

Analyse critique de l'article 14 de l'Ani du 11 janvier 2008

Gilles Briens, Avocat associé, Fromont Briens & Associés

L'article 14 de l'accord national inter-professionnel (Ani) du 11 janvier 2008 nouveau vient de sortir ! Conscients des problèmes d'application que posait la première version du dispositif de portabilité des droits à garanties prévoyance et frais médicaux des chômeurs, les partenaires sociaux ont modifié ce dispositif (*avenant n° 3 du 18 mai 2009*). Sous couvert de précisions, ce texte a été profondément remanié. Il est plus simple et plus facile à mettre en œuvre, mais tous les problèmes ne sont pas réglés, tant sur le plan juridique que pratique. L'idée de la portabilité des droits à protection sociale complémentaire des chômeurs semble faire l'unanimité. Encore faut-il qu'elle soit bien exécutée.

Il faudra très vite arrêter des solutions pratiques, puisque ce dispositif est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2009. Il s'appliquera à certaines ruptures de contrats de travail intervenant après cette date (*voir ci-après*). Pour rédiger les accords collectifs, les contrats d'assurance et les autres actes nécessaires à la mise en œuvre de cet avenant, il faut prendre l'exacte mesure des obligations des entreprises. À cette fin, une lecture commentée de cet article est proposée ci-après ; les questions sans réponses sont nombreuses.

1 CHAMP D'APPLICATION

Jusqu'à l'extension des avenants et l'élargissement, on recensera les principaux cas au regard du champ d'application de l'article 14 de l'Ani :

- les employeurs adhérents, directement ou indirectement à une organisation patronale signataire de l'accord, pour lesquels les avenants des 12 janvier, 24 avril et 18 mai 2009 à l'article 14 de l'Ani ont produit tous leurs effets. Ils devront, à compter du 1^{er} juillet 2009, mettre en œuvre les dispositions de l'article 14, dans sa version issue de l'avenant n° 3.

- les employeurs non adhérents directement ou indirectement à une organisation patronale signataire de l'accord, mais dont l'activité relève d'une branche profession-

nelle dans laquelle les organisations patronales signataires sont reconnues représentatives. Ils sont liés par l'article 14 de l'Ani, mais dans sa version initiale pour des périodes se situant entre le 26 janvier et le 20 mars 2009 (date de l'extension de l'avenant n° 1 reportant la date d'application au 1^{er} mai) ; puis à compter du 1^{er} mai 2009, jusqu'à l'extension de l'avenant n° 3.

Si néanmoins l'avenant n° 2 venait à être étendu, ils bénéficieraient à compter de la date d'extension du report jusqu'au 1^{er} juillet.

- les employeurs non adhérents à une organisation patronale signataire, dont l'activité relève d'une branche au sein de laquelle ni le Medef, ni l'UPA, ni la CGPME ne sont reconnues représentatives, pour lesquels l'Ani n'est pas applicable faute d'élargissement (*sur ce thème, v. Cass. soc., 19 mars 2005, n° 03-16.616*).

2 CAS D'APPLICATION

► 1^{er} alinéa de l'article 14

« Pour garantir le maintien de l'accès à certains droits liés au contrat de travail, en cas de rupture de celui-ci¹ ouvrant droit à prise en charge par le régime d'assurance chômage, un mécanisme de portabilité est, dès à présent, mis en place pour éviter une rupture de tout ou partie de leur bénéfice entre le moment où il est mis fin au contrat de travail du salarié et celui où il reprend un autre emploi et acquiert de nouveaux droits. »

L'expression « [...] le moment où il est mis fin au contrat de travail... », est assez malvenue. Littéralement, elle vise la notification du licenciement ou plus généralement la décision de rupture, alors que les partenaires sociaux ont probablement voulu faire courir le maintien de la garantie à compter de la date où le contrat de travail prend fin.

C'est d'ailleurs ce qui est prévu dans la suite de l'accord.

Toutes les ruptures ouvrant droit à la prise en charge par l'assurance chômage entrent dans le champ d'application du nouveau mécanisme de portabilité. L'idée est de

maintenir temporairement la protection sociale complémentaire dont bénéficiait le salarié par le même contrat collectif. Sont concernés par le dispositif, les licenciements (hors licenciements pour faute lourde), les ruptures conventionnelles, les ruptures des contrats d'apprentissage et des contrats de professionnalisation, les ruptures des contrats à durée déterminée d'un commun accord ou à l'initiative de l'employeur. L'échéance du terme des contrats à durée déterminée ainsi que les démissions ouvrant droit à l'assurance chômage, entraîneront également la portabilité². Encore faut-il que le salarié remplisse toutes les conditions d'affiliation lui permettant effectivement de bénéficier d'une prise en charge par le régime d'assurance chômage. Il ne suffit pas que la rupture soit de nature à ouvrir droit à l'assurance chômage.

Il ressort de ce dispositif que les mandataires sociaux ne pourront pas en bénéficier, sauf s'ils se trouvent dans une situation de cumul contrat de travail-mandat, reconnu valable par l'assurance chômage.

L'exclusion du licenciement pour faute lourde du champ d'application de l'article 14 de l'Ani, va sans doute causer d'importantes difficultés en cas de requalification de la faute lourde en faute grave, voire en licenciement sans cause réelle et sérieuse. En cas de sinistre post-rupture du contrat de travail sans affiliation « article 14 Ani », la responsabilité de l'entreprise risque d'être engagée. La prudence conduira les entreprises à ne pas appliquer cette exclusion, dans la mesure où les conséquences d'une requalification de la faute lourde en faute grave peuvent être importantes : le coût du sinistre, mis à la charge de l'entreprise, peut être considérable et la prestation considérée comme un salaire (*Cass. ass. plén., 26 nov. 2001, n° 99-11.758*).

Par ailleurs, cette exclusion n'est pas exempte de critiques au regard de la prohibition des sanctions pécuniaires visées à l'article L. 1331-2 du Code du travail, selon lequel : « Les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites. Toute disposition ou stipulation contraire est réputée non écrite. »



1. Rupture non consécutive à une faute lourde.

2. Dans ce dernier cas, très souvent l'employeur ne saura qu'a posteriori que cette démission ouvre droit à portabilité, après décision du Pôle Emploi.

●●● ► **Objet de la portabilité**

• **2^e alinéa de l'article 14** : « [...] les intéressés garderont le bénéfice des garanties des couvertures complémentaires santé et prévoyance appliquées dans leur ancienne entreprise [...] »

L'expression « le bénéfice des garanties des couvertures complémentaires... » a une portée très générale, elle est imprécise.

La question peut sérieusement se poser de savoir si elle vise à la fois les garanties prévoyance et frais médicaux résultant des contrats d'assurance et l'obligation de l'employeur de compléter le salaire, en application de la convention collective de branche (mensualisation) ou du statut du personnel de l'entreprise.

Il est probable que les partenaires sociaux ont voulu viser le dispositif d'assurance, comme le laissent penser les dispositions du reste du texte sur le financement du système de garantie, la notice d'information, etc. La notion de « couverture » fait référence au vocabulaire utilisé par le législateur dans l'article 1^{er} de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite loi « Évvin » qui, en visant les « opérations de couverture », traite des contrats de garanties collectives. Cette expression est reprise au 3^e alinéa. Mais on a connu des textes plus clairs et plus précis !

Au contraire, les articles L. 911-1 et L. 911-2 du Code de la sécurité sociale adoptent une conception très extensive de la notion de « garanties collectives de salariés ». En pratique, peut-on faire varier le droit à portabilité en fonction de la façon dont l'employeur a décidé de gérer son obligation de mensualisation ? Par exemple, dans le cadre de l'application d'une même convention collective, un employeur peut décider de mettre en place un contrat d'assurance incapacité-invalidité-décès, en relais de l'obligation conventionnelle de maintien de salaire. Un autre pourra décider, au contraire, de faire assurer, pour partie, son obligation. Si on considère que le dispositif de portabilité ne s'applique qu'aux droits liés aux contrats d'assurance, dans le premier cas le salarié malade pendant la période dite de mensualisation ne bénéficiera d'aucune portabilité. À l'inverse, dans l'autre cas. Le résultat serait d'autant plus paradoxal que généralement plus l'ancienneté du salarié est importante, plus le droit à complément de salaire direct par l'employeur est long. Le cas d'un régime « chapeau

mensualisation » est également problématique. Cette question sera réexaminée ci-après, lorsque seront étudiées les conditions d'ouverture du droit à portabilité.

Toutes les garanties complémentaires, prévoyance (y compris la dépendance) et frais médicaux, obligatoires ou facultatives, sont visées par ce dispositif. Les intéressés auront donc droit à la couverture et à la contribution patronale dont ils bénéficiaient au titre de leur contrat de travail.

Pour les garanties complémentaires santé :

– s'ils bénéficiaient d'une couverture « famille » financée par l'employeur, les garanties maintenues auront la même étendue et l'employeur devra contribuer au titre de la cotisation familiale ;

– s'ils bénéficiaient d'une couverture « isolé » co-financée et « famille » à leur charge exclusive le texte impose la poursuite de la couverture « famille », l'employeur ne maintenant que la quote-part qu'il acquittait sur la couverture « isolé ».

Les changements de la situation familiale de l'intéressé post-rupture du contrat de travail seront pris en compte, notamment pour le calcul des prestations dues en cas de décès. Les chômeurs vont garder le bénéfice des garanties « ... appliquées dans l'ancienne entreprise ». Que va-t-il se passer lorsque l'entreprise va modifier à la hausse ou à la baisse les garanties ? Les nouvelles modalités applicables dans l'entreprise seront-elles appliquées aux bénéficiaires de l'article 14 de l'Ani ? Le texte semble autoriser cette solution. Tout va se passer comme si le chômeur était toujours salarié de l'entreprise, il n'aura ni plus, ni moins de droits que si son contrat de travail n'avait pas été rompu. De même, l'emploi du mot « appliquées », avec un rattachement à la période de chômage, permet de considérer que les modifications à la hausse ou à la baisse des cotisations pourront être répercutées sur ces anciens salariés, ce qui pose des problèmes d'application si la cotisation a été préfinancée.

La résiliation du contrat d'assurance sans solution de remplacement sera également opposable. La garantie du chômeur va disparaître comme celle des salariés actifs (*sur les conséquences du non-paiement des cotisations, voir ci-après*), sous réserve du maintien des prestations au niveau atteint, en cas

de résiliation du contrat d'assurance si le sinistre est intervenu avant la résiliation du contrat de travail³.

En cas de changement d'organisme assureur les bénéficiaires de l'« article 14 », relèveront du nouveau contrat. Il appartiendra désormais pour établir une tarification aux organismes assureurs de demander à leurs prospects de déclarer le nombre et la situation des anciens salariés relevant de l'article 14, comme ils le font en principe en matière de prévoyance, s'agissant des « sinistres en cours ».

Dans le rapport sur les comptes du contrat par l'assureur remis chaque année, la situation des ex-salariés chômeurs pris en charge au titre de l'article 14 devra être clairement identifiée.

3 DURÉE DE LA PORTABILITÉ

La portabilité durera : « [...] pendant leur période de chômage et pour des durées égales à la durée de leur dernier contrat de travail, appréciée en mois entiers, dans la limite de neuf mois de couverture. »

La durée de portabilité sera égale à la durée du contrat de travail, dans la limite de neuf mois, ce qui est plus simple que sous l'empire de la version précédente de l'article 14. L'employeur peut déterminer seul la durée de son obligation. Il connaît la durée du dernier contrat de travail. Cette durée sera appréciée en mois entiers. Le nouveau dispositif ne précise pas s'il s'agit de périodes de trente jours ou de mois calendaires.

On peut penser qu'il faudra au moins un mois d'activité pour bénéficier du nouveau système. Mais, par prudence, les entreprises pourront interpréter ce texte de la façon la plus large possible (trente jours de date à date, arrondis au nombre de mois supérieur), compte tenu du faible coût de la cotisation par rapport aux conséquences qui peuvent être très importantes d'un sinistre non garanti.

4 COORDINATION AVEC L'ARTICLE 4 DE LA LOI DITE ÉVVIN

Les partenaires sociaux conscients du problème de coordination entre ce dispositif et

3. Article 7 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite loi « Évvin » : « Lorsque des assurés ou des adhérents sont garantis collectivement contre les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, le risque décès ou les risques d'incapacité ou d'invalidité, la résiliation ou le non-renouvellement du contrat ou de la convention est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant son exécution. Le versement des prestations de toute nature se poursuit à un niveau au moins égal à celui de la dernière prestation due ou payée avant la résiliation ou le non-renouvellement, sans préjudice des révisions prévues dans le contrat ou la convention. De telles révisions ne peuvent être prévues à raison de la seule résiliation ou du seul non-renouvellement. L'engagement doit être couvert à tout moment, pour tous les contrats ou conventions souscrits, par des provisions représentées par des actifs équivalents. »

l'article 4 de la loi 89-1009 du 31 décembre 1989, dite loi « Évin »⁴, ont demandé aux pouvoirs publics une adaptation du dispositif légal. Le mécanisme de l'article 4 de loi Évin n'a pas le même champ d'application (bénéficiaires différents et garantie frais médicaux seulement). L'obligation pèse sur l'organisme assureur au contraire de celle résultant de l'article 14 de l'Ani qui est à la charge de l'employeur. Il prévoit un maintien des garanties dans le cadre d'un nouveau contrat, alors que l'article 14 de l'Ani implique le maintien temporaire des garanties du chômeur dans le contrat groupe des salariés actifs. L'idée consiste à faire de l'article 4 de la loi « Évin » un système relais de celui de l'article 14 de l'Ani. En effet, dans le cadre du dispositif de portabilité des garanties frais médicaux prévu par cette loi, le bénéficiaire peut demander le maintien des garanties dans un délai de six mois à compter de la rupture de son contrat de travail. La garantie prenant effet le lendemain de la demande. Dès lors que le salarié bénéficie de la portabilité des droits « article 14 Ani » depuis plus de six mois, le mécanisme légal sera privé d'intérêt, d'où l'idée consistant à le mettre en œuvre à l'issue du dispositif de l'article 14 de l'Ani. Compte tenu de la jurisprudence la plus récente (*CA Lyon, ch. civ., 31 janv. 2009, n° 03/4547*), les modifications éventuelles des garanties post-rupture du contrat de travail seront inopposables au bénéficiaire de l'article 4 de la loi « Évin », qui a droit dans le cadre d'un nouveau contrat d'assurance aux mêmes garanties que celles en vigueur à la date de la rupture de son contrat de travail. Les textes devront également être coordonnés sur ce point.

5 CONDITIONS DE LA PORTABILITÉ

• **3^e alinéa de l'article 14** : « *Le bénéfice du maintien de ces garanties est subordonné à la condition que les droits à couverture complémentaire aient été ouverts chez le dernier employeur.* » La question va très rapidement se poser de

savoir ce qu'il faut comprendre par l'expression « [...] droits à couverture complémentaire aient été ouverts [...] » On doit en déduire que :

- si le salarié, lors de la rupture de son contrat de travail, ne remplit pas la condition d'ancienneté éventuellement prévue pour bénéficier du régime⁵ ;
- s'il a renoncé à son affiliation au contrat souscrit par l'entreprise⁶ ;
- s'il n'a pas adhéré au régime facultatif ou à certaines options, il n'a pas de « droit ouvert ».

La situation du salarié dont la rupture du contrat de travail intervient pendant la période de franchise (délai de carence, délai de stage...) prévue par le dispositif de l'entreprise, est problématique. Si on se réfère à deux arrêts controversés de la Cour de cassation⁷, dans ce cas, la garantie n'est pas « ouverte ». En effet, la Cour de cassation, à propos de l'application de l'article 7 de la loi Évin, semble considérer que la franchise était une condition d'application de la garantie. Le droit à garantie est perdu si le délai de franchise s'est écoulé après la résiliation du contrat d'assurance. Tôt ou tard, cette question fera l'objet d'un contentieux. Pourquoi ne pas la régler tout de suite ?

Quid également du cas du salarié en arrêt de travail bénéficiaire d'un complément de salaire, payé par l'employeur en application du statut collectif, dont le contrat de travail est rompu avant la mise en œuvre des prestations garanties par un contrat d'assurance « *relais convention collective* » ? Son droit à la garantie du contrat d'assurance est-il « ouvert » ?

6 FINANCEMENT DU MAINTIEN DE LA GARANTIE

• **4^e alinéa de l'article 14** : « *Le financement du maintien de ces garanties est assuré conjointement par l'ancien employeur et l'ancien salarié dans les proportions et dans les conditions applicables* aux salariés de l'entreprise ou par un système de mutualisation défini par accord collectif. À défaut d'accord collectif, ce*

système de mutualisation peut être mis en place dans les autres conditions définies à l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale.

* *Cette disposition ne fait pas obstacle à un mode spécifique de collecte des cotisations des intéressés qui peuvent être appelées en totalité par l'employeur au moment de la rupture du contrat de travail. Dans ce cas, si l'ancien salarié reprend une activité professionnelle avant la fin de sa période de portabilité, il est, à sa demande, remboursé du trop versé.* »

Cet alinéa propose deux systèmes de financement du dispositif :

- un financement *a posteriori*, dans les mêmes conditions que les actifs par l'employeur et l'ancien salarié ;

Se pose le problème de l'assiette de la cotisation lorsqu'elle est calculée en pourcentage du salaire qui par nature n'existera plus, notamment en cas de rémunération différente d'un mois sur l'autre.

- un système de préfinancement dans le cadre principalement d'un accord collectif, par l'employeur et les salariés actifs.

Ce n'est qu'à défaut que le recours aux autres modes de mise en place pour la mutualisation est envisagé. *Quid* de l'utilisation de décision unilatérale en cas d'augmentation de la cotisation pour aboutir à la mutualisation ? Dans tous les cas, la mise en place de « l'article 14 Ani » implique l'information et la consultation du comité d'entreprise, en application des articles L. 2323-1 et R. 2323-1 du Code du travail⁸.

► Financement au début ou au cours de la période de chômage

Le texte établit un principe : les cotisations sont versées dans les mêmes conditions que pour les salariés actifs. Tout se passe comme si le contrat de travail n'avait pas été rompu. Ce mécanisme va se heurter à des problèmes de mise en œuvre. L'« article 14 » ne dit rien sur la faculté pour l'employeur d'exiger du salarié le précompte de la CSG-CRDS due sur la cotisation patronale. Faute de pouvoir prélever en une seule fois le montant prévi- ●●●

4. « Lorsque des salariés sont garantis collectivement, dans les conditions prévues à l'article 2 de la présente loi, en vue d'obtenir le remboursement ou l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident, le contrat ou la convention doit prévoir, sans condition de période probatoire ni d'examen ou de questionnaires médicaux, les modalités et les conditions tarifaires des nouveaux contrats ou conventions par lesquels l'organisme maintient cette couverture : 1° Au profit des anciens salariés bénéficiaires d'une rente d'incapacité ou d'invalidité, d'une pension de retraite ou, s'ils sont privés d'emploi, d'un revenu de remplacement, sans condition de durée, sous réserve que les intéressés en fassent la demande dans les six mois qui suivent la rupture de leur contrat de travail ; 2° Au profit des personnes garanties du chef de l'assuré décédé, pendant une durée minimale de douze mois à compter du décès, sous réserve que les intéressés en fassent la demande dans les six mois suivant le décès. Le nouveau contrat ou la nouvelle convention doit prévoir que la garantie prend effet, au plus tard, au lendemain de la demande. »

5. Les tarifs applicables aux personnes visées par le présent article peuvent être supérieurs aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs dans des conditions fixées par décret. »

6. La circulaire DSS n° 5B/2009/31 du 30 janvier 2009 prévoit la possibilité d'une durée d'ancienneté maximum de douze mois.

7. La doctrine administrative (voir circulaire DSS n° 5B/2009/31 du 30 janvier 2009) prévoit un certain nombre de dérogations au caractère obligatoire du régime. Sous réserve que ces dérogations soient mises en œuvre, conformément au droit du travail et après une correcte information du salarié, cette renonciation impliquera nécessairement la perte du droit à portabilité.

8. Cass. civ. 2^e, 10 mai 2007, *Conserves France / MMEX* ; Cass. civ. 2^e, 22 janv. 2009, n° 07-21.093 ; voir a contrario : Cass. civ. 2^e, 17 avr. 2008, n° 07-12.088.

8. C. trav., art. R. 2323-1 : « Le comité d'entreprise est informé et consulté préalablement à la mise en place d'une garantie collective mentionnée à l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale ou à la modification de celle-ci. » Sont concernés, par renvoi, les anciens salariés (articles L. 911-1 et L. 911-2 du Code de la sécurité sociale).

●●● sionnel de la cotisation salariale et de la CSG-CRDS correspondant à la cotisation patronale, l'employeur devra demander chaque mois à l'ex-salarié le paiement de ces contributions calculées sur la cotisation patronale... Le coût de gestion risque d'être prohibitif (v. ci-après, les difficultés d'application de ce dispositif en cas de non-paiement des cotisations).

Le renvoi en bas de page précise que ce mécanisme « ne fait pas obstacle » à un mode spécifique de collecte des cotisations des intéressés qui peuvent être appelées en totalité par les employeurs au moment de la rupture du contrat de travail. Si les cotisations deviennent inutiles, parce que le salarié retrouve un

emploi, l'employeur devra rembourser les sommes précomptées. Cette dernière solution est celle qui semble en pratique d'ores et déjà privilégiée par les entreprises.

Faute de précision, la question se pose de savoir si l'employeur peut de plein droit précompter la cotisation salariale (sous entendu, la totalité de la cotisation du salarié et de la CSG-CRDS dues sur la cotisation patronale correspondant à la durée maximum de portabilité). On peut en douter en raison de l'application de l'article 11 de la loi 89-1009 du 31 décembre 1989 (v. ci-après).

► Régime social et fiscal de la cotisation

Cotisations de sécurité sociale

La circulaire DSS/5B/2009/31 du 30 janvier 2009 institue une tolérance en assimilant la cotisation de l'employeur servant au financement du dispositif de l'article 14 de l'Ani à une cotisation des salariés actifs. La circulaire est ainsi rédigée : « Parallèlement, si le système de garanties prévoit un maintien de couverture pour l'ensemble des anciens salariés ou ceux qui le souhaitent, il y a maintien de l'exclusion d'assiette pour les contributions que l'employeur continue à verser à ce titre, dans les mêmes conditions. Ces dispositions s'appliquent en particulier au mécanisme de portabilité en matière de couverture complémentaire santé et prévoyance prévu par l'article 14 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 » (fiche n° 1, p. 5) « [...] Lorsque ceci est prévu, les anciens salariés qui le souhaitent, peuvent choisir le main-

ten de leurs garanties, pour une période limitée après la cessation du contrat de travail, notamment dans le cadre de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, sans que cela remette en cause le caractère obligatoire » (fiche n° 6, p. 19).

Le caractère facultatif de l'adhésion « article 14 Ani » de l'ancien salarié ne sera donc pas un obstacle de principe à l'exonération. Encore faut-il que le régime en cause remplisse toutes les autres conditions d'exonération, ce qui suppose qu'il bénéficie lui-même des dispositions de l'article D. 242-1 du Code de la sécurité sociale et notamment qu'il soit obligatoire. Si ces conditions ne sont pas remplies, *a contra-*

rio, la doctrine administrative semble considérer que la cotisation patronale est requalifiée en salaire, ce qui n'a rien d'évident, puisque le contrat de travail est rompu.

Très opportunément, une lettre du directeur de la Sécurité sociale (DSS/SD5B, n° 09/6546D du 29 mai 2009) à la FFSA, vient de préciser que : « [...] En ce qui concerne les contributions des employeurs versées pour la prévoyance complémentaire des anciens salariés, je vous confirme que les éléments précisés dans la circulaire ont pour but d'assurer que les modifications apportées à un régime sur la portabilité des droits, conformément à l'article 14 de l'accord national interprofessionnel (Ani) du 11 janvier 2008 ne puissent avoir comme conséquence à elles seules de remettre en cause le caractère collectif et obligatoire de ce régime. Bien entendu, ces éléments n'ont pas pour effet de revenir sur la qualification des sommes versées aux retraités par exemple, mais traitent du cas du maintien temporaire des droits au profit des salariés dont le contrat a été rompu. Dans ce cas, comme dans les cas de suspension du contrat de travail [...], les entreprises pourront, pour pouvoir déterminer la limite d'exonération, prendre en compte le montant moyen des rémunérations perçues au cours des douze mois précédant la rupture du contrat [...] »

Prélèvements sociaux

• CSG-CRDS

Se pose la question de la CSG-CRDS due au premier euro sur la cotisation patronale. La direction de la Sécurité sociale ne donnant aucune indication sur la qualification

des contributions patronales « article 14 Ani », s'agit-il :

– de contributions de l'employeur (CSG à 7,5 % et CRDS à 0,5 %), assimilables à des revenus d'activité (application de l'abattement de 3 %),

– ou, de revenus de remplacement (CSG à 6,2 % sur les allocations chômage et CRDS à 0,5 %) ?

Il appartiendra aux entreprises de « choisir » l'une ou l'autre de ces qualifications, dont aucune n'est à ce jour certaine.

• « Taxe prévoyance »

Le prélèvement spécial prévoyance visé aux articles L. 137-1 à L. 137-4 et L. 135-3 et suivants du Code de la sécurité sociale ne vise que les cotisations afférentes aux salariés. *A priori*, il ne sera donc pas applicable à celles des chômeurs, ce qui pose la question de la gestion comptable des cotisations « Ani » : elles devront être distinguées de celles des actifs pour, en pratique, les exclure de l'assiette de ce prélèvement.

Fiscalité

Quelle sera la qualification fiscale de la cotisation patronale ? Faute d'une doctrine administrative exonérant cet avantage, il devra normalement être qualifié de salaire ou, en tout cas, de revenu de remplacement. L'article 83-1° quater du Code général des impôts ne prévoit aucune exonération spécifique de la cotisation patronale, ni la déductibilité de la cotisation salariale, en l'état actuel de la doctrine administrative.

On attend avec impatience les précisions de l'Acoss et de l'administration fiscale sur ces différents points.

► Préfinancement mutualisé

Le dispositif de mutualisation pose des problèmes pratiques importants.

Sur le plan psychologique : il ne sera pas toujours facile de proposer aux salariés de préfinancer les conséquences des futurs licenciements prononcés par l'employeur...

Mise en place du système de financement mutualisé

Le financement de l'obligation de l'article 14 Ani peut être mis en place dans le cadre d'un système de mutualisation à la charge des actifs et de l'employeur par accord collectif. Mais, le texte renvoie également aux autres formes juridiques possibles, prévues par l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale :

– accord à la majorité des travailleurs intéressés ;

– décision unilatérale de l'employeur.

Sur le plan psychologique, il ne sera pas toujours facile de proposer aux salariés de préfinancer les conséquences de futurs licenciements prononcés par l'employeur...

Cette dernière méthode, faute d'accord collectif, nécessite-t-elle l'approbation de chaque salarié lors du départ ? En effet, l'article 11 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite « loi Évin » interdit à un employeur de précompter unilatéralement une cotisation à la charge d'un salarié postérieurement à son embauche. Peut-on, sur la base du dispositif de l'accord national interprofessionnel, considérer que le précompte unilatéral par l'employeur de la cotisation mutualisée s'impose de plein droit aux salariés ? On peut en douter, compte tenu du caractère d'ordre public des dispositions de l'article 11 de la « loi Évin ».

Tarification du système de financement mutualisé

Contrairement à d'autres mécanismes d'exonération de cotisations (garantie exonération de primes dont bénéficient généralement les salariés malades couverts par le contrat de prévoyance), le coût du maintien de la garantie dépend d'une décision du souscripteur, c'est-à-dire l'employeur, qui peut décider ou non d'opérer des licenciements. Il ne dépend pas d'un événement étranger à la volonté des parties. L'aléa, caractéristique de tout contrat d'assurance fait défaut. Le Code des assurances, le Code de la mutualité et le Code de la sécurité sociale prévoient que les organismes assureurs doivent contracter des engagements déterminés. Le coût du maintien de la garantie dépendra de la durée moyenne d'allocations chômage. Les données ne sont pas prévisibles à l'échelle d'une entreprise. Dès lors, on peut craindre que les assureurs aient une vision pessimiste du coût du maintien de la garantie, ce qui peut décourager les entreprises de mettre en place le système de préfinancement. Il s'agit de couvrir par une cotisation forfaitaire le coût de la garantie « gratuite » des futurs allocataires de l'assurance chômage, que personne ne peut prévoir. Aussi, on attend avec curiosité les justifications des tarifs qui seront proposés par les organismes assureurs dans le cadre de ce système de mutualisation. Le préfinancement du maintien de la garantie est une forme de garantie liée à la perte d'emploi qui peut réglementairement être rattaché à la branche assurance chômage ou être considéré comme accessoire du risque principal.

Tout le financement du système « Article 14 Ani » va-t-il être mutualisé ou seulement le maintien des garanties en cas de rupture individuelle ? On imagine mal, en effet, les organismes assureurs s'engager concernant

les conséquences d'une disparition de l'entreprise (liquidation), ou encore d'un plan de sauvegarde de l'emploi. Ils préféreront renvoyer à la négociation au cas par cas, lors de tels événements. Qui règlera la cotisation en cas de disparition de l'entreprise ? Les AGS ? Les assureurs admettront-ils également la rupture conventionnelle ?

Enfin que se passera-t-il lorsque le financement sera partiellement pris en charge par le comité d'entreprise qui est souverain pour décider de l'utilisation de son budget des activités sociales ? L'accord collectif imposant le préfinancement lui sera *a priori* inopposable.

Se pose par ailleurs le problème de la mise en œuvre de l'article 14 de l'Ani lorsque la CCN prévoit déjà un maintien des garanties pour une durée inférieure ou supérieure et que l'entreprise n'est pas assurée auprès de l'organisme désigné.

Compte tenu de toutes ces contraintes et de ces interrogations, le système de mutualisation ne sera, probablement, mis en place que dans le cadre des accords de branche de prévoyance et/ou de frais médicaux, au moins dans un premier temps.

7 RENONCIATION AU MAINTIEN DES GARANTIES

• 5^e alinéa de l'article 14 : « [...] le salarié a la possibilité de renoncer au maintien de ses garanties [...] »

► Principe

Le dispositif devient donc facultatif, alors que la précédente rédaction de l'article 14 de l'Ani induisait un système obligatoire.

La loi et la jurisprudence mettent à la charge de l'employeur une obligation d'information et de conseil en matière de protection sociale complémentaire (*v. ci-après, concernant le contenu de la note d'information*). Les entreprises devront donc veiller à ce que le salarié soit correctement informé (remise à nouveau de la notice d'information, lettre expresse et circonstanciée de renonciation). La volonté de renoncer doit être éclairée par l'employeur. À défaut, on peut penser que certaines renonciations post-sinistre seront remises en cause. « *S'il entend y renoncer, cette renonciation qui est définitive, concerne l'ensemble des garanties et doit être notifiée expressément par écrit à l'ancien employeur, dans les dix jours suivant la date de cessation du contrat de travail.* »

En pratique si on opte pour le précompte de la totalité de la cotisation lors de la rupture du contrat de travail (*v. ci-dessus*), l'employeur retiendra le montant maximum de cotisations et de CSG-CRDS lié au mécanisme de portabilité et, le cas échéant, le restituera si dans le délai de dix jours le salarié renonce au bénéfice du système.

La renonciation définitive concerne l'ensemble des garanties prévoyance et frais médicaux. Cette solution est bienvenue techniquement dans la mesure où souvent le déficit (éventuel) d'une famille de garanties, est compensé par les excédents (espérés) de l'autre. L'assureur considère globalement les résultats des deux contrats. On limite aussi le risque d'anti sélection.

Dans l'attente d'une éventuelle renonciation l'ex-salarié est tenu de plein droit d'acquitter sa cotisation et le régime lui est applicable automatiquement. La renonciation devant intervenir dans les dix jours suivant la date de cessation du contrat de travail, on doit être réservé sur la validité d'une renonciation qui serait formulée avant la rupture du contrat de travail.

► Difficultés d'application

La mise en œuvre de cette règle ne sera pas si simple dans le cas où les deux régimes (prévoyance et frais médicaux) n'ont pas la même origine juridique. Par exemple : convention collective de branche (avec mutualisation du financement de la prévoyance) et accord d'entreprise pour les frais médicaux. Si le salarié ne veut pas conserver son adhésion au régime frais médicaux (par exemple, parce qu'il est ayant droit de son conjoint pour ce type de prestations), il devra renoncer au régime professionnel de prévoyance alors que ces prestations ont été préfinancées. Il faudra peut-être prévoir en pareil cas dans les accords de branche une faculté de renonciation partielle, par dérogation plus favorable au principe de renonciation globale édictée par l'article 14 Ani.

La question se pose également à propos de l'article 7 de l'accord national interprofessionnel de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 (obligation de cotisations prévoyance à hauteur de 1,50 % de la tranche A des rémunérations, au bénéfice des salariés relevant du champ d'application de ce texte).

Quid également d'un cas où le régime d'entreprise est un supplément volontaire à l'accord de branche ?

La renonciation ne se présumera ●●●

●●● pas et doit être notifiée expressément par écrit à l'ancien employeur dans les dix jours suivant la date de cessation du contrat de travail (il faut comprendre la fin du préavis lorsqu'il existe). Mais dans la mesure où il est indiqué dans la suite du texte que le non paiement de la cotisation entraîne la disparition du maintien des garanties en cas de non paiement des cotisations, le délai de dix jours de renonciation n'aura qu'une portée limitée lorsque les parties auront opté pour un paiement échelonné.

8 CONSÉQUENCES DU DÉFAUT DE PAIEMENT DES COTISATIONS

► Principe

« *Le non-paiement par l'ancien salarié de sa quote-part de financement de ces garanties, à la date d'échéance des cotisations, libère l'ancien employeur et entraîne la perte des garanties pour la période restant à courir.* »

La question du non-paiement des cotisations par le salarié ne se posera que dans l'hypothèse où on optera pour un financement périodique a posteriori du système. Le texte vise le non-paiement « à la date d'échéance des cotisations ». S'agit-il des cotisations en général (celles de l'employeur en principe payées trimestriellement à terme échu), ou de la cotisation du salarié (payée mensuellement) ? La deuxième interprétation est sans doute la bonne, dans la mesure où le quatrième alinéa prévoit que les cotisations de l'ex-salarié sont acquittées dans « les conditions applicables aux salariés de l'entreprise ». C'est bien, par conséquent, le non-paiement à l'échéance mensuelle qui entraînera le mécanisme de déchéance.

► L'article 14 Ani est-il conforme à l'ordre public ?

Mais, la principale question est celle de la compatibilité de ce mécanisme avec les dispositions d'ordre public des codes de la sécurité sociale, de la mutualité et des assurances qui tous prévoient un système visant à protéger l'assuré contre lui-même. En effet, un mécanisme de mise en demeure par l'assureur est prévu par ces différents textes. Ce n'est qu'après l'accomplissement de cette procédure que les garanties peuvent prendre fin⁹.

Certes, on pourra considérer qu'en droit du travail le non-paiement des cotisations fera sortir le salarié du champ d'application

du contrat et donc du groupe assuré, comme s'il avait démissionné. Il s'agit d'une condition du maintien de la garantie. Mais, dans les rapports avec l'assureur la question de l'application du dispositif d'ordre public de mise en demeure va nécessairement, tôt ou tard, se poser.

L'assureur qui reçoit de l'entreprise globalement les cotisations ne va pas exercer le contrôle nécessaire. C'est après sinistre qu'il va falloir vérifier le respect de cette condition..., ce qui peut faire craindre des contentieux. La responsabilité de l'employeur risque d'être engagée dans certaines hypothèses.

Les codes de la mutualité et de la sécurité sociale distinguent pour l'application de cette procédure, selon que le contrat d'assurance est collectif obligatoire ou collectif facultatif et en fonction du mode de paiement de la cotisation (employeur ou salarié). Comment qualifier le dispositif de portabilité au regard des dispositions légales ?

► Preuve du non-paiement

L'article 14 « Ani » ne dit rien sur la façon dont l'employeur constate le non-paiement des cotisations. En théorie, une simple constatation matérielle de l'absence de paiement par le salarié suffira. Mais, une procédure de mise en demeure interne à l'entreprise est vivement conseillée, compte tenu des conséquences qui peuvent découler d'un défaut de couverture. La charge de la preuve du non-paiement incombera indubitablement à l'employeur. Des précautions formelles sont donc indispensables en pratique.

9 ENTRÉE EN VIGUEUR

« [...] le dispositif de portabilité entre en application à la date de cessation du contrat de travail. » L'article 3 de l'article 14 de l'Ani prévoit que les dispositions de l'avenant entrent en application le 1^{er} juillet 2009. La question est de savoir si elles s'appliquent aux ruptures de contrat de travail prononcées avant cette date et intervenant après (fin du préavis) ou uniquement aux ruptures décidées (prononcées) à compter du 1^{er} juillet 2009. La première solution semble s'imposer en raison de la combinaison des deux dispositions.

On peut s'étonner de cette date d'application. Les partenaires sociaux ont eu besoin de dix-huit mois pour mettre au point

ce système. Il implique la modification de milliers d'accords d'entreprise, d'actes fondant les régimes, de contrats et de notices d'information. Un délai, par exemple, au 1^{er} janvier 2010 aurait été opportun. Faute de l'avoir fait, les entreprises devront être particulièrement réactives et notamment se poser la question de l'application de ce dispositif aux ruptures du contrat de travail prononcées avant le 1^{er} juillet 2009.

10 UNE GARANTIE INCAPACITÉ TEMPORAIRE ET PLAFONNÉE

« *Les droits garantis par le régime de prévoyance au titre de l'incapacité temporaire ne peuvent conduire l'ancien salarié à percevoir des indemnités d'un montant supérieur à celui des allocations chômage qu'il aurait perçues au titre de la même période.* »

Par cet alinéa, les partenaires sociaux ont voulu transposer la règle de bon sens qui figure dans tous les accords de mensualisation ou de prévoyance. Le salarié malade ne doit pas avoir un revenu supérieur à celui qu'il aurait eu s'il avait travaillé (au cas d'espèce, s'il avait bénéficié des allocations chômage).

Ce plafonnement ne s'applique qu'à la garantie incapacité.

L'ancien salarié ne pourra percevoir, au titre de la garantie incapacité temporaire de travail, des indemnités journalières (de base + complémentaires), supérieures à l'allocation chômage qu'il aurait perçue pour la même période.

A contrario, l'application de ce principe indemnitaire est exclue pour les prestations versées en cas d'invalidité ou de décès, qui devraient être calculées sur les bases initialement prévues par le contrat, pour les salariés en activité.

► Termes de la comparaison

On retrouve le problème traditionnel des termes de la comparaison. Faut-il comparer les montants nets ou bruts perçus ? S'agissant d'un salarié actif, les allocations d'incapacité de travail sont soumises à cotisations de sécurité sociale en tant que salaire au prorata de la cotisation de l'employeur, mais seulement tant que le contrat de travail n'est pas rompu. Dès lors, les prestations du bénéficiaire de l'article 14 Ani, en application de l'article R. 242-1, alinéa 2 du Code de la sé-

9. C. mutualité, L. 221-8 ; CSS, L. 932-9 (opérations collectives obligatoires) ; CSS, L. 932-22 (opérations collectives facultatives) ; C. assur., L. 141-3.

curité sociale¹⁰, seront exonérées de cotisations de sécurité sociale de droit commun.

► Règle de plafonnement

En prévoyant ce mécanisme de plafonnement, les partenaires sociaux ont voulu répondre aux critiques concernant la rédaction précédente (maintien de la garantie sur la base du salaire antérieur), qui pouvait conduire à des effets d'aubaine considérables. On pouvait craindre que la sinistralité croisse artificiellement, dans la mesure où le bénéficiaire de la prestation incapacité aurait perçu pendant la période d'incapacité une somme supérieure à son allocation chômage.

Mais, la solution retenue dans la deuxième va être à l'origine d'importantes difficultés. Le texte vise un plafonnement lié aux allocations chômage « *qu'il aurait perçu, au titre de la même période* ». Or, on sait que, pendant un délai de « *différé d'indemnisation* » (qui est au maximum de soixante-quinze jours), le chômeur ne bénéficie d'aucune prestation. La garantie est donc nulle pendant cette période.

De même, à l'issue de la durée théorique de l'allocation chômage, la prestation incapacité garantie par le contrat d'assurance peut devenir nulle... jusqu'à ce que l'incapacité de travail se transforme éventuellement en invalidité. L'indemnisation prendra alors pour base le salaire antérieur !

On comprend l'objectif visant à éviter que le dispositif de portabilité soit utilisé comme un système « *relais assurance chômage* ». Mais, cette solution peut conduire à des situations curieuses.

Deux cas, sur le plan pratique, sont à envisager :

1) Salarié malade pendant le préavis (ou avant la fin du contrat de travail) et la maladie se poursuit après la rupture

La règle de plafonnement sera alors inapplicable dans la mesure où le salarié bénéficiera, ès qualité, de la garantie. On voit mal comment le sinistre, intervenu pendant le contrat de travail, pourrait être touché par un mécanisme qui ne s'applique qu'après la rupture. Dans ce cas, la prestation ne sera ni plafonnée, ni limitée à la durée des allocations chômage au titre de la même période.

2) Incapacité de travail intervenant pendant le délai du différé d'indemnisation

L'incapacité n'ouvrira droit à aucune pres-

tation pendant le délai du différé d'indemnisation chômage. L'indemnisation débutera à la date théorique de l'indemnisation chômage effective et prendra fin à la date théorique de ces allocations, même si le salarié continue d'être en état d'incapacité de travail. Les conséquences pratiques de ce dispositif pourraient susciter des comportements opportunistes, notamment dans le cas où la maladie débute quelques jours avant la fin du contrat de travail... Nul doute que des discussions vont s'ouvrir concernant cet alinéa !

Que se passera-t-il si la maladie se transforme en invalidité, le maintien de la garantie ayant de facto une durée déterminée ? Faudra-t-il, au regard du contrat d'assurance considérer qu'il n'y a pas de prestation due en matière d'invalidité ou de décès, si le droit à garantie et la prestation ont pris fin avant la constatation de l'invalidité ou le décès ? Les avenants « *Article 14* » aux contrats d'assurance qui vont être prochainement proposés aux entreprises devront préciser ce point, parmi tous les autres.

11 OBLIGATIONS D'INFORMATION DU SALARIÉ

« *Pour bénéficier des dispositions relatives au maintien des garanties précitées, l'ancien salarié doit fournir à l'ancien employeur la justification de sa prise en charge par le régime d'assurance chômage.*

L'ancien salarié doit informer son ancien employeur de la cessation du versement des allocations du régime chômage lorsque celle-ci intervient au cours de la période de maintien des garanties des couvertures complémentaires santé et prévoyance prévues par l'article 14 ci-dessus [...] »

Le respect de l'obligation d'information par le salarié risque d'être problématique. La pièce justifiant la prise en charge par le régime d'assurance chômage sera établie probablement après un délai important. La preuve de la condition de prise en charge sera donc rapportée *a posteriori*. Dans l'attente, les employeurs devront affilier leurs anciens collaborateurs, présumant l'application du dispositif.

Quid en cas d'oubli d'information de l'employeur de l'employeur sur la reprise

d'emploi, un justificatif doit-il être demandé par l'assureur pour éviter le règlement de prestations à des dates où il ne serait plus dû.

12 OBLIGATION D'INFORMATION DE L'EMPLOYEUR

« [...] *La notice d'information, prévue par les textes en vigueur, fournie par l'organisme assureur, et remise au salarié par l'employeur, mentionnera les conditions d'application de la portabilité.* »

Dans la mesure où l'article 14 de l'Ani est applicable dès le 1^{er} juillet 2009, les employeurs, leur conseil et les assureurs devront, dans un délai court, mettre en œuvre l'obligation d'information. L'employeur devra rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation notamment par lettre recommandée avec accusé de réception, liste d'émargement, lettre remise contre récépissé.

La présente note est sans doute loin d'avoir envisagé tous les problèmes d'application de l'article 14 de l'Ani. Comme toute idée nouvelle, ce système de portabilité des garanties tirera les fruits de l'expérience et se perfectionnera au fil du temps. Conscient de ces difficultés, les partenaires sociaux se sont donnés rendez-vous en vue de dresser un bilan de ce dispositif après un an, puis deux ans. Nul doute qu'il faudra plusieurs avenants pour stabiliser et sécuriser ce système. Espérons que ce travail de clarification sera rapidement fait, si on ne veut pas que l'article 14 de l'Ani alimente trop les tribunaux.

Il faudra à plus long terme surveiller la sinistralité de la population « *article 14 Ani* » dans le contexte très particulier que nous connaissons : une crise économique sans précédent et l'augmentation du chômage qu'elle implique. Les réformes successives concernant la mise à la retraite ainsi que le « *coup de frein* » du législateur concernant les préretraites d'entreprise, rendent de plus en plus difficile la gestion de la courbe démographique des entreprises et risquent de susciter des effets d'aubaine. Quel sera l'impact de ce dispositif sur les comptes de résultats des régimes de protection sociale complémentaire ? ■

10. « Sont incluses dans la base des cotisations les allocations complémentaires aux indemnités journalières de sécurité sociale, versées au titre de périodes d'incapacité temporaire de travail consécutive à une maladie, un accident, une maternité, en application du contrat de travail ou d'une convention collective de travail, lorsqu'elles sont destinées à maintenir en tout ou en partie, pendant ces périodes, le salaire d'activité, que ces allocations soient versées directement par l'employeur ou pour son compte par l'intermédiaire d'un tiers. Les dispositions ci-dessus ne sont applicables qu'aux allocations complémentaires versées au titre des périodes pendant lesquelles le contrat individuel de travail qui lie le salarié à l'employeur reste en vigueur [...] »