

LES DEUX VISAGES DE LA PORTABILITE

**Me Laurence
LAUTRETTE**

Avocat Associé,

*Cabinet Jacques BARTHELEMY &
Associés*

Colloque Protection sociale d'entreprise – 25 - 26 mars 2010, Paris

<http://www.irdes.fr/EspaceRecherche/Colloques/ProtectionSocialeEntreprise>



1/ L'ARTICLE 14 ANI

- ANI du 11 janvier 2008 (*étendu au 25 juillet 2008*)
- Avenant n° 1 de report du 12 janvier 2009 (*étendu au 20 mars 2009*)
- Avenant n° 2 de report du 24 avril 2009 (*non étendu*)
- Avenant n° 3 du 18 mai 2009 (*étendu au 15 octobre 2009*)

Les questions (périmètre)

- *Quel est le champ d'application ?*
- *Quelle est la date d'entrée en vigueur ?*
- *Qui est débiteur de l'obligation ?*
- *Quels sont les bénéficiaires ?*
- *Quelles sont les garanties concernées ?*
- *Quel est le point de départ du portage ?*
- *Quel est la durée du portage ?*
- *Quel est le régime social et fiscal de la part employeur ?*

CES QUESTIONS ONT TROUVÉ UNE RÉPONSE

Les questions (mise en œuvre)

- *Quid si l'intéressé refuse d'être couvert ?*
- *Comment organiser le financement ?*
- *Comment récupérer la contribution du chômeur ?*

CES QUESTIONS PEUVENT TROUVER UNE RÉPONSE

Quid en cas de refus ?

Le salarié peut renoncer :

- La renonciation doit être exprès et par écrit
- Notifiée dans les 10 jours de la date de cessation du contrat de travail
- Il renonce **pour le tout** (Attention : En cas de mutualisation sur l'un des thèmes, les garanties sont déjà préfinancées et ne devraient pas être perdues)

Financement

- 2 possibilités prévues par l'ANI :

Systeme de mutualisation vs/financement en sortie



Si cofinancement mutualisé

- Mise en place :
 - Accord collectif
 - Accord référendaire
 - DUE
- Appréciation
 - Avantage : système le plus simple en termes de gestion (préfinancement pendant la période d'activité, sans cotisations en sortie)
 - Inconvénient : solidarité tarifaire imposée aux actifs

Si cofinancement en sortie

Comment appeler la part du chômeur ?

En Principe :

- **l'employeur reste seul débiteur de la prime globale** et l'employeur fait son affaire du recouvrement de la quote-part « salariale » auprès du « porté »
- 2 formules imaginables :
 - Demande au salarié de verser sa quote-part au fil de l'eau
 - Demande au salarié un versement global lors du départ (avec engagement de restituer le trop-perçu en cas de sortie anticipée du chômage avant la fin de la portabilité)

En réalité : Une usine à gaz ingérable pour l'entreprise

Si cofinancement en sortie comment faire évoluer la couverture ?

- Modalités de l'ANI : la couverture « appliquée dans leur ancienne entreprise »... et non celles applicables lors du départ (ce qui écarte une gestion de contrats « par générations »)
 - Théoriquement, les évolutions ultérieures devraient impacter les « portés » (ex. : revalorisation tarifaire au 1^{er} janvier)
 - Mais... **inopposabilité des actes de droit du travail à des non-salariés**

Accord interpro : Cass Soc 23 novembre 1999 (Aff. AGIRC)

Accord de branche : pas de JP

Accord d'entreprise : pas de JP (revalo : Cass. Soc. 17 mai 2005)

Et referendum ? et DUE ?

La question sans réponse

- *Comment articuler un texte issu du droit du travail*
- *Avec les règles applicables aux organismes assureurs*

L'articulation droit du travail droit des assureurs

- *Sur quel fondement juridique l'assureur va « maintenir » la couverture ?*

Les textes

Code de la SS :

- *Article L. 932-1 : opération collectives obligatoires*
- *Article L. 932-14 : opérations facultatives ou individuelles*

Les textes

Code de la mutualité : Article L. 221-2

- *Opérations individuelles*
- *opération collectives facultatives*
- *opérations collectives obligatoires*

Les textes

Code des assurances : Article L. 141-1

- *Un « ensemble de personnes »*
- *Un lien de même nature*

Par conséquent

- *L'Assureur ne peut PAS imposer au chômeur une modification du contrat*
- *L'Assureur ne peut PAS cesser immédiatement de couvrir un chômeur qui cesse de payer*

Il faut lever l'ambiguïté

SOIT : Opération collective obligatoire

- *On ne renonce pas*
- *On reste couvert sans paiement*
- *On ne peut pas refuser les modifications de couverture*
- *On subit obligatoirement les modifications de tarif et de couverture applicable aux actifs*

>>>>> modification des droits des assureurs

Il faut lever l'ambiguïté

SOIT : Opération individuelle

- *On peut renoncer (30 jours)*
- *On doit payer pour être couvert*
- *On peut refuser les modifications de couverture*
- *On subit les modifications de tarif dans les conditions de l'article 6 loi Evin*

Les enjeux de la portabilité

Transférer aux organismes assureurs

la charge du maintien de la couverture

Dans le cadre juridique des opérations individuelles

>>>>>>> Rôle essentiel des assureurs.

2/ L'ARTICLE 4 LOI EVIN

« 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 questionnaire 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 .

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.»

Décret n. 90-769 du 30 août 1990

- Les tarifs applicables aux personnes visées par l'article 4 de la loi du 31 décembre 1989 ... ne peuvent être supérieurs de plus de 50 p. 100 aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs.

Les questions (depuis 20 ans)

- Quelles couvertures collectives sont concernées ?
- Qui supporte l'obligation ?
- Quels contrats ? Quelles garanties ?
- Quel tarif ?
- Quelle durée ?

Les leçons de la JP AZOULAY

**CE QU'A DIT
LA COUR DE CASSATION
LE 7 FÉVRIER 2008**

**CE QU'A DIT
LA COUR D'APPEL DE LYON
LE 13 JANVIER 2009**

Les « bonnes » nouvelles

- L'ayant droit ne bénéficie pas d'un droit viager au maintien
- Il est possible d'imposer au contrat les évolutions législatives et réglementaires obligatoires (contrats responsables, ...)

Les « mauvaises » nouvelles

- La limite de 150% est un plafond
- Le tarif de référence est le tarif des actifs en vigueur au moment du départ du salarié

Pire...

- Le contrat de référence est le contrat en vigueur au moment du départ du salarié
- Le plafond tarifaire et l'identité des couvertures relèvent d'une obligation viagère
- Peu importe le risque de déséquilibre

Recoupement loi Evin/article 14 ANI

	Article 4 loi Evin	Article 14 ANI
Garanties	Santé	Santé + prévoyance
Modalités	Demande sous 6 mois	Automatique (sauf renonciation)
Durée	Sans limitation	Avec limitation
Débiteur de l'obligation	Assureur	Employeur
Tarification	Plafonnée à 150% du tarif global applicable aux actifs	Même tarif que les actifs
Nature du contrat	Facultatif	Facultatif ? Obligatoire ?
Grille des prestations	Identique aux actifs	Identique aux actifs
Financement	A charge du chômeur (mais solidarité)	Cofinancée dans les mêmes conditions que les actifs (solidarité)

CONCLUSION

**Article 14 ANI
Article 4 Loi EVIN**

**le meilleur
et le pire
de la portabilité**

3/ (RE)PENSER LA PORTABILITÉ

Sur quoi repose la protection sociale ?

- L'emploi
- Salarié
- et/ou
- Non salarié

Quand l'emploi fait défaut

bouleversement des « cycles de vie »

chômage en cours de vie active

reprise d'emploi après la retraite

Inégalités entre générations

Quel est l'objectif d'un mécanisme de portabilité ?

*Organiser une continuation de la couverture sociale
Continuation partielle de la relation de travail ?
ou création d'un droit individuel ?*

- *Cass Soc. 30 nov 2004 /12 mai 2009
prime = avantage retraite*
- *Cass Civ. 17 septembre 2009
électricité = salaire*

>>>> Continuation partielle du « contrat » de travail

Bonne idée / Mauvaise méthode

Dans une économie « post-industrielle »

*Il ne faut pas arrimer à la **dernière entreprise quittée**
la charge des avantages postérieurs à l'emploi
consentis à l'ancien salarié*

*Pour répondre aux besoins de la flexicurité
Il faut fabriquer un droit de la continuité du travail
... mais pas un droit du travail de la continuité*

L'entreprise

Ni le bon périmètre

Ni le bon interlocuteur

La branche : périmètre pertinent

- Régime professionnel : Article L. 912-1 CSS
- Mutualisation entre toutes les entreprises de la charge des anciens salariés

La branche : périmètre exigeant

- Clause de désignation >>> atteinte à la libre concurrence (CJCE 21 septembre 1999).
- Justificatif : mise en œuvre de mécanismes de solidarité

La branche : périmètre juste

Responsabilité de la Branche : un régime « juste »

Juste = adapté

aux besoins du plus grand nombre

Juste = équilibré

cadres/non cadres

(ex : Cass. Soc 1er juillet 2009)

Juste = équitable

jeunes/vieux

Au delà c'est la liberté de l'entreprise

L'assureur un pivot incontournable de la portabilité

Passerelles salarié/salarié

Passerelles salarié/TNS

Coopération avec les organismes (Retraite/Unédic)

Droits sur la base de l'ancienneté dans la branche

Droits à accumulation lente sur toute la carrière

4/ CONCLUSION

**IL Y A DE L'AVENIR
POUR LES « COLLECTIVES »**