

# Maintien des garanties de protection sociale complémentaire des salariés en activité partielle et Covid-19

Xavier Pignaud, Avocat associé, Rigaud Avocats

**D**epuis le mois de mars 2020, plus d'un million d'entreprises ont sollicité une autorisation d'activité partielle concernant 12,9 millions de salariés<sup>1</sup>. Ces chiffres confirment à eux seuls le recours massif et inédit à l'activité partielle et la nécessité d'une définition d'un cadre juridique clair concernant les garanties collectives de protection sociale complémentaire des salariés.

En la matière, plusieurs questions ont été soulevées, qui vont du principe même du maintien des garanties, en passant par la problématique de l'assiette des cotisations et des prestations, jusqu'aux éventuelles conséquences des solutions retenues sur les exclusions d'assiette des cotisations de sécurité sociale dont certains de ces dispositifs bénéficient.

Le 10 avril 2020, les organisations syndicales interprofessionnelles ont proposé la conclusion d'un accord national interprofessionnel destiné à assurer dans tous les cas une continuité des garanties de prévoyance. L'objectif était de trouver une solution harmonisée et pragmatique aux questions soulevées et ainsi apporter une réponse en terme de droit du travail aux branches et aux entreprises qui n'avaient pas nécessairement anticipé toutes les conséquences du recours à l'activité partielle. Bien que reprenant en grande partie les préconisations des fédérations d'organismes assureurs<sup>2</sup>, ce projet ne pouvait cependant avoir pour effet de modifier automatiquement les contrats d'assurance souscrits par les entreprises qui auraient dû être adap-

tés afin d'être mis en conformité avec ces nouvelles modalités. Si certaines branches avaient déjà adopté des solutions à leur niveau, l'ampleur de la tâche et les délais requis rendaient de telles démarches matériellement impossibles pour la plupart des acteurs. Le projet ne permettait pas non plus de trancher l'ensemble des risques Urssaf associés. Seule une ordonnance ou la loi étaient susceptibles d'apporter une réponse juridiquement sécurisée à l'ensemble des problématiques soulevées.

C'est dans ce contexte que le gouvernement a présenté un amendement dans le cadre des discussions concernant la loi relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne. Il s'agit, comme le précise l'exposé sommaire, « de garantir à l'ensemble des salariés, et à leurs ayants droit le cas échéant, l'accès effectif à une couverture santé et prévoyance lourde, indépendamment de leur employeur et des clauses du contrat d'assurance »<sup>3</sup>. Le texte, adopté, a été inséré à l'article 12 de cette loi.

## QUELLES SONT LES GARANTIES MAINTENUES ?

Selon le I de l'article, les salariés et, le cas échéant, leurs ayants droit, garantis par un accord collectif, un référendum ou une décision unilatérale de l'employeur contre « le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité [le risque santé], les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, les risques d'inaptitude

et le risque chômage, ou qui bénéficient d'avantages sous forme d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière » continuent de bénéficier de ces garanties lorsqu'ils sont placés en activité partielle. La rédaction retenue reprend l'ensemble du périmètre de la protection sociale complémentaire définie à l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale, à l'exception notable des régimes de retraite à cotisations définies dans la mesure où la perte de droit potentielle sur cette période est relativement marginale comparativement à l'enjeu que représente un tel maintien en matière de prévoyance.

Ce maintien est prévu indépendamment des éventuelles stipulations contraires de l'acte de droit du travail instituant ces garanties dans l'entreprise et des clauses du contrat d'assurance collective. Cette obligation s'impose donc en droit du travail dans les relations employeur/salariés et en droit des assurances dans les relations souscripteur/organisme assureur.

## QU'EN EST-IL EN CAS DE NON-RESPECT DE CETTE OBLIGATION ?

Outre les conséquences d'un éventuel non-respect de ces dispositions en matière de droit du travail, l'entreprise s'expose à une remise en cause, par l'Urssaf, des exclusions d'assiette des cotisations de sécurité sociale attachées au financement des régimes de prévoyance. Il est en effet expressément prévu que le non-respect de ces obligations prive les garanties « de leur caractère collectif et obligatoire au ●●●

1. Tableau de bord hebdomadaire de la DARES - Situation sur le marché du travail durant la crise sanitaire au 26 mai 2020.

2. Consigne technique CTIP, FNMF et FFA du 8 avril 2020.

3. À l'origine, le projet de loi prévoyait d'habiliter le gouvernement à prendre, par ordonnance, toutes mesures permettant pour les salariés placés en activité partielle « le maintien de garanties de protection sociale complémentaire applicables le cas échéant dans l'entreprise, nonobstant toute clause contraire des accords collectifs ou des décisions unilatérales et des contrats collectifs d'assurance pris pour leur application, pour une durée n'excédant pas six mois à compter de la fin de l'état d'urgence sanitaire, ainsi que l'adaptation des conditions de versement et du régime fiscal et social des contributions dues par l'employeur dans ce cadre ». Le gouvernement a finalement préféré ne pas passer par ordonnance, mais par la loi.

●●● *sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale* ». Cette disposition confère une portée légale à l'analyse retenue par l'Acos dans une lettre-circulaire de 2011<sup>4</sup> qui conditionnait déjà le bénéfice de l'exclusion d'assiette au maintien des garanties pendant l'activité partielle<sup>5</sup>.

À ce propos, on peut s'interroger sur l'assiette susceptible d'être retenue en cas de redressement Urssaf pour ce motif. En effet, les redressements relatifs à l'application des règles liées au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire portent en principe sur le montant global des cotisations dues sur les contributions que les employeurs ont versées pour le financement des garanties. Une dérogation est néanmoins posée par l'article L. 133-4-8 du Code de la sécurité sociale. Ce texte permet de réduire le redressement à hauteur d'un montant calculé sur la seule base des sommes faisant défaut ou excédant les contributions nécessaires pour que la couverture revête un caractère collectif et obligatoire. Une telle modulation du redressement ne s'applique néanmoins que lorsque le manquement à l'origine du redressement ne révèle pas une méconnaissance d'une particulière gravité des règles liées au caractère collectif et obligatoire. Un employeur confronté à un redressement sur ce thème pourrait avoir intérêt à solliciter la modulation du redressement. Un débat est alors susceptible de s'engager sur la question de savoir si la méconnaissance de ces dispositions ne relève pas d'une forme de non-respect d'une particulière gravité des règles d'ordre public posées par le texte.

## QUELLES ASSIETTES DE COTISATIONS ET DE GARANTIES ?

Le principe du maintien des garanties étant posé, encore faut-il s'assurer des modalités de financement et de calcul de la prestation.

En matière de frais de santé, la cotisation est souvent, mais pas systématique-

ment, exprimée en montant en euros ou en pourcentage du PASS. Les prestations sont quant-à-elles définies dans le contrat en fonction, par exemple, de la base de remboursement de la sécurité sociale. L'assiette des cotisations et des prestations n'évolue donc généralement pas en cas d'activité partielle.

La situation est plus complexe en matière de prévoyance « lourde » (garanties incapacité, invalidité et décès). En effet, les clauses contractuelles sont extrêmement variées et même si c'est généralement le cas, l'assiette des cotisations ne correspond pas systématiquement à celle des prestations.

Néanmoins, les cotisations et les prestations de prévoyance « lourde » sont fréquemment déterminées en pourcentage des revenus d'activité soumis à cotisations de sécurité sociale ou à la CSG. Or, l'indemnité d'activité partielle n'y est quasiment pas assujettie<sup>6</sup>. Cherchant à éviter un débat susceptible de mettre en cause le paiement des cotisations et par voie de conséquence, le niveau des garanties des salariés en activité partielle, les fédérations d'organismes assureurs ont donné des consignes en matière de paie en indiquant aux entreprises de renseigner dans l'assiette servant au calcul des cotisations/prestations le montant des indemnités versées au titre de l'activité partielle (l'éventuelle allocation complémentaire versée par l'employeur étant exclue de cette assiette)<sup>7</sup>. Mais, bien qu'appliquées spontanément par la grande majorité des entreprises, ces consignes pragmatiques ne sont juridiquement pas contraignantes.

Afin de pallier cette difficulté, et sans préjudice de stipulations plus favorables, le nouveau texte précise l'assiette des cotisations et des prestations des salariés placés en activité partielle lorsque celles-ci sont déterminées par référence à la rémunération d'activité soumise à cotisations de sécurité sociale ou à CSG. Cette assiette des cotisations est alors :

– *a minima*, égale à l'indemnité brute mensuelle d'activité partielle<sup>8</sup>. Plus précisément, le texte prévoit que les

assiettes de calcul des cotisations et des prestations « sont reconstituées » selon le mode de calcul prévu par l'acte de droit du travail instaurant ces garanties et le contrat d'assurance, en substituant cette indemnité aux revenus d'activité. Dans cette hypothèse, aucun formalisme n'est requis, la loi s'imposant vis-à-vis de l'employeur, des salariés et de l'organisme assureur. Les entreprises peuvent cependant avoir intérêt à informer les salariés de ces nouvelles modalités ;

– par exception, déterminée en retenant une assiette plus large, correspondant, par exemple, à la totalité de la rémunération antérieure. Il conviendra alors de procéder à la formalisation de cette nouvelle assiette dans :

- un accord collectif ou une décision unilatérale. Il s'agit en effet d'une part, de rendre opposable ces nouvelles modalités aux salariés et d'autre part, d'éviter toute discussion en cas de contrôle Urssaf, le bénéfice du cadre social de faveur étant notamment conditionné à la formalisation du régime dans les conditions posées à l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale,

- un avenant au contrat d'assurance.

La détermination d'une assiette plus large que celle fixée à titre minimal est de nature à soulever des difficultés au regard des conditions encadrant le bénéfice du cadre social de faveur de ces régimes. Or, le texte précise que « la reconstitution d'assiette pour le calcul des cotisations » ne remet pas en cause le caractère collectif et obligatoire de ces garanties. Une première lecture conduirait à considérer que cette mention ne vise que l'hypothèse du maintien des cotisations sur l'assiette minimale dans la mesure où la notion de « reconstitution » d'assiette est précédemment employée pour viser la substitution des revenus d'activité par l'indemnité brute mensuelle d'activité partielle. Une seconde lecture consisterait à relever que cette « reconstitution » minimale est opérée « sans préjudice de stipulations plus favorables », ce qui permettrait de conserver le bénéfice des

4. Lettre-circulaire Acos n° 2011-0000036, 24 mars 2011, QR n° 48.

5. Sur le principe du maintien des garanties aux salariés dont le contrat de travail est suspendu, mais qui bénéficient d'une indemnisation : Circulaire DSS/5B/2009/32 du 30 janvier 2009, fiche n° 7.

6. Pour les indemnités versées au titre des périodes chômées à compter du 1<sup>er</sup> mai 2020, lorsque la somme de l'indemnité légale d'activité partielle et de l'indemnité complémentaire versée par l'employeur en application d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale est supérieure à 3,15 fois la valeur horaire du salaire minimum de croissance, la part de l'indemnité complémentaire versée au-delà de ce montant est assujettie aux contributions et cotisations sociales applicables aux revenus d'activité dans les conditions de droit commun (article 11 de l'ordonnance n° 2020-346 du 27 mars 2020 modifié par l'article 5 de l'ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020).

7. Consigne technique CTIP, FNMF et FFA du 8 avril 2020.

8. Il faut relever que la diminution de la prise en charge de cette indemnité par l'État à compter du 1<sup>er</sup> juin n'aura pas d'incidence sur cette assiette minimale dès lors que l'indemnité légale reste fixée à 70 % de la rémunération brute.

exonérations. Cette seconde lecture nous semble davantage correspondre à l'objet du texte. En effet, il est peu probable que les employeurs mettent en œuvre des dispositifs plus favorables si ces derniers doivent donner lieu à la remise en cause des exonérations.

Il est également possible d'instaurer des modalités de répartition employeur/salariés plus favorables, sans remise en cause du caractère collectif. Même si la loi ne le prévoit pas expressément, ces nouvelles modalités de répartition devraient logiquement faire l'objet d'une formalisation dans un acte de droit du travail de protection sociale complémentaire.

### SUR QUELLE PÉRIODE CES MODALITÉS SONT-ELLES APPLICABLES ?

Les dispositions relatives au maintien des garanties et à l'assiette des cotisations/prestations sont applicables, à effet rétroactif, depuis le 12 mars 2020 et jusqu'au 31 décembre 2020.

L'application rétroactive de ces dispositions à des contrats librement conclus soulève inévitablement des questions quant à leur conformité au plan constitutionnel (liberté contractuelle et liberté d'entreprendre). Mais, dans l'avis qu'il a rendu sur le projet de loi, le Conseil d'État a estimé que « l'intérêt général qui s'attache, pour les millions de salariés placés en position d'activité partielle dans le contexte de pandémie, au maintien temporaire de garanties dont l'interruption peut entraîner des conséquences particulièrement préjudiciables pour les risques "lourds" tels que l'invalidité et le décès, est susceptible de justifier des atteintes aux contrats en cours et une limitation de la liberté d'entreprendre », sous réserve néanmoins que les mesures adoptées ne portent pas, au regard de l'objectif poursuivi et des garanties légales prévues, d'atteinte manifestement disproportionnée à ces libertés constitutionnellement garanties.

### QUELLES CONSÉQUENCES AU PLAN OPÉRATIONNEL POUR LES ENTREPRISES ?

De façon schématique, il faut distinguer la situation des entreprises qui :

- appliquent d'ores et déjà les dispositions minimales prévues par la loi. Cette situation devrait concerner la majorité des entreprises qui ont généralement adopté les recommandations des trois fédérations d'organismes assureurs reprises par la loi. Dans ce cas, le texte sécurise les positions retenues ;

- reconstituent d'ores et déjà l'assiette des cotisations/prestations en retenant une assiette plus large que celle de l'indemnité brute mensuelle d'activité partielle. Outre un avenant au contrat d'assurance, les entreprises doivent veiller à formaliser ces modalités par un acte de droit du travail de protection sociale complémentaire. Celui-ci devrait être mis en place à effet rétroactif du 12 mars 2020 (ce qui n'est pas usuel, mais imposé par un texte d'ordre public) et à durée déterminée jusqu'au 31 décembre 2020 ;

- ne maintiennent pas les garanties et/ou retiennent une assiette plus restreinte que celle prévue par la loi. Un travail de régularisation doit alors être engagé afin de couvrir la période courant depuis le 12 mars. Cette régularisation pourrait conduire l'employeur à précompter l'équivalent de plusieurs mois de cotisations salariales sur une assiette réduite et *de facto* entraîner une diminution du net à payer. Afin d'anticiper les interrogations, les employeurs concernés pourraient avoir intérêt à communiquer auprès de leurs salariés sur la mise en œuvre de cette régularisation issue d'une nouvelle obligation légale.

Enfin, compte tenu de l'état d'urgence sanitaire et de ses impacts économiques sur les entreprises, la loi impose aux organismes assureurs des reports ou des délais de paiement

des cotisations dues au titre du financement des garanties maintenues à titre minimal. Ces reports ou délais semblent viser uniquement les cotisations dues pour les salariés en activité partielle, de sorte qu'aucun report ou délai de paiement de droit n'est prévu pour les cotisations des autres salariés. Une telle gestion différenciée pourrait soulever des difficultés de mise en œuvre. Cette disposition est applicable sur la période allant du 12 mars au 15 juillet 2020. Cette dernière date correspond, dans beaucoup de contrats, à l'échéance du paiement des cotisations du deuxième trimestre. Par ailleurs, sur cette même période, il est fait interdiction aux assureurs d'appliquer les dispositions de droit commun concernant la suspension des garanties ou la résiliation des contrats en cas de défaut de paiement.

Ainsi, à compter du 15 juillet 2020, les employeurs qui :

- ont sollicité des reports ou délais de paiement, devront reprendre le paiement en vue de la prochaine échéance contractuelle et régler les cotisations reportées selon les modalités convenues avec l'assureur. Ces modalités sont toutefois encadrées par la loi puisqu'elles ne peuvent avoir pour effet, pour les employeurs, de payer simultanément plus de deux échéances à compter du 15 juillet, mais à condition de régler toutes les cotisations reportées au plus tard le 31 décembre 2020. À titre d'exemple, il pourra être convenu de reporter le paiement des cotisations dues au titre du deuxième trimestre pour la prochaine échéance trimestrielle fréquemment fixée au 15 octobre ;

- n'ont ni réglé les cotisations, ni sollicité des reports ou délais, devront procéder à leur paiement. À défaut, l'organisme assureur recouvrera la possibilité de mettre en œuvre la procédure de suspension des garanties ou de résiliation des contrats. ■

**Semaine Sociale Lamy**

782,08 € TTC ■ Prix du numéro 16,99 € TTC ■ Périodicité hebdomadaire ■ Dépôt légal à parution ■ ISSN 0223-4637 ■ Imprimerie Bialec (Heillecourt 54) ■ Origine du papier : Italie. Taux de fibres : 0%. Certification : PEFC. Eutrophisation : Ptot 0,013 kg/tonne Service clients : contact@wkl.fr :  09 69 39 58 58

■ P-DG Wolters Kluwer France - Directeur de la publication Hubert Chemla ■ Directrice de l'infocentre droit social Sylvie Duras ■ Rédactrice en chef Françoise Champeaux - Case postale 702 - francoise.champeaux@wolterskluwer.com ■ Chef de rubrique Sabine Izard - Case postale 702 - sabine.izard@wolterskluwer.com ■ Secrétaire de rédaction Carole Rebillat Lasinski - Case postale 702 - carole.lasinski@wolterskluwer.com - Tél. 01 85 58 32 73 ■ Fax 01 82 51 01 56 ■ Internet : www.liaisons-sociales.fr - www.lamyline.fr ■ Édité par Wolters Kluwer France - 14, rue Fructidor - 75814 Paris Cedex 17 ■ SAS au capital de 75 000 000 € ■ Associé unique Holding Wolters Kluwer France ■ CPPAP 0223 T 82710 ■ RCS Paris 480 081 306 ■ Siret 480 081 306 00130 ■ TVA FR 55 480 081 306 ■ APE 5814 Z ■ Abonnement annuel

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans la présente publication, faite sans autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Les noms, prénoms et adresses de nos abonnés sont communiqués à nos services internes et organismes liés contractuellement avec la publication, sauf opposition motivée. Dans ce cas, la communication sera limitée au service abonnement. Conformément à la loi du 6 janvier 1978, ces informations peuvent donner lieu à l'existence d'un droit d'accès et de rectification auprès de Wolters Kluwer France - Direction commerciale.

