette solution « autoroute » est la plus souvent retenue par les offres d'assurance du marché.

9 - Article 1^{er} de l'ANI du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés.

10 - Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi.

11 - Article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale.

12 - ANI du 13 mars 2013 sur les retraites complémentaires.

13 - CA Paris, 06/02/2020, n° 18/20112, Pôle 6 - Chambre 2 : « Dès lors, pour vérifier si l'employeur respecte son obligation de cotiser en matière de prévoyance à hauteur de 1,5 % de la tranche de rémunération inférieure au plafond fixé pour les cotisations de sécurité sociale, il doit être tenu compte de la cotisation patronale versée pour le financement de la garantie frais de santé ».

Cass. soc., 30 mars 2022, n°20-15.022 : « Ayant relevé que l'obligation à la charge exclusive de l'employeur de cotiser en matière de prévoyance à hauteur de 1,50 % de la tranche de rémunération inférieure au plafond fixé pour les cotisations de sécurité sociale avait été reprise telle quelle par l'accord national interprofessionnel (ANI) relatif à la prévoyance des cadres du 17 novembre 2017, étendu par arrêté du 27 juillet 2018, que les partenaires sociaux avaient conclu dans le cadre de la fusion de l'Agirc et de l'Arrco et constaté que ni cette convention collective ni l'ANI qui la substituait n'excluaient les frais de santé des avantages de prévoyance financés par l'employeur, seule étant prévue une affectation prioritaire de la cotisation à la couverture décès, la cour d'appel en a exactement déduit que, pour vérifier si l'employeur respectait son obligation de cotiser en matière de prévoyance à hauteur de 1,50 % de la tranche de rémunération inférieure au plafond fixé pour les cotisations de sécurité sociale, il devait être tenu compte de la cotisation patronale versée pour le financement de la garantie frais de santé ».

14 - MILLET W., « Prévoyance des cadres : attention aux tentations d'optimisation », L'argus de l'assurance, 26 juin 2020.

B. Les paramètres commerciaux du 1,50 % T1

Sur le marché, les acteurs de l'assurance proposent globalement deux manières différentes de répondre à l'obligation conventionnelle **(1)**, lesquelles peuvent être départagées par les entreprises selon les avantages et inconvénients de chacune **(2)**.

1. Les deux types d'offres d'assurance répondant au 1,50 % T1

La première consiste à commercialiser des solutions d'assurance interprofessionnelles dont le niveau de prix dépend de certaines variables tarifaires et dont les prestations sont mutualisées à l'échelle d'un périmètre dépassant le cadre de l'entreprise (en général une gamme ou une fraction de gamme composés de tous ses adhérents personnes morales). On parle alors de « garanties standard ». Parmi les critères tarifant, sont souvent utilisés par les actuaires le niveau de prestations, le code NAF de l'entreprise¹⁵, la catégorie objective du personnel à couvrir, la moyenne d'âge des salariés, la démographie¹⁶, la masse salariale, l'existence d'éventuels sinistres en cours à reprendre et/ou à revaloriser, l'étude d'un questionnaire médical, etc. Selon les politiques de souscription des assureurs reflétant les objectifs de soutenabilité financière de leurs gammes, et leurs impératifs de fluidification de l'entrée en garanties des clients, ces critères seront utilisés de façon plus ou moins affinée.

Sur ce type de produit standard, l'entreprise ou son conseil devra « jouer » avec les curseurs du niveau de garanties jusqu'à atteindre un taux de cotisation de 1,50 % T1 sur son devis commercial. S'agissant d'une obligation de financement minimum, deux entreprises contribuant respectivement à hauteur de 1,50 % T1 proposeront alors des prestations différentes à leurs salariés, en raison de la diversité de leur profil de risques. Cette « mise en concurrence » du niveau de couverture en fonction des politiques tarifaires des assureurs peut alors être génératrice de frustrations, voire de sentiments d'injustice pour le salarié. En cas de changement d'entreprise, et à financement patronal identique, le salarié pourra être mieux ou moins bien couvert. Cette absence de continuité obligatoire du niveau de protection à l'occasion d'une transition professionnelle nous fait penser que l'obligation patronale de financement minimum mériterait d'être muée en une obligation de prestations minimum, à l'instar de la généralisation de la complémentaire santé. Les salariés disposeraient alors d'un véritable socle minimum de garanties indépendamment du financement patronal consacré. Cette portabilité du niveau de couverture participerait alors de l'effort de sécurisation des transitions professionnelles.

La seconde manière de satisfaire à l'obligation conventionnelle consiste à commercialiser une solution d'assurance estampillée « 1,50 % », dont le prix et les niveaux de prestations sont identiques pour tous ses adhérents. Dans le jargon assurantiel, on parle de produit « packagé » : l'entreprise adhère à un contrat dont les cotisations sont appelées au taux contractuel de 1,50 % de la tranche 1 des rémunérations. Le niveau de prestations est alors figé « sur catalogue », c'est-à-dire identique pour toutes les entreprises adhérentes et ce, indépendamment de leur situation démographique réelle. L'assurance établit sa tarification sur la base d'hypothèses¹⁷ dont il aura en amont prédéfini les contours. Un rapide tour d'horizon des offres du marché révèle que globalement, les assureurs proposent souvent une couverture du décès en capital à hauteur de 2,5 à 4 années de salaire, une allocation obsèques forfaitaire autour d'un plafond mensuel de sécurité sociale, une rente éducation, une couverture de l'incapacité de travail entre 70 et 90 % du salaire brut, assortie d'une liquidation après l'écoulement d'une franchise continue de 30 à 60 jours, et parfois la couverture de l'invalidité d'origine professionnelle et non professionnelle.

15 - Les assureurs classent généralement les entreprises en fonction du degré de sinistralité prévisible de leur activité, en les recoupant par grande catégorie (voire en excluant certains secteurs d'activité). Par exemple, une activité de courtage en assurance est considérée par les assureurs comme moins exposée au risque qu'une activité d'extraction d'hydrocarbures ou de bâtiment et travaux publics. Toutes choses égales par ailleurs, le tarif peut donc varier sensiblement sur la base de ce seul critère.

16 - De façon plus ou moins précise selon les assureurs, telle que la répartition homme-femme, la situation maritale, le nombre de célibataire, de conjoint, d'enfants à charge, l'âge des conjoints et/ou des enfants, etc.

17 - Par exemple, l'assureur utilisera un profil type d'entreprise, présentant un âge moyen de 43 ans, un effectif compris en 4 et 19 salariés, un nombre de 0,92 personne à charge par salarié, et 0,62 conjoint par salarié.

2. Le départage de ces deux types d'offres

Ces deux façons de répondre à l'obligation conventionnelle présentent des avantages et des inconvénients. La première présente l'avantage de personnaliser le niveau de la garantie selon la démographie réelle de l'entreprise. Toutefois, s'agissant d'un produit standard modulable, l'entreprise devra s'assurer que le décès coûte au moins 0,76 % de la tranche 1 à l'intérieur de la garantie totale. Or, il apparaît que certains tarificateurs¹⁸ standards d'assureurs ne ventilent pas toujours la cotisation par risque (au moins entre le décès et l'arrêt de travail) au stade du devis d'assurance. Tant que son adhésion n'est pas enregistrée dans le système d'information de l'assureur, l'entreprise n'est pas toujours en capacité de connaître facilement la part des cotisations affectée au décès. Et une fois enregistrée, il peut arriver que le décès ne soit pas couvert à un niveau suffisant, et oblige l'entreprise en cours de vie du contrat à rehausser son niveau de couverture au-delà des 1,50 %... juste pour atteindre 0,76 % sur le décès. Cette circonstance peut alors déstabiliser le budget de l'entreprise initialement prévu, et sur-couvrir le poste décès au-delà des besoins réels des salariés.

De plus, à l'intérieur des offres proposées par le marché, il arrive d'y retrouver des prestations dont la qualification d'avantage de prévoyance serait discutable, telles que des prestations d'assistance ou de protection juridique dont le coût s'avère modique. L'entreprise devrait alors s'assurer que sa cotisation à 1,50 % soit bien affectée en totalité à des garanties de prévoyance, et qu'aucune garantie accessoire ne vienne potentiellement nuire à la conformité au 1,50 % TA (le faisant cotiser en réalité à 1,48 ou 1,49 %).

A l'inverse, l'offre d'assureur estampillée « 1,50 % » est conçue par son créateur pour répondre parfaitement à la contrainte conventionnelle : ce type d'offre consacre 0,76 % T1 au décès, et n'est en général pas « polluée » par l'inclusion d'une garantie accessoire dont l'appartenance à la prévoyance d'entreprise se discute. Cependant, selon le profil de risque de l'entreprise, celle-ci pourrait se sentir déçue par le niveau de garanties lorsque les hypothèses de tarification type lui sont défavorables.

La difficulté d'appréhender le financement de la prévoyance des cadres témoigne aujourd'hui de l'inadaptation de cette obligation conventionnelle à son temps. Derrière son apparente simplicité, elle crée en réalité quelques défis de conformité aux entreprises. Or, et il s'agit bien là du nœud du problème, le défaut de conformité est sévèrement sanctionné.

II. Les sanctions de la prévoyance obligatoire des cadres

Afin d'assurer une effectivité optimale de l'obligation, les partenaires sociaux l'ont assortie d'une sanction pécuniaire très dissuasive **(A)**, laquelle est sévèrement appliquée par les tribunaux **(B)**.

A. Une sanction originale

Le texte conventionnel prévoit une méthode originale de sanction de l'employeur manquant à son obligation **(1)** qui peut, en outre, s'avérer difficile à digérer pour les ayants droit d'un salarié décédé **(2)**.

1. Une sanction forfaitisée

Plutôt que de rester muets en laissant le traditionnel mécanisme d'engagement de la responsabilité de l'employeur, reposant sur l'évaluation d'un préjudice par le juge, sanctionner le défaut de conformité, les partenaires sociaux ont opté pour une sanction forfaitisée inscrite dans le marbre conventionnel : « *Les employeurs qui, lors du décès d'un participant, ne justifient pas avoir souscrit un contrat comportant le versement de la cotisation visée au premier paragraphe, sont tenus de verser aux ayants droit du cadre ou du VRP décédé une somme égale à trois fois le plafond annuel de la Sécurité sociale en vigueur lors du décès* ».

18 - Un tarificateur est une interface, le plus souvent digitale, par laquelle un courtier ou un conseiller commercial peut tarifier un contrat d'assurance en fonction de différents critères tarifant. Le tarificateur constitue le volet pécuniaire d'un édifice digital plus global baptisé Outil d'Aide à la Vente (OAV). L'OAV peut permettre de dématérialiser l'ensemble d'une chaîne de souscription, de la découverte du prospect, en passant par le recueil de son besoin, la tarification de son contrat, l'édition de devis, le recueil de son consentement à l'assurance, le déversement des informations recueillies au sein des systèmes d'information de l'assureur, voire pour les plus évolués jusqu'à l'édition des pièces contractuelles.

C'est ainsi que tout employeur peut se voir directement réclamer, en cas de non-respect de son obligation, le versement d'un capital forfaitaire égal au triple du PASS (123 408 € en 2022). L'employeur doit alors verser directement cette somme aux ayants droit du salarié décédé¹⁹, dans l'ordre suivant : au conjoint survivant non séparé de corps ou de fait, à défaut aux descendants et à défaut à la succession.

En cas de refus de l'employeur de s'exécuter, la voie judiciaire permettra aux ayants droit de faire valoir leur droit à l'indemnisation forfaitaire. Le coût réel pour l'employeur excèdera 3 PASS car cette somme entre dans l'assiette des charges sociales et contributions alignées : en effet, la jurisprudence Micro-Volume²⁰ la considère comme un « *avantage en argent alloué en raison de l'appartenance du salarié à l'entreprise et à l'occasion du travail précédemment accompli par lui* », « *peu important que les sommes soient versées aux ayants droit des salariés après la rupture du contrat* ». Conforme à cette logique d'attribution dans le cadre du travail, les juges ont validé son admission dans le champ de la garantie AGS en cas de défaillance de l'employeur²¹.

Aussi, la jurisprudence dénie à la sanction la qualification de clause pénale au sens de l'article 1152 du code civil. Elle n'est donc pas susceptible de modération par le juge puisque d'une part, les parties n'ont pas prévu de possibilité de réduction²² et d'autre part, la sanction infligée à l'employeur « *n'a pas pour objet d'assurer l'exécution de son obligation principale de souscrire un contrat d'assurance décès au profit de ses cadres* »²³.

2. Une sanction parfois défavorable à l'ayant-droit

Cette sévérité semble toutefois être compensée par l'impossibilité pour un ayant droit de réclamer également le capital décès qui aurait été liquidé si un contrat avait été souscrit. En 1975, le pourvoi²⁴ élevé par une veuve bénéficiaire de l'indemnisation forfaitaire et demandant aussi le versement du capital décès qu'elle aurait dû percevoir si son mari avait été régulièrement affilié, a été refusé par la juridiction suprême et ce, au motif que la convention de 1947 sanctionne « *l'employeur négligent, quelle que soit la nature de la faute, dans les limites d'une indemnité forfaitaire dont il n'est pas dit qu'elle ne serait qu'un minimum* ». Cette solution surprend dans la mesure où elle peut s'avérer défavorable aux ayants droit : lorsque le capital décès éludé dépasse le montant de la sanction forfaitaire, ceux-ci bénéficient d'une indemnisation inférieure à la promesse de couverture opérée par l'entreprise. Or, le principe de souscription d'une assurance décès n'est-elle pas de compenser la baisse de niveau de vie induite par le décès du salarié, dont l'évaluation est directement corrélée à son niveau de rémunération ? D'ailleurs, à supposer qu'un employeur n'eut pas respecté ses obligations conventionnelles de souscription issue d'une convention collective autre que celle de 1947, les juges auraient sans doute condamné l'employeur négligent au paiement de dommages-intérêts équivalents au capital décès éludé²⁵. Peut-être que cette subtilité explique pourquoi à notre connaissance aucune convention collective du travail, hormis celle de 1947, n'a instauré de mécanisme de sanction forfaitaire similaire. Il faudrait néanmoins s'interroger sur la validité de ce raisonnement de nos jours.

B. De quelques manières de défaillir au 1,50 % Tranche 1

L'objet de l'obligation conventionnelle n'est pas de garantir un minimum de prestations, mais un minimum de cotisations patronales. Les tribunaux ont d'ailleurs régulièrement condamné des employeurs à la sanction forfaitaire au motif d'une insuffisance de financement même lorsqu'ils démontraient avoir souscrit un contrat d'assurance dont les garanties décès excédaient 3 plafonds de sécurité sociale. En pratique, nous pouvons aussi répertorier, sans exhaustivité, plusieurs autres façons de manquer au 1,50 % : le défaut de souscription d'un contrat **(1)**, l'insuffisance de cotisations **(2)**, l'absence d'affectation prioritaire au décès ou d'affectation générale à un régime de prévoyance d'entreprise **(3)**. Plus récemment, le juge est même allé jusqu'à condamner l'assureur à modifier son contrat pour respecter la norme travailiste **(4)**.

19 - Cass. civ 1., 30 mars 2004, n°01-03.971. Cet arrêt confirme qu'en cas de défaut de conformité à l'obligation d'assurance, l'employeur devient directement débiteur de la sanction pécuniaire.

20 - Cass. soc., 24 avril 1997, n°95-18.039. - V. aussi, Cass. ass. plén., 26 janv. 2001, n° 99-13.397.

21 - Cass. soc., 08 nov. 1994, n° 93-11.239.

22 - Cass. soc. 19 avril 2000, n° 98-15.209.

23 - Cass. soc. 14 juin 2000, n° 98-41.186.

24 - Cass. soc. 08 juillet 1975, n° 74-40641.

25 - Rapp., à propos d'un défaut d'affiliation au régime de retraite complémentaire AGIRC-ARRCO, Cass. soc., 2 févr. 2022, n° 20-16.054, F-D : JurisData n° 2022-001328 ; JCP S 2022, 1095, note Ph. Coursier.

1. Le défaut de souscription d'un contrat ou d'inscription d'un salarié

Il s'agit sans doute de la manière la plus fréquente de ne pas respecter l'obligation car la jurisprudence apprécie le défaut de conformité de façon stricte, pour ne pas dire absolue. En effet, le juge ne tient pas compte d'éventuelles circonstances atténuantes de l'employeur, le refus du salarié de procéder aux démarches administratives pour entériner son inscription au régime n'exonérant pas l'employeur de sa responsabilité²⁶. Cette problématique n'est donc pas rare en pratique, notamment lorsqu'un salarié refuse de remplir son bulletin individuel d'affiliation ou de se prêter au jeu des formalités médicales à l'adhésion, lorsque celles-ci existent. Dans la première situation, les employeurs contournent le problème en demandant à l'assureur ou au gestionnaire d'inscrire directement le récalcitrant, ceci étant d'autant plus facile à mesure que la DSN se déploie²⁷. La seconde situation se rencontre fréquemment à l'occasion d'un changement d'organisme assureur, une fois que l'entreprise a envoyé sa lettre de résiliation. Cette situation est plus problématique car elle pénalise l'ensemble du groupe assuré : en l'absence d'accomplissement de formalités médicales, l'assureur ne peut pas proposer de tarif et le contrat ne peut donc pas entrer en vigueur. Cette circonstance peut pousser l'entreprise à chercher une solution d'assurance sans formalité médicale à l'adhésion. Cependant, ces dernières restent rares sur le marché. L'accompagnement par un courtier en assurance pour replacer l'entreprise aux meilleures conditions paraît alors tout indiqué. On pourrait aussi conseiller aux entreprises de ne pas résilier leur contrat sans prendre la précaution d'être admises à l'assurance par leur nouveau porteur de risque.

2. L'insuffisance de cotisations

Moins fréquente, mais non sans conséquence, la souscription d'un contrat d'assurance auquel l'employeur contribue à hauteur d'un montant inférieur à 1,50 % T1 constitue aussi une source d'insécurité. L'AGIRC a d'ailleurs confirmé dans une lettre du 10 novembre 1993²⁸ le caractère intangible du financement patronal : « *l'employeur qui aurait, par le jeu d'un taux d'appel inférieur à 1,50 %, versé une cotisation inférieure à celle prévue par ledit article ne pourrait être considéré comme remplissant son obligation conventionnelle* ». Ainsi, une vigilance est de mise, lorsque l'employeur, fort de la bonne tenue du résultat technique de son contrat, obtient de son assureur un abattement tarifaire à l'occasion d'une opération de rétention client ou d'une renégociation à échéance. Un employeur l'a d'ailleurs appris à ses dépens dans une affaire de 2010²⁹ où la Cour d'appel de Paris l'a condamné au versement de la sanction forfaitaire suite à une baisse de taux de cotisation consentie par l'assureur (en l'espèce 1,25 % au lieu de 1,50 %), alors même que les ayants droit avaient été bénéficiaires des capitaux décès prévus au contrat. Dans leur malheur, ces derniers auront alors perçu, d'une part un capital contractuel, et d'autre part, la sanction forfaitaire égale à 3 PASS.

La jurisprudence a eu également l'occasion de se prononcer sur l'insuffisance de cotisations dans un contexte où le régime exigeait une part salariale. Dans une espèce de 2013³⁰, les hauts magistrats ont retenu que l'entreprise contribuant à hauteur de 1,05 % TA au jour du décès du salarié, tout en laissant à la charge de ce dernier une part à 0,45 % TA, ne commet pas d'irrégularité au motif qu'il s'agit d'une erreur d'imputation : la veuve ayant perçue le capital décès contractuel, les juges ont reconnu une erreur matérielle pouvant être corrigée par le remboursement des parts salariales indûment précomptées. Toutefois, les entreprises auraient tort de s'approprier cette apparente indulgence, l'arrêt n'ayant fait l'objet d'aucune publication et rendu en formation restreinte.

Enfin, la vigilance doit tout autant s'installer lorsque l'entreprise, faute d'employer de cadre, perd de vue son obligation en oubliant de rehausser sa contribution à l'occasion d'une embauche.

26 - Cass. soc., 23 nov. 1988, n° 85-26.356 ; Cass. civ 1., 30 mars 2004, n° 01-03.971.

27 - La DSN - Déclaration Sociale Nominative est un fichier mensuel produit à partir de la paie destiné à communiquer les informations nécessaires à la gestion de la protection sociale des salariés aux organismes et administrations concernées permettant de remplacer l'ensemble des déclarations périodiques ou événementielles et diverses formalités administratives adressées jusqu'à aujourd'hui par les employeurs à une diversité d'acteurs (CPAM, Urssaf, AGIRC ARRCO, Organismes complémentaires, Pôle emploi, Centre des impôts, Caisses régimes spéciaux, etc.) <http://www.dsn-info.fr/>.

28 - Lettre Agirc, 10 novembre 1993.

29 - CA Paris, pôle 6 - ch. 9, 14 avril 2010, n° 08/10505.

30 - Cass. soc., 29 mai 2013, n° 85-11.781.

3. L'affectation non conforme du financement patronal

Plus rarement décelée des entreprises, l'irrégularité suivante pourrait peut-être provoquer une condamnation : la prise en compte du financement patronal de la garantie de ressource légale ou conventionnelle³¹ lorsque celle-ci est externalisée à l'intérieur du régime de prévoyance complémentaire. En effet, le maintien de salaire n'entrant juridiquement pas dans le domaine de la prévoyance complémentaire exonérée³², son financement devrait sans doute être exclu de l'appréciation de la conformité au 1,50 % T1. En pratique, cette situation est très fréquente puisque l'écrasante majorité des contrats d'assurance répondant à l'obligation du 1,50 % inclut la couverture de l'incapacité de travail et ce, après application d'une franchise³³. Selon la durée de ladite franchise, le risque de superposition avec la garantie de ressource patronal s'avère réel (et fréquent en pratique). Ainsi la présence d'une fraction de la « mensu » dans le régime de prévoyance des cadres pourrait nuire à la conformité au 1,50.

A notre sens, voici un argument militant fortement pour une disparition de la ligne de démarcation, très artificielle, entre le maintien de salaire (obligation personnelle de l'employeur) et la couverture du risque incapacité par un tiers assureur. Cette distinction s'avère peu évidente tant pour l'entreprise que pour les salariés puisqu'elles ont toutes deux pour objet de protéger le revenu professionnel à un certain niveau pendant telle durée suivant un délai de carence.

4. La condamnation de l'assureur à modifier la portée de son contrat

Dans un arrêt du 11 juin 2015³⁴, la Cour de cassation a écarté l'application d'une clause d'un contrat d'assurance en raison de sa contradiction avec la Convention AGIRC, c'est-à-dire avec une norme de source travailliste. En l'espèce, un assureur avait refusé le paiement des capitaux décès en application d'une clause contractuelle excluant le suicide d'un salarié survenu avant l'expiration d'un délai de 2 ans d'ancienneté sur le contrat. Or, cette disposition s'avérait contraire à l'article 7 de la Convention AGIRC³⁵ : seul le suicide survenu dans les deux ans suivant l'admission au régime, et non au contrat, pouvait être exclu³⁶. L'assureur fut alors condamné au paiement de la sanction forfaitaire aux ayants droits³⁷, instaurant ainsi une confusion des genres : au cœur de l'opération de prévoyance réside une relation triangulaire liant d'une part l'employeur à ses salariés, et d'autre part l'assureur à l'employeur. Les salariés et l'assureur sont quant à eux liés ensemble de manière « détournée » par le mécanisme de la stipulation pour autrui. Le régime, incarné par une source de droit du travail, constitue alors une promesse patronale de couverture envers les salariés, dont l'exécution est gagée par la souscription d'un contrat d'assurance. L'employeur reste donc seul responsable sur ses propres deniers de la mise en œuvre (ou du défaut d'exécution) de la promesse travailliste. Dans le schéma traditionnel, il eut été plus conforme d'aboutir à une mise en jeu de la responsabilité de l'employeur, lequel aurait pu par ricochet en appeler à la responsabilité de son conseil.

En condamnant l'assureur, le juge érige donc la norme travailliste en règle contraignante primant la liberté contractuelle des parties. Cela revient à conférer au juge une faculté d'interprétation contractuelle en se référant à la Convention collective des cadres, alors que cette dernière ne lie pas les tiers à la relation de travail. Cette « erreur de logique », pour reprendre l'expression du Professeur Morvan³⁸, enfonce le clou quant à la perception de l'obligation du 1,50 % T1 : plus une règle d'ordre public qu'une source de droit négociée, puisque pour le juge, elle prime la liberté contractuelle des parties.

31 - Article. L. 1226-1 du Code de la sécurité sociale.

32 - Cass. 2^e civ., 23 novembre 2006, n° 05-11364, n°04-30474, n°05-17441, n° 04-30208 ; lettre circulaire ACOSS n° 2007-030 du 08/02/2007 relative à la contribution versée par l'employeur à un organisme assureur pour garantir le risque d'avoir à financer le maintien de salaire.

33 - Les contrats souscrits au profit des seuls salariés relevant des articles 4 et 4bis de la CCN de 1947 au taux de 1,50% et couvrant uniquement le décès sont très rares, quand bien même cette situation ouvrirait droit à la présomption du caractère collectif du régime.

34 - Cass. 2^e civ., 11 juin 2015, n° 14-17.114.

35 - ASQUINAZI-BAILLEUX D., « Garantie décès formulée par la convention AGIRC - Chronique protection sociale » - JCP E, n° 10, 10 mars 2016.

36 - Article 7, §2 de la CCN AGIRC. En l'espèce, le salarié avait été admis au régime de prévoyance des cadres depuis 1996, nonobstant le changement d'organisme assureur.

37 - Obligeant alors l'assureur à violer l'article L. 132-7 du Code des assurances : « L'assurance en cas de décès est de nul effet si l'assuré se donne volontairement la mort au cours de la première année du contrat ». Cette affaire illustre de manière opportune les difficultés des assureurs à gager les engagements des partenaires sociaux. D'autres exemples peuvent-être relevés comme l'interdiction pour les assureurs d'assurer la tête des enfants de moins de 12 ans alors que les conventions collectives n'excluent pas toujours ce public du giron des garanties obsèques.

38 - MORVAN P., « Droit de la protection sociale », 9^{ème} édition, Lexis Nexis, § 970.

In fine, entre sa mise en œuvre difficile à sécuriser, sa sanction forfaitaire qui n'est pas sans rappeler mutatis mutandis une peine d'amende, son montant extrêmement dissuasif, son enchevêtrement avec le maintien de salaire, et la propension du juge à faire supporter les contraintes patronales aux assureurs, la perception du 1,50 % T1 frise la valeur légale.

Du haut de ses 73 ans, ne serait-il pas temps de lui offrir une nouvelle jeunesse en généralisant par voie légale à tous les salariés, quelle que soit leur catégorie socio-professionnelle, le bénéfice d'un régime de prévoyance assurant une protection pécuniaire contre les effets dévastateurs d'une incapacité de longue durée, d'une invalidité ou d'un décès sur leurs finances familiales ? La contrainte par un budget plancher catégoriel plutôt qu'une prestation minimale harmonisée renforce l'hétérogénéité du niveau de couverture entre salariés. En se focalisant ces dernières années sur le remboursement des frais de santé, le Législateur n'aurait-il pas perdu de vue que la survenance du risque « lourd », caractérisée par une faible fréquence mais un fort coût économique, pourrait conduire à la faillite personnelle ? Il est maintenant temps d'y songer.

Wilfrid Millet