

## → CHRONIQUE

**Prévoyance santé : débats sur la date d'application de la portabilité**

L'article 14 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 prévoit que pendant sa période de chômage, un ancien salarié bénéficie des garanties de couvertures complémentaires prévoyance et santé appliquées dans l'entreprise pendant une durée maximale de neuf mois. Cet accord ayant fait l'objet de trois avenants portant soit sur sa date d'application, soit sur le dispositif lui-même, plusieurs auteurs se sont déjà exprimés à ce sujet. Voici une nouvelle contribution à verser au débat.

► **Elisabeth Graujeman**  
Avocat associé  
Cabinet Chassany Watrelot et associés

**L**a confusion règne sur la date de mise en œuvre du nouveau dispositif de « portabilité » créé par l'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008.

S'agit-il :

- du 1<sup>er</sup> juillet 2009 ;
- de la date à laquelle sera publié l'arrêté d'extension de l'avenant n° 3 du 18 mai 2009 ;
- ou du 1<sup>er</sup> mai 2009 comme le soutiennent certains.

Une partie de la doctrine considère en effet que les entreprises n'adhérant pas à une organisation patronale signataire de l'ANI auraient dû mettre en œuvre ce nouveau dispositif à compter du 1<sup>er</sup> mai 2009.

Cette dernière position n'a pas manqué de créer de vives inquiétudes dans des entreprises qui, en toute bonne foi, ne pensaient pas être concernées par cette nouvelle obligation dès cette date.

En effet, la date d'entrée en vigueur de ce nouveau dispositif, initialement fixée au 19 janvier 2009, avait été reportée au 1<sup>er</sup> juillet 2009 par les signataires de l'ANI.

Dans ces conditions, pourquoi « remonter » le temps jusqu'au 1<sup>er</sup> mai 2009 ?

Nous étudierons ci-après les raisons invoquées au soutien de cette thèse, et celles pour lesquelles nous considérons au contraire qu'aucune obligation n'existait avant le 1<sup>er</sup> juillet 2009.

**SOMMAIRE**

<b>Chronique</b> .....	1
Prévoyance santé : débats sur la date d'application de la portabilité .....	
<b>ACTUALISATION DE L'OUVRAGE</b> .....	5
► Pension de réversion : majoration pour faibles ressources .....	
► Nouvelle procédure d'instruction des AT/MP .....	
► Majoration du complément mode de garde pour horaires « atypiques » .....	
<b>SOMMAIRE RÉCAPITULATIF</b> .....	14

Ce numéro est accompagné d'un encart publicitaire

N° 243

septembre

2009

ISSN 1256-9909

Ce bulletin actualise  
votre ouvrage entre  
deux éditions



Grâce au E-pass accessible depuis votre cédérom, vous pouvez consulter les informations de ce bulletin dès son bouclage par nos rédactions, effectuer des recherches, par mot(s)-clé(s) et disposer d'une veille juridique personnalisée. Pour en savoir plus, nos conseillers sont à votre disposition au

► N° Indigo 0 825 08 08 00

0,15 € TTC / MN

www.wkf.fr



Lamy

une marque Wolters Kluwer

### Aucune obligation avant le 1<sup>er</sup> juillet 2009

C'est seulement depuis cette dernière date que certaines entreprises ont l'obligation de mettre en œuvre le nouveau dispositif de portabilité prévu en matière de prévoyance-santé. Sont ainsi concernées, comme il sera expliqué ci-après, les entreprises adhérant directement ou indirectement à une organisation patronale signataire de l'ANI (Medef, CGPME, UPA).

Les autres entreprises ne seront tenues par cette nouvelle obligation qu'à compter :

- de l'arrêté d'extension de l'avenant n° 3 du 18 mai 2009 pour les entreprises comprises dans le champ d'application de l'ANI mais n'adhérant pas à l'une des organisations patronales signataires de cet accord ;
- de l'arrêté d'élargissement de l'ANI pour les entreprises non comprises dans son champ d'application.

Avant d'aborder ce débat, il est important de rappeler l'historique des textes relatifs à la portabilité de la prévoyance-santé.

Ce nouveau dispositif a été créé par l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 et devait initialement entrer en vigueur le 19 janvier 2009. Il paraissait toutefois quasiment impossible de l'appliquer dès cette date, les dispositions initiales de l'article 14 ne paraissant pas suffisamment précises pour pouvoir le mettre en œuvre de façon concrète.

C'est pourquoi, dès le début du mois de janvier 2009, les partenaires sociaux ont souhaité se donner le temps de définir les précisions techniques qu'ils jugeaient eux-mêmes indispensables à la mise en œuvre effective de la portabilité.

A cette fin, ils ont pris soin de reporter la date « d'exigibilité » de la portabilité : du 19 janvier 2009 au 1<sup>er</sup> mai 2009, par un premier avenant en date du 12 janvier 2009 ; puis du 1<sup>er</sup> mai 2009 au 1<sup>er</sup> juillet 2009, par un avenant n° 2 du 24 avril 2009.

La continuité des reports a donc été assurée par ces avenants jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2009.

Les négociations ont finalement abouti le 18 mai 2009 à la conclusion d'un avenant n° 3 qui a totalement réécrit les dispositions initiales de l'article 14 relatives à la portabilité des droits en matière de prévoyance-santé, et a ainsi substantiellement modifié le dispositif d'origine (notamment en ce qui concerne la durée de la portabilité).

Cet avenant n° 3 a prévu qu'il entrerait en application le 1<sup>er</sup> juillet 2009 (article 3 de l'avenant). Il devrait faire pro-

chainement l'objet d'un arrêté d'extension (un avis d'extension de l'avenant n° 3 ayant été publié au JO du 22 juillet 2009).

### Portabilité à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2009

Les entreprises ayant l'obligation de mettre en œuvre la portabilité depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2009 sont celles :

- comprises dans le champ d'application de l'ANI du 11 janvier 2008 (c'est-à-dire relevant d'un secteur d'activité représenté au Medef, à la CGPME et à l'UPA) ;
- et
- adhérant, directement ou indirectement, à une organisation patronale signataire de l'ANI (directement en tant que membre du Medef, de la CGPME ou de l'UPA, ou indirectement en tant que membre d'une organisation professionnelle elle-même adhérente au Medef, à la CGPME ou à l'UPA).

Même non étendu, l'avenant n° 3 leur était applicable dès sa date d'entrée en application, soit dès le 1<sup>er</sup> juillet 2009.

En effet, les entreprises qui adhèrent directement ou indirectement à une organisation patronale signataire d'un accord collectif ont les mêmes obligations que si elles avaient elles-mêmes « signé » l'accord. Tout se passe comme si les organisations patronales auxquelles elles adhèrent avaient signé l'accord « en leur nom et pour leur compte ».

L'obligation de mettre œuvre la portabilité à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2009 implique, par prudence et en l'absence de précision apportée par l'avenant n° 3, de proposer ce nouveau dispositif aux salariés dont le contrat de travail prend fin après le 1<sup>er</sup> juillet 2009, même si la rupture de leur contrat leur a été notifiée avant cette date.

N'auront l'obligation de mettre en œuvre la portabilité qu'à compter de la publication de l'arrêté d'extension de l'avenant n° 3, les entreprises comprises dans le champ d'application de l'ANI du 11 janvier 2008 mais n'adhérant pas (directement ou indirectement) à une organisation patronale signataire de l'ANI (Medef, CGPME, UPA).

Rappelons en effet que les entreprises n'adhérant pas à une des organisations patronales signataires d'un accord collectif ne peuvent être tenues d'appliquer les dispositions de cet accord que s'il a fait l'objet d'un arrêté d'extension.

En effet n'étant pas adhérentes aux organisations patronales signataires et n'étant donc pas « représentées » par ces dernières, elles ne peuvent se voir imposer un accord auquel elles ne sont pas parties.

Seul un arrêté d'extension permet de déroger à cette règle, qui n'est que l'application, en droit du travail, du principe de l'effet relatif des contrats.

Ces entreprises n'auront donc l'obligation de mettre en œuvre la portabilité qu'à compter de la publication de l'arrêté d'extension de l'avenant n° 3.

### Obligation à compter de l'arrêté d'élargissement

Les entreprises non comprises dans le champ d'application de l'ANI sont celles relevant d'un secteur d'activité non représenté au Medef, à la CGPME ou à l'UPA.

C'est le cas notamment du secteur agricole, des professions libérales, du secteur sanitaire et social, etc.

L'ANI, même étendu, ne leur est pas applicable. Un arrêté d'extension ne rend en effet l'accord obligatoire que pour les employeurs compris dans son champ d'application.

Seul un arrêté d'élargissement permet d'imposer un ANI dans une ou plusieurs branches d'activité non comprises dans le champ d'application de l'accord.

La portabilité ne sera donc obligatoire dans ces entreprises que si l'ANI fait l'objet d'un arrêté d'élargissement dans le secteur dont elles relèvent.

### Quelle obligation dès le 1<sup>er</sup> mai 2009 ?

Selon certaines analyses, les entreprises comprises dans le champ d'application de l'ANI mais n'adhérant pas à une organisation patronale signataire de cet accord seraient tenues de mettre en œuvre le dispositif de portabilité dans sa version initiale (c'est-à-dire celle prévue par l'article 14 de l'ANI avant sa modification par l'avenant n° 3) dès le 1<sup>er</sup> mai 2009, et ce jusqu'à l'extension de l'avenant n° 3.

Le motif avancé, tel que nous le comprenons, est le suivant : L'article 14 de l'ANI, dans sa version d'origine, avait été étendu. Le premier avenant du 12 janvier 2009, qui avait reporté la date d'exigibilité de la portabilité au 1<sup>er</sup> mai 2009, a également été étendu.

Ces textes étendus seraient en conséquence toujours obligatoires pour les entreprises non adhérentes à une organisation patronale signataire, auxquelles l'avenant n° 3 non étendu n'est pas applicable. Ces entreprises seraient dès lors tenues de mettre en œuvre l'article 14 de l'ANI dans sa version initiale, et ce depuis le 1<sup>er</sup> mai 2009.

En outre, selon cette analyse, ces entreprises ne pourraient se prévaloir ni de l'avenant n° 2 du 24 avril 2009 (qui avait repoussé la date du 1<sup>er</sup> mai 2009 au 1<sup>er</sup> juillet 2009) dans la mesure où celui-ci n'a jamais été étendu, ni de l'avenant n° 3 du 18 mai 2009 puisque celui-ci n'a pas encore été étendu. L'obligation d'appliquer la portabilité « ancienne version » perdurerait ainsi jusqu'à l'extension de l'avenant n° 3 (un arrêté d'extension ne pouvant produire d'effet que pour l'avenir).

Au-delà des considérations d'ordre pratique liées aux difficultés de gestion d'une telle obligation, (1) il nous semble qu'elle est juridiquement contestable pour les raisons suivantes.

L'avenant n° 3 du 18 mai 2009 a « remplacé » toutes les dispositions initiales de l'article 14 sur la portabilité, qui figureraient au premier point du deuxième paragraphe de l'article 14.

L'avenant n° 3 prévoit ainsi que :

*« Le premier point du deuxième paragraphe de l'article 14 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 est remplacé par les dispositions suivantes ».*

Les nouvelles dispositions de l'avenant n° 3 se sont ainsi substituées de plein droit aux stipulations d'origine de l'article 14 sur la portabilité, qui n'existent plus.

Le fait que cet avenant n° 3 n'ait pas été étendu a uniquement pour conséquence de le priver d'effet obligatoire vis-à-vis des entreprises n'adhérant pas aux organisations patronales signataires de l'ANI. Cela ne signifie pas pour autant qu'il ne puisse produire ses effets juridiques vis-à-vis des dispositions initiales de l'ANI qui ont été « remplacées » – et donc définitivement supprimées – de par la volonté des parties.

Il ne faut pas en effet confondre la règle selon laquelle les entreprises non adhérentes ne sont pas obligées d'appliquer l'avenant n° 3, et la portée de cet avenant sur les dispositions d'origine de l'ANI.

L'avenant n° 3, même non étendu, a, dès son entrée en vigueur, eu un effet « substitutif » sur les dispositions initiales de l'article 14, qui ne peuvent donc plus produire d'effet.

En conséquence, l'extension des dispositions initiales de l'article 14 (et en corollaire l'extension de l'avenant du 12 janvier 2009 qui avait fixé la date d'entrée en vigueur de ces dispositions au 1<sup>er</sup> mai 2009) est devenue caduque en application de l'article L. 2261-28 du Code du travail.

Ce texte prévoit en effet que : *« l'arrêté d'extension d'une convention ou d'un accord devient caduc à compter du jour où la convention ou l'accord en cause cesse de produire effet ».*

L'article L. 2261-28 doit selon nous s'appliquer aux dispositions d'origine de l'article 14 qui ont toutes cessé de produire effet en application de l'avenant n° 3.

Il importe peu que cet avenant n° 3 n'ait pas été étendu alors que les dispositions initiales de l'article 14 ont, elles, fait l'objet d'un arrêté d'extension.

La Cour de Cassation a d'ailleurs déjà statué en ce sens en considérant que les dispositions initiales d'une convention ►

collective étendue qui sont remplacées par un avenant non étendu cessent de produire effet et ne peuvent plus être invoquées par les salariés (Cass. soc., 29 mai 2001 n° 99-42.366).

On ne peut donc pas considérer que les dispositions initiales de l'article 14 de l'ANI, qui sont désormais sans effet même si elles ont été étendues, obligerait les entreprises non adhérentes à une organisation patronale signataire de l'ANI à mettre en place un dispositif de portabilité depuis le 1<sup>er</sup> mai 2009 (2).

En résumé, la date d'entrée en vigueur du nouveau dispositif de portabilité est selon nous la suivante :

#### **Entreprises comprises dans le champ d'application de l'ANI**

- Entreprises adhérentes (directement ou indirectement) au Medef, à la CGPME ou à l'UPA ;
- 1<sup>er</sup> juillet 2009 ;
- Entreprises non adhérentes (directement ou indirectement) au Medef, à la CGPME ou à l'UPA ;
- A compter de la publication de l'arrêté d'extension de l'avenant n° 3 ;

#### **Entreprises non comprises dans le champ d'application de l'ANI**

- A compter de la publication d'un arrêté d'élargissement.

*(1) Les entreprises concernées devraient ainsi appliquer le dispositif de portabilité dans son « ancienne version », dont tout le monde s'accordait à dire qu'il était quasiment impossible à mettre en œuvre en pratique en l'absence de précision technique. Ces entreprises devraient en conséquence adapter leur contrat d'assurance à cet ancien dispositif ... puis le modifier à nouveau pour se conformer au nouveau dispositif de portabilité prévu par l'avenant n° 3 à compter de son extension ! On notera en outre que, très paradoxalement, les entreprises non adhérentes à une organisation patronale signataire auraient plus d'obligations que les entreprises adhérentes à une organisation patronale signataire (qui, elles, ne sont tenues de mettre en œuvre la portabilité qu'à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2009).*

*(2) Et ce même si l'avenant n° 3 n'est entré en vigueur qu'à compter du 1<sup>er</sup> juillet. En effet l'avenant n° 2 du 24 avril 2009 avait reporté la date d'entrée en vigueur des dispositions initiales de l'article 14 de l'ANI au 1<sup>er</sup> juillet 2009 (ce qui a permis d'assurer le report successif et continu des dates d'entrée en vigueur de l'ANI jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet). Même non étendu cet avenant n° 2 a lui aussi produit ses effets de telle sorte qu'il importe peu que l'avenant du 12 janvier 2009, qui avait reporté la date d'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> mai 2009, ait été étendu. Cet avenant du 12 janvier 2009 comme son arrêté d'extension **sont sans effet** depuis la conclusion de l'avenant n° 2.*

Ces entreprises ne peuvent être tenues de mettre en place la portabilité qu'à compter de l'extension de l'avenant n° 3. ❖