

AIX MARSEILLE UNIVERSITÉ

ÉCOLE DOCTORALE 67 SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

FACULTÉ DE DROIT ET DE SCIENCE POLITIQUE D'AIX-MARSEILLE

CENTRE DE DROIT SOCIAL UR 901

**Les conséquences de la rupture du contrat de travail sur
les droits du salarié à la prévoyance collective
d'entreprise**

Thèse pour le doctorat en droit

Présentée et soutenue publiquement le 18 décembre 2020

Par

Nicolas ROBINE

Membres du jury :

Monsieur Daniel BERRA, *Professeur émérite à l'Université d'Aix-Marseille, Directeur honoraire du Centre de droit social d'Aix-en-Provence.*

Monsieur Guillaume CHAMPY, *Maître de conférences à l'Université d'Avignon.*

Monsieur Joël COLONNA, *Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille, Directeur de recherche.*

Monsieur Jean-Yves KERBOURC'H, *Professeur à l'Université de Nantes, Rapporteur.*

Monsieur Jean-Pierre LABORDE, *Professeur émérite à l'Université de Bordeaux, Président honoraire de l'Université Montesquieu-Bordeaux IV, Rapporteur.*

Madame Virginie RENAUX-PERSONNIC, *Maître de conférences à l'Université d'Aix-Marseille.*

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à l'auteur.

REMERCIEMENTS

Je tiens avant tout à remercier mon directeur de recherche, Monsieur Joël Colonna, pour son aide et son encadrement. Je lui suis profondément reconnaissant de m'avoir permis d'entreprendre la rédaction de cette thèse. Celle-ci n'aurait, en effet, pas pu voir le jour sans ses nombreux conseils, remarques et suggestions.

J'exprime également mes sincères remerciements à ma famille et mes proches m'ayant patiemment soutenu et aidé tout au long de ces années de thèse. Mes plus profonds remerciements vont à mes parents qui, tout au long de mon cursus, m'ont toujours soutenu, encouragé et aidé, en me donnant toutes les chances pour réussir. Qu'ils trouvent, dans la réalisation de ce travail, l'aboutissement de leurs efforts mais surtout l'expression de ma plus affectueuse gratitude.

Mes remerciements finaux, et non les moindres, vont à tous ceux qui, par leurs relectures et suggestions ont apporté leur contribution à cette thèse. Je ne les citerai pas mais ils se reconnaîtront. Je leur en suis infiniment reconnaissant.

SOMMAIRE

REMERCIEMENTS	7
SOMMAIRE	9
LISTES DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ET SIGLES	11
INTRODUCTION GÉNÉRALE	15
PREMIÈRE PARTIE : LE DÉVELOPPEMENT DE LA SAUVEGARDE DES DROITS	33
TITRE 1 - L'EXPANSION DU MAINTIEN DES DROITS	35
<i>CHAPITRE 1 – LE MAINTIEN DE LA GARANTIE FRAIS DE SANTÉ</i>	37
<i>CHAPITRE 2 - LE MAINTIEN DES PRESTATIONS EN COURS</i>	53
TITRE 2 - LE DÉPLOIEMENT DE LA PORTABILITÉ DES DROITS	81
<i>CHAPITRE 1 - LE CONCEPT DE PORTABILITÉ</i>	83
<i>CHAPITRE 2 - LE RÉGIME DE LA PORTABILITÉ</i>	99
DEUXIÈME PARTIE - LA PERSISTANCE DE FREINS À LA SAUVEGARDE DES DROITS	147
TITRE 1 – LES FREINS INHÉRENTS AUX LACUNES DES DISPOSITIFS DE SAUVEGARDE DES DROITS	149
<i>CHAPITRE 1 – UN FINANCEMENT COMPLEXE ET COÛTEUX</i>	151
<i>CHAPITRE 2 - LA LIMITATION DES DROITS SAUVEGARDES</i>	173
TITRE 2 - LES FREINS INHÉRENTS AUX DIFFICULTÉS DE MISE EN ŒUVRE DE LA SAUVEGARDE DES DROITS	205
<i>CHAPITRE 1 - LES FREINS TENANT À LA SITUATION DU SALARIÉ</i>	207
<i>CHAPITRE 2 - LES FREINS TENANT À LA SITUATION DE L'ENTREPRISE</i>	229
CONCLUSION GÉNÉRALE	261
BIBLIOGRAPHIE	265
INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES	309
TABLE DES MATIERES	315

LISTES DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS ET SIGLES

ACOSS	Agence centrale des organismes de sécurité sociale
ACS	Aide au paiement d'une complémentaire santé
AGIRC	Association générale des institutions de retraite des cadres
	Association pour la gestion du régime de garantie des créances des
AGS	salariés
AJDA	Actualité juridique droit administratif
ANI	Accord National Interprofessionnel
APEC	Association pour l'emploi des cadres
Arr.	Arrêté
Art.	Article
BJE	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
BJT	Bulletin Joly Travail
BOI	Bulletin officiel des impôts
Bull.	Bulletin
C. assur.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. Com.	Code de commerce
C. mut.	Code de la mutualité
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cah. Cons. Constit.	Les cahiers du Conseil constitutionnel
Cah. soc.	Cahiers sociaux
Cass. 1ère civ.	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. 2ème civ.	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CE	Conseil Européen
CERC	Conseil Emploi Revenus Cohésion Sociale
CFDT	Confédération française démocratique du travail

CGI	Code général des impôts
CGT	Confédération générale du travail
ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CLCE	Les cahiers lamy du CE
CLCSE	Les cahiers lamy du CSE
CMU-C	Couverture maladie universelle complémentaire
COE	Conseil d'orientation pour l'emploi
COM.	Communication
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
CPAM	Caisse primaire d'assurance maladie
CSP.	Code de la santé publique
CSS.	Code de la sécurité sociale
D.	Recueil Dalloz
	Direction de l'animation, de la recherche, des études, et des statistiques
DARES	
DGT	Direction générale du travail
Dir.	Direction
	Directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi
DIRECCTE	
DMF	Droit maritime français
Dr. ouvrier	Droit ouvrier
Dr. soc.	Droit social
	Direction de la recherche, des études, de l'évaluation et des statistiques
DREES	
DSS	Direction de la sécurité sociale
éd.	Edition
EEP	Etablissements d'enseignement privés
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Au même endroit
IDCC	Identification de convention collective

IFOP	Institut français d'opinion publique
Infra.	Ci-dessous
IRES	Institut de recherches économiques et sociales
J.-Cl.	Jurisclasseur
JCP E	La Semaine Juridique - Entreprise et affaires
JCP G	La Semaine Juridique, édition générale
JCP S	La Semaine Juridique, édition sociale
JO	Journal officiel
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée Nationale
JSL	Jurisprudence sociale Lamy
L.	Loi
LEDEN	L'essentiel Droit des entreprises en difficulté
Lexbase Hebdo - éd. soc.	Lexbase Hebdo - Edition Sociale
Lexbase Hebdo, éd. aff.	Lexbase Hebdo - Edition affaires
Lexbase Hebdo, éd. priv.	Lexbase Hebdo - Edition privée générale
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
Min.	Ministre
MISSOC	Système d'information mutuelle sur la protection sociale
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
Préc.	Précédent
Prés.	Président
PUAM	Les Presses universitaires d'Aix-Marseille
Q.	Question
QE	Question écrite
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
QR	Questions-Réponses
Rapp.	Rapport
RD Bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
RDT.	Revue de droit du travail
Rép.	Réponse
Rép. min.	Réponse ministérielle

RES	Rescrit fiscal
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
RG	Numéro de répertoire général
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RSA	Revenus salariaux et assimilés
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
SSL	Semaine sociale Lamy
Supra.	Ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
	Union nationale interprofessionnelle pour l'emploi dans l'industrie et le commerce
UNEDIC	
UNSA	Union nationale des syndicats autonomes
V.	Voir

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. « *La prévoyance complémentaire est liée au contrat de travail, elle dépend de l'appartenance à l'entreprise (...). Mais la plupart des risques (décès, maladie, invalidité ou incapacité) sont indépendants du contrat de travail. Que deviennent donc les droits des bénéficiaires lorsque disparaît le lien avec l'entreprise (licenciement, démission, retraite ...) ou l'entreprise elle-même, sans reprise dans un nouveau système de prévoyance ?* ». Par ces quelques lignes, le Professeur Laurent Aynès¹ résumait parfaitement les difficultés rencontrées par les bénéficiaires de la prévoyance collective en cas de cessation ou de modification du rapport de travail. En effet, quelle qu'en soit la cause, la rupture du contrat de travail – à laquelle se limite cette étude – fait disparaître le lien du salarié avec l'entreprise et met fin à son appartenance au groupe assuré.

2. Ces propos faisaient écho aux constatations du rapport « *Gisserot* »² qui jugeait critiquable que rien n'ait été prévu en faveur des anciens salariés devenus retraités ou chômeurs, et pour lesquels – faute d'avoir été aménagé – le passage de la couverture collective dont ils bénéficiaient dans l'entreprise à une couverture individuelle impliquait de tels relèvements de tarifs que certains n'étaient pas en mesure d'y faire face.

3. On le voit, la question de la protection des droits des bénéficiaires de la prévoyance collective d'entreprise est ancienne. Mais elle revêt, aujourd'hui, une acuité nouvelle en raison du développement des régimes de prévoyance d'entreprise (I) et des mutations du marché du travail (II). En effet, en faisant de l'entreprise un maillon essentiel de l'accès à la protection sociale complémentaire, le législateur a exacerbé les effets du travail sur la prévoyance, désormais intimement liée tant à l'existence du contrat de travail qu'à la continuité de ce dernier³.

¹ Aynès L., « Droits et protection des bénéficiaires » : *Dr. soc.* 1986, p. 322.

² Rapport du Groupe de travail interministériel sur la protection sociale complémentaire présidé par Pierre Gisserot, janv. 1985. – V. également, Huriet C., *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, annexe au procès-verbal de la séance du 25 octobre 1989, n°34, p. 23.

³ Badel M., « La gradation des droits sociaux : l'emprise de l'appartenance professionnelle sur la protection sociale », *RDSS* 2018, p. 162.

I. Un besoin de protection accru en raison du développement de la prévoyance collective

4. Phénomène ancien, antérieur à l'institution de la sécurité sociale en 1945⁴, la prévoyance sociale complémentaire d'entreprise a été entièrement réorganisée par la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite loi Évin, renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques⁵ (A). La prévoyance connaît, depuis, un développement accéléré qui, en multipliant le nombre de salariés concernés, rend plus nécessaire encore la sauvegarde des droits des bénéficiaires (B).

A. Le régime juridique de la prévoyance complémentaire d'entreprise

5. Une des deux composantes, avec les retraites supplémentaires – qui ne seront pas envisagées dans cette étude – de la protection sociale complémentaire d'entreprise, la prévoyance collective s'entend, comme cette dernière du reste, de « *l'ensemble des procédés juridiques qui permettent à une entreprise de souscrire au bénéfice de son personnel une garantie contre certains risques* »⁶ et d'y faire adhérer ses salariés.

6. Ainsi définie, la prévoyance revêt nécessairement un caractère collectif – c'est d'ailleurs ce qui en fait l'originalité. Et si l'adhésion du salarié au contrat souscrit par l'employeur peut théoriquement être facultative, elle est quasiment toujours obligatoire, dans la mesure où seuls les régimes à la fois collectifs et à adhésion obligatoire bénéficient d'un régime fiscal et social de faveur⁷. Ces régimes constitueront l'objet exclusif de cette étude.

7. Le régime juridique de la prévoyance collective d'entreprise est issu pour l'essentiel de la loi précitée du 31 décembre 1989, mais aussi de la loi n° 94-678 du 8 août 1994,

⁴ Saint-Jours Y., « La protection sociale complémentaire d'entreprise » : *Dr. soc.* 1992, p. 141.

⁵ L. n°89-1009 du 31 déc. 1989, renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JO n°1 du 2 janv. 1990.

⁶ Lyon-Caen G., *La prévoyance*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1994, p. 1.

⁷ *V. infra.* n°410 et s.

dite loi Veil⁸, qui en précisent à la fois le domaine (1) et les modalités de mise en place dans l'entreprise (2).

1. Le domaine de la prévoyance

8. Le Code de la sécurité sociale ne donne aucune définition de la notion de prévoyance. Le terme n'y est d'ailleurs pas utilisé. Il ne figure pas non plus dans la loi Évin du 31 décembre 1989 alors pourtant qu'elle entendait expressément « *renforcer les garanties dont bénéficient les assurés dans les opérations de prévoyance complémentaire* »⁹, et qu'elle a été qualifiée de « loi prévoyance » par la pratique¹⁰.

9. L'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale vise seulement les « *garanties collectives dont bénéficient les salariés, anciens salariés et ayants droit en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale* ». Et l'article L. 911-2 se borne à énumérer celles qui constituent le domaine de la prévoyance et qui la distinguent de la retraite. Il s'agit des garanties ayant « *notamment pour objet de prévoir* » la couverture des risques liés à l'intégrité physique, à la maternité, à l'incapacité, à l'invalidité ou encore au décès¹¹.

10. Ainsi entendue, la notion de prévoyance englobe « *un ensemble d'évènements dont la survenance est imprévisible et involontaire* »¹², ce qui a pour effet d'en exclure la retraite, qui est un évènement prévisible, voire volontaire. Parmi les risques couverts par la prévoyance, on distingue généralement les « *risques courts* », couverts par la complémentaire santé et qui donnent lieu au « *remboursement des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident* », et les « *risques lourds* » qui correspondent à l'incapacité de travail, l'invalidité, la dépendance ou le décès et impliquent le versement de rentes, d'indemnités journalières ou encore de capitaux, et qui sont donc plus onéreux¹³.

⁸ L. n° 94-678 du 8 août 1994, relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes, JO n°184 du 10 août 1994.

⁹ Huriet C., Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, annexe au procès-verbal de la séance du 25 octobre 1989, n°34, p. 11.

¹⁰ Laigre P., « La loi prévoyance », *Dr soc.* 1990, p. 370.

¹¹ Le texte vise également le risque chômage. En réalité, ce risque n'est pratiquement jamais garanti dans le cadre de la prévoyance d'entreprise car il est trop aléatoire et trop coûteux. On le laissera donc de côté.

¹² Morvan P., *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2019, n°996, p. 938.

¹³ Morvan P., *op. cit.* et *loc. cit.*

11. Une autre distinction oppose, aujourd'hui, la prévoyance *lato sensu* qui englobe à la fois les risques courts et les risques lourds, et la prévoyance *stricto sensu* qui ne couvre que ces derniers¹⁴. Dans la mesure où la loi du 14 juin 2013 a procédé à la généralisation de la « complémentaire santé » dans l'entreprise, mais non de la couverture des autres risques, la tendance est d'utiliser le terme de prévoyance dans son acception *stricto sensu*. Pour autant, nous retiendrons dans notre étude la définition *lato sensu* donnée par l'article L. 911-2 tout en précisant, le cas échéant, de quel risque il est question.

12. L'organisation juridique de la prévoyance dans l'entreprise incombe à l'employeur. Il lui appartient de mettre en place un dispositif permettant à ses salariés d'être couvert *a minima* pour leur « *frais de santé* » et éventuellement contre les « *risques lourds* ».

2. Mise en place de la prévoyance dans l'entreprise

13. La mise en place d'une prévoyance collective dans l'entreprise peut résulter d'une initiative de l'employeur ou d'une obligation légale ou conventionnelle imposée à l'entreprise. Ainsi, l'employeur est-il tenu par l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale de mettre en place une couverture complémentaire santé minimale. L'obligation d'instituer un régime de prévoyance résulte plus souvent de dispositions conventionnelles s'imposant à l'entreprise. C'est le cas de l'obligation de souscrire une garantie du risque décès au profit des cadres, imposée par le régime de retraite et de prévoyance complémentaire des cadres. C'est le cas également lorsqu'une convention collective ou un accord de branche applicable à l'entreprise institue un régime de prévoyance.

14. La mise en place d'une prévoyance collective dans l'entreprise peut résulter d'une initiative de l'employeur ou d'une obligation imposée à l'entreprise. Mais, dans tous les cas, la mise en place de la prévoyance doit reposer sur un engagement de l'employeur matérialisé par une norme interne à l'entreprise qualifiée d'acte fondateur (a) et sur la souscription d'un contrat d'assurance dont l'objet est de garantir cet engagement (b).

¹⁴ Morvan P., *op. cit.* et *loc. cit.*

a) L'acte fondateur

15. L'acte fondateur formalise l'engagement de l'employeur. Il instaure le régime de prévoyance dans l'entreprise et s'impose aux salariés, qui pourront ainsi être tenus d'une participation financière. L'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale offre à l'employeur trois modes opératoires pour créer ce régime : la convention ou l'accord collectif d'entreprise, la ratification, à la majorité des salariés concernés, d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise et, enfin, la décision unilatérale de ce dernier constatée par un écrit remis à chaque salarié intéressé. Cet acte doit, notamment, déterminer la nature des risques couverts mais également les modalités de financement des garanties collectives mises en place ainsi que leur caractère obligatoire ou facultatif¹⁵.

16. Relevant du droit du travail, chacun de ces trois modes opératoires obéit à un régime juridique différent, tant en ce qui concerne sa force obligatoire¹⁶ que les modalités de sa dénonciation. En conséquence, le choix de l'un de ces modes doit être le fruit d'une réflexion de l'employeur sur la stratégie à adopter en fonction d'un certain nombre de critères qui tiennent, notamment, au climat social de l'entreprise, à la présence ou à l'absence de syndicat, ou encore à leur opposition ...

17. La rédaction de l'acte fondateur s'effectue dans un cadre juridique qui peut être contraint ou choisi. On a vu que la mise en place dans l'entreprise d'un régime de prévoyance peut être imposée à l'employeur par une norme légale ou conventionnelle de branche. Une contrainte similaire peut peser sur lui quant au contenu de l'acte fondateur. Ainsi, doit-il se conformer aux dispositions de l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale qui détermine les garanties minimales que l'employeur doit proposer à ses salariés dans le cadre de la généralisation de la « *complémentaire santé* ». De même, doit-il vérifier si la convention ou l'accord collectif de branche applicable à l'entreprise n'impose pas un socle de garanties minimum auquel il ne peut être dérogé. Ainsi, il résulte de l'article L. 2253-1 du Code du travail que lorsque la convention ou l'accord de branche institue des garanties collectives présentant

¹⁵ Kessler F., *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2017, n°800, p. 664.

¹⁶Pour exemple : L'article 11 de la loi Évin permet aux salariés d'ores et déjà présents dans l'entreprise lors de la mise en place de la décision unilatérale de l'employeur de refuser d'y adhérer : L. n°89-1009 du 31 déc. 1989, préc. art. 11.

un « *degré élevé de solidarité* »¹⁷, la convention ou l'accord d'entreprise ne peut déroger à cette disposition qu'à la condition d'assurer des garanties au moins équivalentes¹⁸.

18. L'employeur devra également veiller à ce qu'il y ait une adéquation parfaite entre le contenu de la couverture mise en place dans l'entreprise et les termes du contrat d'assurance qui aura pour objet de garantir les engagements pris par lui dans l'acte fondateur.

b) Le contrat d'assurance

19. L'entreprise ne pouvant pas gérer directement en interne un régime de prévoyance, elle doit obligatoirement souscrire un contrat d'assurance auprès d'un des trois organismes assureurs habilités par la loi à gérer les opérations de prévoyance collective : sociétés d'assurance, mutuelles et institutions de prévoyance¹⁹.

20. Régies par le code des assurances, les sociétés d'assurance peuvent être constituées sous la forme d'une société anonyme, soumise pour l'essentiel de son fonctionnement « *au droit commun des sociétés commerciales* »²⁰, ou sous la forme d'une société d'assurance mutuelle, dépourvue d'objet commercial et sans but lucratif.

21. Régies par le Code de la mutualité, les mutuelles sont des « *personnes morales de droit privé à but non lucratif* ». Elles se caractérisent par leur mode de fonctionnement qui consiste en la réunion de personnes volontaires se proposant « *de répondre aux besoins de leurs membres plutôt qu'obtenir un retour sur investissement* »²¹, et par leurs engagements éthiques et solidaristes²² qui leur interdisent différentes pratiques que peuvent à l'inverse pratiquer les entreprises d'assurance. Toutefois, toutes les mutuelles ne sont pas autorisées à pratiquer des opérations de prévoyance collective. Seules celles qui relèvent du livre II du Code de la mutualité peuvent le faire.

¹⁷ CSS, art. L. 912-1.

¹⁸ Cette possibilité n'est, en revanche, ouverte ni à l'accord référendaire ni à la décision unilatérale. Dans les matières ne relevant pas de l'article L. 2253-1, la convention ou l'accord d'entreprise – et lui seul – peut déroger aux dispositions de la convention ou de l'accord de branche, par exemple, prévoir des garanties ou un financement différents... et donc pas nécessairement plus favorables (*C. trav., art. L. 2253-3*).

¹⁹ L. n°89-1009 du 31 déc. 1989, préc. art. 1.

²⁰ Kessler F., *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2017, n°733, p. 597.

²¹ Kessler F., *op. cit.*, n°726, p. 591.

²² Morvan P., *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2019, n°1048, p. 981.

22. Les institutions de prévoyance sont également des personnes morales de droit privé à but non lucratif. Elles sont régies par le Code de la sécurité sociale ou par le Code rural. Créées par voie conventionnelle au niveau soit d'une ou plusieurs entreprises ou d'un groupe, soit d'une ou plusieurs branches professionnelles²³, et administrées paritairement par un nombre égal de représentants des salariés et de représentants des employeurs, elles gèrent principalement des contrats collectifs de prévoyance au profit des seuls salariés, ainsi que des anciens salariés et de leurs ayants droit, relevant de leur champ d'intervention. Elles concernent plus de deux millions d'entreprises et couvrent plus de 13 millions de salariés²⁴.

23. Bien que relevant de dispositions différentes en fonction de leur nature juridique et de leur objet, ces organismes sont soumis à un certain nombre de règles communes. Ainsi, les règles prudentielles propres à l'assurance s'appliquent à l'ensemble des organismes assureurs²⁵, qui sont, en outre, soumis au contrôle d'une autorité unique : l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

24. C'est donc auprès d'un de ces organismes que l'employeur doit souscrire le contrat d'assurance, également dénommé contrat de prévoyance. Ce contrat obéit à des règles différentes selon l'organisme assureur avec lequel il est conclu, mais de plus en plus proches en raison du travail d'harmonisation accompli par le législateur sous l'impulsion du droit de l'assurance de l'Union européenne. Il est, toutefois, soumis à un ensemble de dispositions d'ordre public issues de la loi Évin et applicables à tous les assureurs, qui ont pour objet d'assurer la non-sélection médicale des bénéficiaires. Et, dans tous les cas, ce contrat a une nature juridique unique. Il s'agit d'un contrat d'assurance de groupe. « *Façonné pour la protection sociale d'entreprise* »²⁶, ce contrat est défini par l'article L. 141-1 du Code des assurances comme le contrat souscrit par une personne morale ou un chef d'entreprise en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des conditions définies au contrat, pour la couverture d'un ensemble de risques – ici, les risques relevant de la prévoyance – étant précisé que les adhérents doivent avoir un lien de même nature – en l'occurrence, le contrat de travail – avec le souscripteur.

²³ CSS, art. R. 931-1-3.

²⁴ Centre technique des institutions de prévoyance, *Cahier statistique 2018 des institutions de prévoyance*, éd. 2019, p. 6.

²⁵ C. assur., art. L. 350-1 et s. ; C. mut., art. L. 211-10 et s. ; CSS, art. L. 931-6 et s.

²⁶ Césaro J.-F., « Protection sociale d'entreprise et assurance » *Dr. soc.* 2006, p. 165.

25. L'analyse juridique de la relation triangulaire ainsi créée retient généralement la qualification de stipulation pour autrui²⁷, définie par l'article 1205 du Code civil comme le contrat par lequel une des parties, le stipulant, fait promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. L'opération présente, toutefois, une certaine originalité par rapport à la stipulation pour autrui classique en ce que l'objet de la stipulation n'est pas l'exécution d'une prestation par le promettant, mais la conclusion d'un contrat avec un tiers bénéficiaire, en l'occurrence le salarié, dont l'adhésion à ce contrat exprimera son acceptation²⁸ et créera un lien contractuel direct, de nature synallagmatique, entre lui et l'assureur²⁹, sans exclure pour autant la responsabilité de l'employeur stipulant s'agissant du droit aux prestations, particulièrement lorsque le contrat d'assurance « *n'est pas en harmonie avec l'acte ayant créé les garanties* »³⁰. Aussi a-t-il été proposé d'y voir plutôt une stipulation de contrat pour autrui³¹.

26. Quoiqu'il en soit, cette qualification a en réalité été retenue en matière de contrat d'assurance de groupe emprunteur souscrit par une banque, et elle semble incompatible avec la souscription d'un contrat de prévoyance collective dans la mesure où, dans un régime à adhésion obligatoire, le salarié est contraint d'accepter le contrat qui lui est proposé³². En fait, sa seule appartenance au groupe désigné entraîne automatiquement et obligatoirement son adhésion au contrat.

27. On comprend ainsi, à la lumière de la définition du contrat d'assurance de groupe, pourquoi la rupture de son contrat de travail fait perdre au salarié les garanties dont il bénéficiait dans l'entreprise. C'est qu'elle rompt le « *lien de même nature* » qui relie les adhérents au souscripteur et le fait, par là-même, sortir du groupe assuré.

28. Or, le développement contemporain des régimes de prévoyance collective et l'augmentation mécanique du nombre de salariés couverts par l'intermédiaire de leur entreprise a rendu cette difficulté plus visible et la nécessité de son traitement plus urgente.

²⁷ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, n°05-21822 : *D.* 2008, p. 1954, note Martin, D.-R. ; *JCP G* 2008, II, 10133, note Sériaux, A ; *RTD civ.* 2008, p. 477, obs. Fages, B ; *Defrénois* 2008, p. 1974, obs. Savaux, E.

²⁸ Martin D.-R., « Consécration d'une figure : la stipulation de contrat pour autrui », *D.* 2008, p. 1954.

²⁹ Barthélémy J., « Essai sur le concept de convention collective de sécurité sociale », *RDT* 2019, p. 308.

³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, n°05-21822, préc. – Barthélémy J., « Essai sur le concept de convention collective de sécurité sociale », *RDT* 2019, p. 308.

³¹ Martin D.-R., « La stipulation de contrat pour autrui », *D.* 1994, p. 145.

³² Morvan P., *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2019, n°1064, p. 997.

B. L'essor actuel de la prévoyance collective d'entreprise

29. La prévoyance complémentaire connaît, selon l'expression de Lyon-Caen³³, une « *deuxième jeunesse* » qui se traduit, depuis une vingtaine d'années, par un développement accéléré. Les causes de cet essor sont doubles. Certaines sont générales et concernent l'ensemble de la protection sociale complémentaire (1). D'autres sont propres à la prévoyance d'entreprise (2).

1. Les causes générales

30. Ces causes tiennent essentiellement aux insuffisances de la protection offerte par la sécurité sociale, et plus particulièrement, pour ce qui nous intéresse ici, par le régime général.

31. Si dans l'esprit de ses promoteurs, la sécurité sociale avait pour objet d'être la « *garantie donnée à tous [les citoyens] qu'ils auront toujours de quoi vivre dans des conditions décentes, quelques soient les circonstances* »³⁴, elle se trouve, aujourd'hui, confrontée, malgré son extension³⁵, à diverses contraintes financières qui l'ont notamment conduit en matière d'assurance maladie à un « *désengagement (...) du « petit risque »* »³⁶, ce dont il résulte que le « *lien qui existe en assurance entre la cotisation et le droit à remboursement s'est amoindri* »³⁷.

32. De plus, à la différence de ce que l'on observe habituellement dans de nombreux pays où les organismes de sécurité sociale n'interviennent pas pour les mêmes soins³⁸, la protection sociale française s'est construite sur un « *système dual* » où la prise en charge des prestations est partagée « *entre un régime obligatoire d'assurance maladie et des assurances complémentaires* »³⁹. En effet, dès les ordonnances relatives à la création de la Sécurité sociale, la mise en place d'un ticket modérateur alors fixé à 20%⁴⁰ a ouvert la voie à « *l'intervention de*

³³ Lyon-Caen G., « La deuxième jeunesse de la prévoyance sociale », *Dr. soc.* 1986, p. 290.

³⁴ Borgetto M., « Dynamique du droit de la sécurité sociale (1945-2015) », *RDSS* 2016, p. 3.

³⁵ Borgetto M., *loc. cit.*

³⁶ Supiot A., « La sécurité sociale entre transformisme et réformisme », *RDSS* 2016, p. 5.

³⁷ Bichot J., « Protection sociale « de base » et assurances complémentaires », *RDSS* 2015, p. 1106.

³⁸ Dormont B., « La couverture des soins par les assurances-maladies obligatoire et complémentaires : quels enjeux pour le système de soins ? », *RDSS* 2014, p. 806.

³⁹ Tabuteau D., « La privatisation *nolens volens* de la protection sociale contre la maladie », *RDSS* 2016, p. 24.

⁴⁰ Ordonnance n° 45/2454 du 19 octobre 1945 relative au régime des Assurances sociales applicable aux assurés des professions non agricoles, JO n°0247 du 20 oct. 1945, p. 6721, art. 24.

sociétés de secours mutuels, d'institutions de prévoyance »⁴¹ et par la suite de sociétés d'assurance afin de prendre en charge cette part de dépense laissée à la charge de l'assuré, sans que les juridictions ne fixent une quelconque « *limite juridique tirée des droits sociaux* »⁴² à cette augmentation du reste à charge. Il a ainsi été organisé un transfert des remboursements du régime général aux organismes privés amenés ainsi à « *couvrir, pour ceux qui le souhaitent, une partie du reste à charge* »⁴³ qu'il s'agisse du ticket modérateur, des franchises, des différents forfaits ou encore des dépassements d'honoraires⁴⁴. Cette protection est donc dite complémentaire car elle vient compléter, totalement ou partiellement, les sommes qui restent à la charge des patients après leur prise en charge par l'assurance maladie obligatoire tant en ce qui concerne les « *risques courts* » que les « *risques lourds* »⁴⁵.

33. Aussi, bien que le taux global de remboursement des soins par la sécurité sociale puisse donner l'illusion d'un maintien du taux de remboursement par le régime général grâce à un niveau de prise en charge toujours élevé des dépenses liées aux hospitalisations et aux affections de longue durée⁴⁶, la réalité est tout autre. En effet, le désengagement de la sécurité sociale a conduit à ce que moins de 60%⁴⁷ de la consommation de soins et de biens médicaux soit couverte par le régime général de l'assurance maladie avec un reste à charge oscillant, selon le type de dépense, entre 15 et 90% des frais médicaux⁴⁸. Le recours à la prévoyance complémentaire, autrement appelée « *protection sociale complémentaire* », s'est donc accru jusqu'à devenir essentiel à l'égard de certains risques⁴⁹ afin de garantir un « *accès aux soins sans barrière financière* »⁵⁰ et la prise en charge de ces sommes qui représentent en moyenne plus de 660 euros par an et par habitant⁵¹. C'est du reste ce que soulignait la Ministre des affaires sociales et de la santé lors d'un congrès de la Mutualité Française en affirmant expressément

⁴¹ Tabuteau D., préc.

⁴² Lafore R., « L'égalité en matière de sécurité sociale », *RDSS* 2013, p. 379 ; Pellet R., « L'égalité et « l'accroissement du reste à charge » », *RDSS* 2013, p. 38.

⁴³ Bichot J., art. préc.

⁴⁴ DREES, *La complémentaire santé : Acteurs, bénéficiaires, garanties*, Panorama de la DREES, éd. 2019, p. 18.

⁴⁵ Morvan P., *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2019, n°996, p. 938.

⁴⁶ Tabuteau D., art. préc.

⁴⁷ Geoffard P.-Y., « L'AMO ne suffit plus à garantir un accès aux soins sans barrière financière », *Regards*, 2016, n°49, p. 157-163.

⁴⁸ CSS, art. R. 160-5.

⁴⁹ Badel M., « La gradation des droits sociaux : l'emprise de l'appartenance professionnelle sur la protection sociale », *RDSS* 2018, p. 162 – A noter que le reste à charge s'étend de 15 à 90% des frais médicaux : CSS, art. R. 160-5.

⁵⁰ Geoffard P.-Y., art. préc.

⁵¹ DREES, *op. cit.*, p. 79.

que « sans mutuelle, la Sécu ne suffit plus »⁵². C'est ainsi que « la part de la population française couverte par une protection complémentaire en santé est passée de 84 % en 1998 »⁵³ à plus de 95% de la population en 2014⁵⁴.

34. La protection sociale complémentaire d'entreprise joue un rôle clé en ce domaine. Surtout depuis que le législateur, poursuivant la démarche amorcée par l'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2013, a généralisé la couverture complémentaire santé d'entreprise à l'ensemble des salariés⁵⁵. La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation des parcours professionnels⁵⁶ a ainsi inséré dans le Code de la sécurité sociale un nouvel article L. 911-7 qui impose aux employeurs de faire bénéficier leurs salariés d'une couverture minimale « en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident »⁵⁷, ce qui a fait entrer dans des contrats collectifs près de 4.4 millions de salariés, dont 400 000 « qui ne l'étaient pas dans le cadre de l'entreprise ou à titre individuel »⁵⁸. Si bien que, aujourd'hui, plus de 90 % des salariés sont couverts, pour leurs frais de santé, par un contrat collectif d'entreprise⁵⁹.

35. Si elle s'inscrit dans le mouvement plus général de développement de la protection sociale complémentaire, la généralisation de la complémentaire santé s'ajoute aussi aux diverses causes de développement de la prévoyance collective d'entreprise propres à cette forme de protection sociale.

⁵² Caniard E, « Les limites de la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé », *RDSS* 2014, p. 616.

⁵³ C. comptes, *La sécurité sociale : Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale*, Rapport 2016, sept. 2016, p. 172.

⁵⁴ DREES, *op. cit.*, p. 69.

⁵⁵ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 *relatif à la compétitivité des entreprises*.

⁵⁶ L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, art. 1.

⁵⁷ CSS, art. L. 911-7.

⁵⁸ Tabuteau D., art. préc.

⁵⁸ C. comptes, *La sécurité sociale : rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale*, Rapport 2016, sept. 2016, p. 257.

⁵⁹ DREES, *op. cit.*, p. 75.

2. Les causes propres à la prévoyance

36. Lorsqu'elle ne lui est pas imposée, la décision de l'entreprise d'instaurer un régime de prévoyance complémentaire tient à l'intérêt qu'elle peut y trouver. Cet intérêt est double.

37. La prévoyance constitue, d'abord, un élément de la politique de ressources humaines de l'entreprise, notamment de sa politique de rémunération. Elle est un moyen de procurer à ses salariés un complément de rémunération dans des conditions sociales et fiscales avantageuses. Elle permet, en effet, d'augmenter de manière indirecte le salaire net du salarié sans pour autant accroître les charges sociales pesant sur l'employeur⁶⁰. La prévoyance est aussi un moyen pour les entreprises de fidéliser le personnel ou de se montrer attractives pour attirer certaines compétences particulières. En effet, les salariés ou les candidats à un emploi sont particulièrement intéressés, et cela de plus en plus, par les avantages sociaux. Et une bonne complémentaire en fait partie, toutes les études et les enquêtes le montrent. Le choix d'offrir un régime de prévoyance aux salariés apparaît, ainsi, comme un enjeu majeur de la négociation du salaire lors de l'embauche d'un salarié et concourt ainsi à sa fidélisation.

38. La prévoyance bénéficie, ensuite, d'un régime fiscal et social avantageux. Le législateur a, en effet, depuis longtemps mis en place des mécanismes de déduction fiscale et d'exonérations de charges sociales sur les cotisations de l'employeur destinées à financer les contrats collectifs⁶¹. Les primes et les cotisations versées par l'entreprise constituent ainsi, sous certaines conditions, des charges salariales déductibles du résultat imposable⁶². Elles sont également exclues, là encore sous certaines conditions et dans la limite d'un plafond, de l'assiette des cotisations de sécurité sociale⁶³. Ce régime de faveur n'étant ouvert à l'employeur qu'à la condition que le régime de prévoyance mis en œuvre dans l'entreprise soit obligatoire et collectif, il concourt nécessairement à l'essor de la prévoyance par-delà l'obligation minimale mise en place par l'article L. 911-7 eu égard tant à l'étendue des garanties proposées qu'au montant de leur prise en charge par l'employeur.

⁶⁰ Denier J.-L., « Booster le net, bouter le brut », *LCDRH* 2001, n°33, p. 93. *V. infra.* n°38.

⁶¹ Geoffard P.-Y., art. préc.

⁶² CGI, art. 39,1,1°.

⁶³ CSS, art. L. 242-1.

39. Si l'instauration d'un régime de prévoyance semble n'avoir que des avantages tant pour l'employeur que pour les salariés, la réalité peut rattraper ce cadre idyllique. En effet, bien que permettant, à l'évidence, un meilleur accès aux soins pour les salariés et leurs éventuels ayants droit lorsque ceux-ci sont couverts par la prévoyance d'entreprise, les conséquences de la perte de la prévoyance en cas de rupture du contrat de travail s'étendent à l'ensemble du foyer. Or, dès lors que les cotisations destinées à financer la prévoyance complémentaire oscillent en moyenne entre 950€ et 1110€ par an⁶⁴, la perte du financement d'au moins 50% de celle-ci par l'employeur⁶⁵ ajoute une dépense supplémentaire à la charge du salarié au moment même où son pouvoir d'achat est réduit du fait de la perte de son emploi. Compte tenu des mutations du marché du travail, ces situations sont amenées à se développer et rendent plus nécessaire la protection des droits des anciens salariés.

II. Un besoin de protection accru en raison des mutations du marché du travail

40. Pendant longtemps, la prévoyance d'entreprise n'a été conçue « *pour l'essentiel, [que] dans la perspective de carrières se déroulant pendant une quarantaine d'années dans la même entreprise* »⁶⁶. La fin de cette réalité donne donc une acuité nouvelle à la problématique de la perte des droits à la prévoyance collective. En effet, fondée sur l'emploi du salarié, la prévoyance d'entreprise est considérablement impactée par les mutations du marché du travail, tout particulièrement par l'accroissement de l'instabilité et de l'insécurité de l'emploi (A), mais aussi par l'augmentation du nombre de départs à la retraite (B). Cette situation a conduit à un accroissement du risque pour les salariés de perdre le bénéfice des garanties de prévoyance attachées à leur contrat de travail.

A. Instabilité et insécurité de l'emploi

41. La perspective de conserver son emploi tout au long de sa vie professionnelle est très faible aujourd'hui⁶⁷ en raison de l'augmentation à la fois de l'instabilité et de l'insécurité

⁶⁴ DREES, *La complémentaire santé : Acteurs, bénéficiaires, garanties*, Panorama de la DREES, éd. 2019, p. 79.

⁶⁵ CSS, art. L. 911-7, III : L'employeur assure au minimum la moitié du financement de la couverture collective à adhésion obligatoire des salariés en matière de remboursement complémentaire des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident.

⁶⁶ Bichot J., « Protection sociale « de base » et assurances complémentaires », *RDSS* 2015, p. 1106.

⁶⁷ CERC, *La sécurité de l'emploi face aux défis des transformations économiques*, Rapport n°5, éd. Documentation française, 2005, p. 7.

de l'emploi. Elle est encore amoindrie par la crise sanitaire actuelle qui, selon la CFDT, fait peser sur l'emploi une « *menace inédite* »⁶⁸.

42. L'instabilité de l'emploi désigne la rupture du lien d'emploi entre un salarié et son entreprise, alors que l'insécurité de l'emploi se définit comme le risque de ne pas retrouver un emploi après avoir perdu le précédent, et dépend de l'évolution du marché du travail⁶⁹.

43. La première peut être le fait de l'entreprise (fin de contrat, licenciement) comme du salarié (démission). Elle peut donc correspondre à une mobilité volontaire des salariés. En effet, s'il est incontestable que le contrat à durée indéterminé demeure un idéal pour une majorité de Français⁷⁰ qui souhaitent conserver leur emploi le plus longtemps possible, il apparaît néanmoins que plus de 27% des salariés envisagent de vivre une mobilité professionnelle se traduisant par un changement d'entreprise⁷¹. Or, cette mobilité est susceptible d'être entrecoupée de périodes de chômage plus ou moins longues. En témoigne une enquête qui expose que sur l'ensemble du panel de salariés étudiés, plus de 38% ont subi une période de chômage⁷² à l'occasion de leur changement d'entreprise.

44. A côté de cette mobilité volontaire, au demeurant encore relativement peu développée, c'est surtout la situation du marché du travail, en perpétuelle mutation, qui est susceptible d'amener les salariés à changer d'emploi, et qui les expose au risque de ne pas en retrouver rapidement un autre. Cette instabilité de l'emploi qui ne cesse de s'accroître a, en effet, pour conséquence une augmentation de l'insécurité de l'emploi. Et bien que le nombre d'emplois en France soit passé de 22,4 millions au début des années 1980⁷³ à 26,8 millions en 2019⁷⁴, l'ampleur de ces créations d'emplois est à considérer à l'aune de l'augmentation du recours aux contrats à durée déterminée, par nature instables, qui représentaient plus de 87% des embauches en 2018⁷⁵.

⁶⁸ CFDT, « Crise sanitaire et complémentaire santé : Pensons la protection sociale des travailleurs perdant leur emploi », Communiqué de presse n°58, 4 sept. 2020.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 8.

⁷⁰ Vachet G., « Sécurisation des parcours professionnels : utopie ou réalité », *Dr. soc.* 2006, p. 963.

⁷¹ IFOP, *Les français et la mobilité professionnelle*, Sondage pour Hopscotch, Mars 2018, p. 12.

⁷² APEC, *Panorama des mobilités professionnelles des cadres*, Les études de l'emploi cadre, n°2018-29, Juin 2018, p. 10.

⁷³ DARES, *Comment ont évolué les métiers en France depuis 30 ans ?*, Dares Analyses, Janvier 2017, n°3, p.1

⁷⁴ INSEE, *Une photographie du marché du travail en 2019*, Insee Première, Fév. 2020, n°1793, p. 1.

⁷⁵ Bonnet O. et Georges-Kot S. et Pora P., « Les contrats à durée limitée : trappes à précarité ou tremplins pour une carrière », *Insee Références*, édition 2019, p. 48.

45. Dans les deux cas, la période de chômage, qu'elle soit indemnisée ou non, s'accompagne de la perte concomitante de l'ensemble des avantages attachés au contrat de travail, tout particulièrement de la prévoyance collective⁷⁶. Et cela peut s'avérer d'autant plus préjudiciable que cette instabilité subie, et l'insécurité de l'emploi qui lui est associée, varient selon les caractéristiques des travailleurs concernés⁷⁷ et touchent plus particulièrement les salariés les plus fragiles.

46. Ainsi, les salariés ayant une ancienneté réduite et une faible qualification – et donc les salaires les moins élevés – sont davantage soumis à l'instabilité de leur emploi et plus fortement exposés au risque d'insécurité, l'absence de qualification constituant d'ailleurs un facteur aggravant le risque de chômage de longue durée. Il en résulte que les dépenses à engager pour souscrire un contrat de prévoyance peuvent excéder leurs capacités financières.

47. Autre catégorie particulièrement touchée, les salariés âgés. En effet, si les jeunes salariés sont plus exposés au risque d'instabilité de l'emploi que les personnes plus âgées, ils sont en revanche moins exposés à l'insécurité de l'emploi que leurs aînés⁷⁸. Les salariés âgés, dont l'instabilité de l'emploi n'est pas significativement importante eu égard tant à leur qualification qu'à leur ancienneté, sont victimes d'une insécurité de l'emploi extrêmement élevée. On observe ainsi que 58,3% des chômeurs de 50 ans ou plus sont au chômage depuis au moins un an contre 25,1% pour les moins de 24 ans⁷⁹. L'exposition des salariés âgés à l'insécurité de l'emploi est d'autant plus préoccupante que leur sinistralité augmente concomitamment à l'augmentation de leur âge, et que la souscription d'un contrat de prévoyance à tarif modéré est, de ce fait, particulièrement problématique à la suite d'une rupture de leur contrat de travail.

48. Cette situation est encore amplifiée par l'augmentation importante des départs en retraite qui affecte le marché du travail.

⁷⁶ Le départ de l'entreprise, même s'il ne s'accompagne pas d'une période de chômage, peut néanmoins faire perdre au salarié certains avantages de protection sociale complémentaire. Tel sera le cas si le régime de prévoyance de sa nouvelle entreprise est moins favorable que celui dont il bénéficiait précédemment.

⁷⁷ CERC, *op. cit.*, p. 84.

⁷⁸ *Ibid.* p. 88.

⁷⁹ INSEE, *op. cit.*, p. 7.

B. L'accroissement du nombre de départs à la retraite

49. Le vieillissement de la population apparaît comme un autre défi pour le marché du travail. L'arrivée à l'âge de la retraite des générations du « *baby-boom* »⁸⁰ va contribuer, sur la période s'étendant de 2005 à 2025, à une augmentation de 50% du nombre de départs à la retraite par rapport à la période 1995-2005⁸¹. Si cette situation a une influence importante sur le marché du travail – à la fois sur la demande de travail des entreprises et sur l'offre de travail des salariés –, elle soulève également des difficultés accrues quant à l'accès des retraités à la protection sociale complémentaire. En effet, avec une sinistralité qui augmente avec l'âge, ceux-ci sont exposés à une hausse de leurs dépenses de santé et confrontés à la nécessité d'en obtenir la prise en charge par une assurance complémentaire.

50. Or, si les salariés bénéficient d'une couverture destinée à couvrir leur frais de santé⁸², les retraités, qui ne bénéficient plus du régime de prévoyance de leur ancienne entreprise, font aujourd'hui partie des personnes les plus mal couvertes de la société. Ils sont donc contraints de souscrire des contrats individuels de prévoyance dont les tarifs sont en constante augmentation. En effet, les contrats collectifs étant devenus un marché extrêmement concurrentiel et couvrant la majorité de la population active, les tarifs des contrats individuels, particulièrement ceux destinés aux seniors, ne cessent de croître afin de compenser la guerre des prix s'opérant sur le marché de la couverture collective obligatoire⁸³. À cette concurrence s'ajoute le fait que les contrats individuels ne bénéficient d'aucune subvention des pouvoirs publics, ce qui accroît les inégalités entre les bénéficiaires d'un contrat collectif et les retraités⁸⁴. Et cela d'autant plus que la loi du 14 juin 2013⁸⁵ a fait entrer près de 4 millions de salariés, qui bénéficiaient jusqu'alors de contrats individuels, dans des contrats collectifs, et a ainsi rompu la « *solidarité qui s'exerçait avec les autres souscripteurs* »⁸⁶ individuels, tout particulièrement les retraités. Ce retrait des actifs plutôt en meilleure santé que les inactifs du marché de la complémentaire santé individuelle a d'autant plus fait croître les tarifs des exclus de la

⁸⁰ Monnier, A., « Le baby-boom : suite et fin », *Population & Sociétés*, Février 2007, n°431, p. 1

⁸¹ Quintin O., « Le travail et l'emploi dans vingt ans », *Centre d'analyse stratégique*, Rapports et documents, 2011, n°38, p. 104.

⁸² V. *supra*, n°34.

⁸³ Borgetto M., « La sécurité sociale à l'épreuve du principe d'universalité », *RDSS* 2016, p. 11. Sur cette question, V. *infra*, n°377 et s.

⁸⁴ Dormont B., « La couverture des soins par les assurances-maladies obligatoire et complémentaires : quels enjeux pour le système de soins ? », *RDSS* 2014, p. 806.

⁸⁵ L. n°2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JO n°0138 du 16 juin 2013.

⁸⁶ Tabuteau D., « La privatisation *nolens volens* de la protection sociale contre la maladie », *RDSS* 2016, p. 24.

prévoyance d'entreprise⁸⁷ que ceux-ci présentent souvent des risques majorés de maladie⁸⁸, et que, en conséquence, les organismes assureurs ont été amenés à « *définir des primes plus élevées pour les personnes âgées* »⁸⁹.

51. On le voit, du fait de l'essor considérable des régimes de prévoyance collective d'entreprise conjugué à une plus grande fragmentation des parcours professionnels des salariés et à une augmentation des départs à la retraite, un nombre plus important de salariés est à la fois amené à quitter son emploi, quelle qu'en soit la raison, et potentiellement exposé au risque de perdre sa couverture complémentaire. Cette situation a contribué à rendre plus aigüe une difficulté qui n'est pourtant pas nouvelle.

52. La recherche de techniques propres à assurer la préservation des droits des bénéficiaires de la prévoyance collective s'est, en effet, très tôt imposée comme un sujet de réflexion juridique⁹⁰. C'est que la question présente de forts enjeux sociaux mais aussi sanitaires, particulièrement en ce qui concerne l'accès aux soins. L'origine du problème a déjà été exposée⁹¹. Les droits des bénéficiaires de la prévoyance étant totalement liés à leur appartenance à l'entreprise, la rupture du contrat de travail fait sortir le salarié du groupe protégé et lui fait perdre ses droits. La solution réside donc dans la reconnaissance aux bénéficiaires du contrat collectif de prévoyance d'un droit autonome par rapport à l'appartenance à l'entreprise⁹². Solution d'autant plus justifiée que « *le lien entre la prévoyance et le contrat de travail est, au fond, artificiel* » dans la mesure où, comme on l'a dit, les risques couverts par la prévoyance ne sont pas inhérents à la qualité de salarié⁹³.

53. C'est dans cette voie que se sont engagés, tour à tour, le législateur – parfois aiguillonné par les partenaires sociaux – et la jurisprudence avec l'objectif de déconnecter les droits des bénéficiaires de la survie du contrat de travail, c'est-à-dire d'assurer « *l'octroi de droits à l'individu et non plus au seul travailleur titulaire d'un contrat de travail* »⁹⁴.

⁸⁷ Bourdoiseau J., « La « généralisation » de la complémentaire santé : un bilan », *RDSS* 2017, p. 436.

⁸⁸ Tabuteau D., « La privatisation *volens volens* de la protection sociale contre la maladie », *RDSS* 2016, p. 24.

⁸⁹ Dormont B, art. préc.

⁹⁰ Aynès L., « Droits et protection des bénéficiaires », *Dr. soc.* 1986, p. 322. – Lyon-Caen G., *La prévoyance*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1994, p. 101 et s.

⁹¹ V. *supra*. n°41 et s.

⁹² Aynès L., art. préc.

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Videcoq E., « Le chômeur en rupture de protections : des voies et moyens d'activer les droits de privés d'emploi », *RDSS* 2014, p. 650.

S'inscrivant pleinement dans l'impératif de « *sécurisation des droits à la protection sociale* » qui est devenu « *la clef des réformes législatives* » intervenues en matière d'assurance complémentaire⁹⁵, les dispositifs de sauvegarde des droits ainsi mis en place améliorent substantiellement la situation des bénéficiaires (Partie 1).

54. Leur efficacité réelle doit cependant être évaluée au regard de leur objectif initial. Or, à cet égard, on constate que si ces dispositifs « *ont le mérite d'exister et de pourvoir, de manière relativement efficace, aux besoins d'une fraction importante des salariés* »⁹⁶, ils souffrent d'un certain nombre d'imperfections qui doivent être corrigées et appellent des améliorations. Ainsi, la coexistence de plusieurs mécanismes qui s'articulent imparfaitement, les imprécisions et limites des dispositifs eux-mêmes et les difficultés de mise en œuvre pratique... constituent autant de freins à l'efficacité de la sauvegarde des droits (Partie 2).

Partie 1 – Le développement de la sauvegarde des droits

Partie 2 – La persistance de freins à la sauvegarde des droits

⁹⁵ Ginon A.-S., « Les transformations de la Sécurité sociale : question de droits ou du droit ? », *RDSS* 2016, p. 80.

⁹⁶ Roulet V., « Protection sociale d'entreprise – État des lieux et perspectives », *Recherche effectuée dans le cadre d'une convention conclue entre l'Institut de Recherches Économiques et Sociales (IRES) et la CFE-CGC*, sept. 2013, p. 73.

PREMIÈRE PARTIE : LE DÉVELOPPEMENT DE LA SAUVEGARDE DES DROITS

55. Le développement de la sauvegarde des droits s'est opéré selon un double mouvement.

56. Le premier est le résultat de l'action conjuguée du législateur et du juge qui se sont attachés, dans un premier temps, et chacun de son côté, à maintenir certains droits des salariés au-delà de la rupture du contrat de travail. Maintien des prestations acquises à la date du départ du salarié de l'entreprise par la chambre sociale de la Cour de cassation, maintien pour l'avenir de la couverture complémentaire santé par la loi Évin du 31 décembre 1989 (Titre 1).

57. Le second mouvement est l'œuvre commune des partenaires sociaux et du législateur qui ont instauré, au profit des anciens salariés pris en charge par l'assurance chômage, une portabilité des droits à l'ensemble des garanties de prévoyance – frais de santé et prévoyance « lourde » – en vigueur dans leur ancienne entreprise. Fruit d'une négociation collective légiférante, la portabilité est consacrée par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale issu de la loi du 14 juin 2013⁹⁷ (Titre 2).

58. Si tous ces dispositifs poursuivent le même objectif de sauvegarde des droits des bénéficiaires de la prévoyance collective, la portabilité doit néanmoins être distinguée de ceux issus de la jurisprudence et, tout particulièrement, de la loi Évin, auxquels nous réserverons l'appellation de dispositifs de maintien des droits. Et cela bien que le terme de portabilité ne figure pas dans la loi, qui lui préfère l'expression de « *maintien des garanties* »⁹⁸, et qu'une partie de la doctrine regroupe l'ensemble de ces mécanismes sous l'appellation unique de portabilité⁹⁹. L'idée de portabilité des garanties de prévoyance procède, en effet, d'une

⁹⁷ L. n° 2013-504, 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JO n°0138 du 16 juin 2013.

⁹⁸ Ou de la « couverture ».

⁹⁹ Briens G., « La nouvelle portabilité des garanties de protection sociale complémentaire », *Dr. soc.* 2013, p. 895. – Serizay B., « La portabilité des droits de protection sociale », *SSL*, 2008, n°1368, p. 7.

philosophie différente en ce qu'elle s'inscrit plus résolument dans une logique de protection de la personne plus que du salarié, et repose sur la mise en œuvre de mécanismes différents.

Titre 1 – L'expansion du maintien des droits

Titre 2 – Le déploiement de la portabilité

TITRE 1 - L'EXPANSION DU MAINTIEN DES DROITS

59. L'un des principaux objectifs de la loi Évin du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques était de protéger les salariés assurés contre les conséquences de la cessation du rapport de travail ou de la résiliation du contrat d'assurance et d'instituer un régime protecteur quant au maintien de leurs droits.

60. Mettant en œuvre cet objectif, l'article 4 de la loi a institué un dispositif de maintien de la garantie frais de santé après la rupture du contrat de travail (Chapitre 1). La loi est, cependant, restée muette sur le sort des prestations en cours de services lors de la rupture du contrat de travail. De cette lacune résulte la menace d'un arrêt du versement de ces prestations, ce qui a été dénoncé tant par le rapport « *Gisserot* » que par les travaux préparatoires¹⁰⁰. Ce vide a néanmoins été comblé par la jurisprudence qui, allant au-delà des termes de la loi, a posé le principe du maintien des prestations nées ou acquises antérieurement à la rupture de la relation de travail (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Le maintien de la garantie frais de santé

Chapitre 2 – Le maintien des prestations en cours

¹⁰⁰ Huriet C., *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, annexe au procès-verbal de la séance du 25 octobre 1989, n°34, p. 42.

CHAPITRE 1 – LE MAINTIEN DE LA GARANTIE FRAIS DE SANTÉ

61. Présenté comme « *l'une des innovations fondamentales de la loi* » Évin¹⁰¹, il peut paraître surprenant que l'article 4 ne concerne que le maintien de la garantie frais médicaux. Cette disposition doit, cependant, être replacée dans son contexte. Il ressort, en effet, tant de son champ d'application (Section 1) que de ses conditions de mise en œuvre (Section 2) que, conformément aux propositions du rapport « *Gisserot* », le législateur visait principalement à protéger contre la perte brutale de leur couverture complémentaire santé les salariés les plus difficilement assurables¹⁰² en raison de leur âge ou de leur niveau de risque, et à leur permettre de souscrire une garantie individuelle strictement encadrée.

Section 1 : Le champ d'application de l'article 4

Section 2 : Les conditions de mise en œuvre de l'article 4

Section 1 - Le champ d'application de l'article 4

62. Le champ d'application de l'article 4 de la loi Évin est doublement circonscrit. En effet, si le législateur n'a pas déterminé « *les conditions précises* »¹⁰³ de la prise en charge des anciens salariés, renvoyant sur « *ce point au contrat de groupe* », il a, en revanche, délimité les contours des garanties maintenues (I) et dressé une liste limitative des bénéficiaires de ce maintien (II).

¹⁰¹ Laigre P., « La loi prévoyance », *Dr. soc.* 1990, p. 370.

¹⁰² Roulet V., « Pour une réforme de l'article 4 de la loi Évin », *Dr. soc.* 2012, p. 1060 ; « Protection sociale d'entreprise – État des lieux et perspectives », *Recherche effectuée dans le cadre d'une convention conclue entre l'Institut de Recherches Économiques et Sociales (IRES) et la CFE-CGC*, sept. 2013, p. 69.

¹⁰³ Huriet C., *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, préc., p. 29.

I. Les garanties maintenues

63. L'article 4 de la loi Évin, n'impose qu'un maintien partiel des garanties de prévoyance, applicables dans l'entreprise. Il ne prévoit, en effet, que le maintien de la seule garantie destinée au « *remboursement ou [à] l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident* ». Autrement dit, seule est maintenue la couverture complémentaire santé. L'ensemble des garanties de prévoyance dites « *lourdes* » telles que l'invalidité ou le décès n'est pas concerné par cette disposition.

64. Mais encore faut-il qu'il s'agisse d'une garantie collective instituée dans les conditions prévues à l'article 2 de la loi. Il en résulte que seules sont maintenues les garanties « *à fondement obligatoire* »¹⁰⁴ mises en place « *soit sur la base d'une convention ou d'un accord collectif, soit à la suite de la ratification par la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise, soit par décision unilatérale de l'employeur* », à l'exclusion des garanties prévues par un régime de prévoyance à adhésion facultative¹⁰⁵.

65. En revanche, s'agissant du contenu de la garantie maintenue, le maintien doit être intégral. Telle est, en effet, l'interprétation retenue par la Cour de cassation qui, contredisant la position des assureurs selon lesquels la loi n'impose qu'une couverture proche ou similaire de celle des actifs, exige que le niveau de la garantie maintenue soit identique à celui dont l'ancien salarié bénéficiait au titre de son contrat de travail¹⁰⁶. Procédant d'une interprétation littérale du texte et de la notion de « *maintien* » dont une des acceptions de la définition signifie « *conserver dans le même état* »¹⁰⁷ ou « *faire durer quelque chose* »¹⁰⁸, cette

¹⁰⁴ Morvan P., « Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration », *Dr. soc.* 2006, p. 279.

¹⁰⁵ V., cependant, Lautrette L. et Piau D., « Le maintien des obligations d'assurance en prévoyance collective », *Dr. soc.* 2007, p. 853.

¹⁰⁶ Cass. 2^e civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006 : *Gaz. Pal.* 2008, n°227, p. 30, note Cochet J. ; *RGDA* 2009, n°2, p. 549, note Kullmann J. ; *Gaz. Pal.* 2010, n°247, p. 32, note Serizay B. ; *D.* 2008, p. 2703, note Bugada A. ; *Dr. soc.* 2008, p. 1021, note Barthélémy J. et Lautrette L. ; *JCP G* 2008, 10059, note Noguero D. ; *JCP S* 2008, 1227, note Kessler F. et Logeais Y.-E. ; *JCP E* 2008, 1611, note Lautrette L. et Piau D. ; *JCP E* 2008, chron. Casson P.

¹⁰⁷ Larousse, Dictionnaire Larousse poche, 2018.

¹⁰⁸ *Ibid.*

solution est également fondée sur le caractère d'ordre public¹⁰⁹ de l'article 4, auquel il ne peut être dérogé par voie de convention¹¹⁰.

66. Si l'article 4 de la loi Évin n'est pas d'une grande clarté quant au niveau des garanties maintenues, ce qui a rendu nécessaire l'intervention de la Cour de cassation, il en va différemment pour ce qui est des bénéficiaires du maintien.

II. Les bénéficiaires

67. Le dispositif institué par l'article 4 de la loi Évin ne bénéficie pas à l'ensemble des anciens salariés privés d'emplois. En effet, non seulement ne peuvent bénéficier du dispositif de maintien des droits que ceux qui bénéficiaient d'une prévoyance d'entreprise obligatoire, mais encore est-ce à la condition qu'ils perçoivent « *une rente d'incapacité ou d'invalidité, une pension de retraite ou, [...] un revenu de remplacement* ». Sans doute cette énumération permet-elle de mettre le dispositif à la portée du plus grand nombre dans la mesure où elle couvre la quasi-totalité des revenus auxquels peut prétendre un salarié confronté à la rupture de son contrat de travail. Mais il reste que le droit des titulaires d'un revenu de remplacement de bénéficier du maintien de la couverture complémentaire santé est susceptible d'être limité¹¹¹ par les conditions restrictives d'octroi de l'allocation de retour à l'emploi¹¹².

68. Quant à l'ouverture du dispositif aux bénéficiaires d'une « *pension de retraite* », si elle traduit la prise en compte par le législateur de la situation des retraités, dont la sinistralité augmente, mais qui se trouvent, peu ou prou, exclus de l'ensemble des autres dispositifs destinés à faciliter l'accès à des garanties de prévoyance et sont souvent dans l'impossibilité de souscrire un contrat à un tarif raisonnable, elle n'atteint qu'imparfaitement son objectif. En effet, ne concernant que la garantie « *frais de santé* », elle réduit l'attractivité du dispositif, ainsi

¹⁰⁹ L. n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JO n°1 du 2 janv. 1990, art. 9.

¹¹⁰ V. *infra*. n°434 et s.

¹¹¹ V. *infra*. n°520 et s.

¹¹² Dont les conditions ont été durcies à compter du 1^{er} novembre 2019 par le décret n° 2019-797 du 26 juillet 2019 relatif au régime d'assurance chômage.

qu'en témoigne sans doute le fait que plus de 51% des bénéficiaires d'un contrat collectif obligatoire au sein de leur entreprise en changent lors de leur départ à la retraite¹¹³.

69. Le dispositif de l'article 4 bénéficie également aux personnes garanties du chef de l'assuré en cas de décès de ce dernier, c'est-à-dire à ses ayants droit.

70. En fin de compte, hormis la difficulté tenant à l'imprécision de la notion de maintien, le champ d'application de l'article 4 est fort bien délimité. Le même constat de précision s'impose au demeurant également en ce qui concerne les conditions de mise en œuvre de ce dernier.

Section 2 - Les conditions de mise en œuvre de l'article 4

71. Le maintien de la garantie frais de santé suppose le respect par le salarié de certaines obligations (I). Mais, dans le but d'assurer une véritable effectivité du dispositif, le législateur a également mis des obligations à la charge de l'employeur et de l'organisme assureur (II).

I. Les obligations du salarié

72. L'ancien salarié souhaitant se prévaloir du maintien de sa garantie « *frais de santé* » doit effectuer une demande en ce sens. Celle-ci est néanmoins enfermée dans un certain délai (A) et implique le paiement d'une cotisation (B) auprès de l'organisme assureur.

A. Le respect d'un délai de sollicitation

73. L'article 4 de la loi Évin consacre l'absence d'automatisme du maintien de la couverture. Pour en bénéficier le salarié doit en faire la demande¹¹⁴ dans les six mois suivant la

¹¹³ DREES, *La complémentaire santé : Acteurs, bénéficiaires, garanties*, Panorama de la DREES, éd. 2016, p. 92. V. *infra*. n°432 et s.

¹¹⁴ Les mêmes conditions s'appliquent aux ayants droit qui doivent effectuer une demande dans les six mois du décès du salarié.

date de la cessation des relations de travail ou, le cas échéant, l'expiration de la période de portabilité¹¹⁵.

74. Outre le respect des conditions relatives à cette demande, l'ancien salarié devra s'acquitter du paiement d'une cotisation.

B. Le paiement d'une cotisation

75. Non seulement le dispositif permettant le maintien de la couverture n'est pas automatique, mais il nécessite la conclusion d'un nouveau contrat (1) dont les conditions tarifaires ont été encadrées (2).

1. La conclusion d'un nouveau contrat

76. Le maintien de la couverture « *frais de santé* », implique la conclusion d'un nouveau contrat. Ainsi, l'article 4 dispose qu'il appartient à l'assureur d'adresser une « *proposition de maintien de la couverture [...] au plus tard dans le délai de deux mois à compter de la date de la cessation du contrat de travail* », ou, le cas échéant, de la fin de la période pendant laquelle l'ancien salarié a bénéficié de la portabilité de ses droits à la prévoyance¹¹⁶. C'est uniquement en cas d'acceptation de la proposition par le salarié, que le nouveau contrat pourra prendre effet « *au plus tard, au lendemain de la demande* ».

77. Un contrat nécessairement individuel succède ainsi à un contrat collectif. La durée de ce nouveau contrat est toutefois sujette à interprétation¹¹⁷. En effet, si l'article 4 prévoit que le maintien s'effectue « *sans condition de durée* », la formulation suggère néanmoins qu'il demeure lié à la durée du versement de la rente, de la pension de retraite ou du revenu de remplacement. Or, à la différence de la pension de retraite, le revenu de remplacement ainsi que les différentes rentes sont susceptibles d'être limitées dans le temps ce qui exclurait le caractère illimité du maintien de la garantie. Toutefois, l'article 6 de la loi Évin, qui interdit à l'assureur

¹¹⁵ V. *infra*. n°487 et s.

¹¹⁶ Deux mois à compter du décès pour les ayants droit.

¹¹⁷ V., par exemple, Lautrette L. et Piau D., « Le maintien des obligations d'assurance en prévoyance collective », *Dr. soc.* 2007, p. 853.

de refuser le maintien des garanties dès lors que celles-ci « *ne sont pas destinées à couvrir des salariés dans le cadre du statut collectif du personnel* »¹¹⁸, doit être interprété comme une confirmation du caractère viager du contrat conclu sur le fondement de l'article¹¹⁹.

78. La conclusion d'un nouveau contrat s'accompagne du paiement d'une cotisation dont les conditions tarifaires, fixées par le contrat d'assurance d'origine, ont néanmoins été encadrées par le législateur.

2. Les conditions tarifaires

79. Le législateur a déterminé les modalités de financement du maintien de la couverture complémentaire santé. En effet, il ressort du texte que la convention d'assurance doit prévoir, dès sa souscription par l'employeur, « *les modalités et les conditions tarifaires des nouveaux contrats ou conventions par lesquels l'organisme maintient cette couverture* ». Il appartient donc à l'employeur de négocier, en amont de la souscription du contrat d'assurance « *frais de santé* », le montant de la cotisation que l'ancien salarié devra verser auprès de l'assureur s'il souhaite bénéficier du maintien des droits au titre de l'article 4. Néanmoins, les conditions tarifaires du nouveau contrat sont encadrées par un décret pris en application du dernier alinéa de l'article 4 qui dispose que « *les tarifs applicables* » aux bénéficiaires du maintien de la couverture santé « *peuvent être supérieurs aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs dans des conditions fixées par décret* »¹²⁰. Ainsi, la majoration des tarifs fait l'objet d'un plafonnement progressif de 0% à 50% de la cotisation des actifs au cours des trois premières années¹²¹.

80. Aux obligations pesant sur l'ancien salarié répondent des obligations à la charge tant de l'employeur que de l'organisme délivrant la garantie.

¹¹⁸ Sargos G., « Prévoyance complémentaire », *RGDA* 2010, n°2, p. 269.

¹¹⁹ S'agissant des ayants droit, l'article 4 limite la durée du nouveau contrat à douze mois.

¹²⁰ D. n° 90-769, 30 août 1990 *pris pour l'application des articles 4, 9 et 15 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, JO n°202 du 1 sept. 1990, mod. D. n° 2017-372, 21 mars 2017, V. *infra*. n°358 et s.

¹²¹ V. *infra*. 361 et s.

II. Les obligations de l'employeur et de l'organisme assureur

81. L'efficacité du dispositif institué par l'article 4 de la loi Évin suppose, en premier lieu, une information préalable de ses bénéficiaires potentiels à la charge de l'employeur (A). Elle suppose, en second lieu, que l'assureur soit tenu de couvrir tous les anciens salariés éligibles au dispositif sans pouvoir procéder à leur sélection médicale (B).

A. L'information du bénéficiaire

82. Si l'entreprise n'a aucune obligation d'information concernant la mise en œuvre du dispositif du maintien des droits postérieurement à la rupture du contrat de travail, elle est, en revanche, tenue d'une obligation d'information préalable à la conclusion du contrat collectif.

83. L'article 4 dispose, en effet, que « *le contrat ou la convention doit prévoir [...], les modalités [...] des nouveaux contrats ou conventions par lesquels l'organisme maintient cette couverture* ». Cette obligation d'information, pesant sur l'employeur, a fait l'objet de précisions jurisprudentielles qui permettent d'en mesurer l'étendue (1) et de préciser les sanctions applicables en cas de défaut d'information (2).

1. L'étendue

84. Afin d'assurer l'effectivité du dispositif, l'obligation d'information (a) à la charge de l'employeur a été complétée par la jurisprudence qui est venue y adjoindre une obligation de conseil (b).

a) Une obligation d'information

85. L'employeur est tenu de remettre aux salariés concernés par le contrat d'assurance une notice d'information qui « *définit notamment les garanties prévues par la*

convention ou le contrat et leurs modalités d'application »¹²². Si l'obligation d'information est explicitement exposée par les articles 4 et 12 de la loi, celle-ci demeure muette sur le débiteur de la rédaction de cette notice ainsi que sur les modalités de sa remise. Cette carence est palliée par les différents codes qui régissent l'ensemble des opérateurs susceptibles d'offrir des garanties collectives. Ainsi, s'agissant d'un contrat d'assurance, l'article L. 141-4 du Code des assurances dispose que « *le souscripteur est tenu de remettre à l'adhérent une notice établie par l'assureur* ». Concernant le régime probatoire de cette obligation, le même texte précise que la « *preuve de la remise de la notice à l'adhérent incombe au souscripteur* ». Si l'on se trouve en présence d'une institution de prévoyance, l'article L. 932-6 du Code de la Sécurité sociale dispose que « *l'institution de prévoyance établit une notice qui définit les garanties souscrites par contrat ou par adhésion à un règlement et leurs modalités d'entrée en vigueur [...]* » et précise également que la charge de la preuve de la remise de cette notice au participant incombe à l'adhérent, autrement dit, à l'employeur. Enfin, lorsque le contrat est souscrit auprès d'une mutuelle ou d'une union mutualiste, l'article L. 221-6 du Code de la mutualité dispose également que « *la mutuelle ou l'union établit une notice qui définit les garanties prévues par les opérations collectives et leurs modalités d'entrée en vigueur [...]* » et que « *la preuve de la remise de la notice et des statuts au membre participant et des informations relatives aux modifications apportées au contrat collectif incombe à l'employeur [...]* ». Il ressort donc de l'ensemble des codes traitant de la prévoyance collective que c'est à l'assureur d'établir la notice d'information devant être remise à chaque bénéficiaire, mais qu'il appartient ensuite à l'employeur de la transmettre aux assurés. L'article 12 précisant que cette notice doit notamment définir les « *garanties prévues par la convention ou le contrat* », on peut en déduire que les « *modalités et les conditions tarifaires* » du contrat susceptible d'être proposé sur le fondement de l'article 4, doivent également être explicitées dans cette notice.

86. La Cour de cassation va plus loin que ces dispositions légales et fait également peser, sur l'employeur une obligation de « *conseil* ».

¹²² L. n°89-1009 du 31 déc. 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JO n°1 du 2 janv. 1990, art. 12.

b) Une obligation de conseil

87. Un arrêt du 12 mars 2008¹²³, de la chambre sociale affirme que « *le souscripteur de l'assurance de groupe est tenu, à l'égard de son salarié adhérent, d'une obligation d'information et de conseil* » et ajoute, et c'est là tout l'intérêt de l'arrêt, que cette obligation « *ne se limite pas à la mise à disposition de l'assuré de la notice* ». Il en résulte que, lorsque l'information de la notice n'est pas suffisante, il appartient alors à l'employeur de la compléter afin, le cas échéant, d'en expliciter la teneur¹²⁴.

88. Le non-respect de ces obligations d'information et de conseil expose à des sanctions.

2. Les sanctions

89. L'obligation d'information serait dépourvue d'effectivité en l'absence de mesures sanctionnant son non-respect. Il est donc nécessaire de déterminer qui, de l'employeur ou de l'assureur, est responsable en cas de défaut d'information (a), avant de déterminer l'étendue de la réparation à laquelle peut prétendre le bénéficiaire lésé (b).

a) La détermination du responsable

90. L'absence d'information rend les différentes limitations de garanties stipulées dans le contrat d'assurance groupe inopposables à l'adhérent¹²⁵. Dès lors, la question se pose de l'impact que cette absence d'information peut avoir sur la mise en œuvre de l'article 4 de la loi Évin. Ce dernier texte étant d'ordre public, on peut estimer que le manquement à cette obligation d'information sur les « *modalités et les conditions tarifaires* » du nouveau contrat proposé ne peut avoir pour conséquence de modifier l'identité des garanties qui devront être proposées à l'ancien salarié. En revanche, on peut tout à fait considérer que l'inopposabilité des limitations de garanties au salarié s'appliquent également au nouveau contrat proposé.

¹²³ Cass. soc., 12 mars 2008, n° 07-40.665 : *RGDA* 2008, n°2, p. 396, note Mayaux L.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 1994, n°93-10.867 : *RGDA* 1995, n°1, p. 135, note Maury J.

91. La Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 15 mai 2008, qui, de l'assureur ou de l'employeur, est débiteur des dommages et intérêts auxquels peut prétendre l'assuré à l'égard duquel l'obligation d'information n'a pas été respectée¹²⁶.

92. En l'espèce, le litige opposait la veuve d'un salarié à l'organisme assureur qui, se prévalant d'une clause d'exclusion de garantie, refusait de lui verser le capital décès prévu par le contrat d'assurance de groupe souscrit par l'entreprise et auquel son époux avait adhéré. Or, ce dernier n'ayant pas eu connaissance de l'existence de cette clause, faute que la notice d'information lui ait été remise, les juges du fond avaient condamné l'employeur à garantir la condamnation de l'assureur au paiement de la prestation litigieuse. Ils avaient estimé que l'employeur ne pouvait se contenter de soutenir que la notice ne lui avait pas été remise et que, si tel était le cas, il aurait dû la réclamer à l'assureur. La décision est cassée. La Cour de cassation considère, au contraire, que les juges du fond ne pouvaient condamner l'employeur sans avoir recherché si l'assureur avait effectivement rédigé la notice et s'il la lui avait bien adressée. Cette position a été confirmée par un arrêt du 17 mars 2011 de la Cour de cassation, qui rappelle qu'une action à l'encontre du souscripteur n'est possible qu'à la condition que l'assureur apporte la preuve qu'il a rédigé la notice d'assurance et l'a adressée à l'employeur afin qu'il la remette aux adhérents¹²⁷.

93. La question se pose aussi de savoir si l'employeur doit également s'assurer de la conformité des contrats d'assurance à la loi Évin. S'il est tentant d'y répondre par la négative dans la mesure où l'employeur n'est pas un assureur et où il appartient à ce dernier de rédiger les contrats conformément à la législation, la Cour de cassation a adopté une position différente dans un arrêt du 16 avril 2008¹²⁸.

94. En l'espèce, le contrat de prévoyance souscrit par un employeur au profit de ses salariés ne comportait pas de clause fixant les modalités et conditions tarifaires du contrat par lequel l'organisme assureur pouvait maintenir la couverture au profit des anciens salariés. L'employeur ayant remis la notice d'information aux salariés, il estimait avoir satisfait à son

¹²⁶ Cass. soc., 15 mai 2008, n°07-14.354 : *Gaz. Pal.* 2009, n°15, p. 29, note Périer M. ; *Lexbase hebdo*, éd. priv. 2008, n°307, chron. Nicolas V. et Beaugendre S.

¹²⁷ Cass. soc., 17 mars 2011, n°10-12.843 : *RGDA* 2011, n°3, p. 795, note Astegiano-La Rizza A. ; *RD Bancaire et fin.* 2011, 101, note Djoudi J.

¹²⁸ Cass. soc., 16 avril 2008, n°06-44.361.

obligation d'information et de conseil. Pour autant, la Cour de cassation considère que l'employeur est « responsable des conséquences qui s'attachent à une information incomplète ayant induit l'assuré en erreur sur la nature, l'étendue ou le point de départ de ses droits ». Il résulte de cette décision que l'employeur aurait dû vérifier que le contrat était « conforme aux dispositions, d'ordre public, de l'article 4 de la loi Évin »¹²⁹. La Cour de cassation pose ainsi le principe selon lequel l'information relative aux modalités de mise en œuvre et aux conditions tarifaires du maintien des droits de l'article 4 de la loi Évin repose sur l'employeur, qui doit, sous peine d'engager sa responsabilité, vérifier la légalité des contrats d'assurance proposés à ses salariés¹³⁰.

b) L'étendue de la réparation

95. La Cour de cassation a d'abord opté pour une indemnisation équivalente au montant de la garantie perdue du fait du manquement de l'employeur à son obligation d'information¹³¹. La sanction paraissait sévère dans la mesure où le préjudice subi par l'adhérent du fait de l'absence de remise d'une notice d'information n'est pas nécessairement égal au montant de la prestation dont il estime avoir été privé puisque rien ne permet de présager le comportement qu'il aurait adopté s'il avait été correctement informé. Aussi, la Cour a modifié sa position et a posé le principe selon lequel, le préjudice subi par le salarié est constitué par la perte de chance de souscrire un contrat offrant les garanties escomptées¹³². Cette position, désormais confirmée, a été précisée par un arrêt du 18 mai 2011¹³³ qui précise que « la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ». Cette solution, conforme à la définition civiliste de la perte de chance¹³⁴, était jusque-là inédite en matière de protection sociale d'entreprise. Se pose donc la question de l'évaluation de la perte de chance d'avoir pu souscrire au contrat prévu par l'article 4 de la loi Évin. En l'absence de précision

¹²⁹ Rigaud D., « Les aspects juridiques liés à l'application de la loi Évin aujourd'hui », *Gaz. Pal.* 2010, n°247, p. 28.

¹³⁰ Ginon A.-S. et Guiomard F., « Réflexion sur la portabilité des droits issue de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 », *Dr. Soc.* 2009, p. 1054.

¹³¹ Cass. soc., 14 nov. 2007, n°06-14.553 : *DMF*, 2008, 695, note Chaumette P.

¹³² Cass. soc., 7 avril 2011, n°10-13.544 : *RGDA* 2011, n°4, p. 1054, note Mayaux L.

¹³³ Cass. soc., 18 mai 2011, n°09-42.741 : *RGDA* 2011, n°4, p. 1057, note Kullmann J. ; *D.* 2011, p. 1955, note Robineau M. ; *Cah. soc.* 2011, n°232, p. 191, note Pansier F.-J. ; *JCP S* 2011, 1474, note Brissy S. ; *Lexbase hebdo – éd. aff.* 2011, n°255, note Nicolas V. ; *Dr. ouvrier* 2011, n°758, p. 597, note Ginon A.-S.

¹³⁴ Cass. 1^{ère} civ., 16 juill. 1998, n°96-15.380 : *JCP G* 1998, II, 10143, note Martin R.

jurisprudentielle quant à la méthodologie à appliquer, Matthieu Robineau estime que « *le montant des dommages et intérêts est déterminé non pas en fonction de la chance perdue, mais en fonction du préjudice allégué, auquel on applique une réduction proportionnelle, selon la probabilité que la chance en question avait de se réaliser. Concrètement, cela signifie que le montant des dommages et intérêts réparant la perte de chance est un pourcentage du montant qui aurait été accordé si le préjudice avait précisément consisté en un gain manqué* »¹³⁵. A défaut d'un préjudice chiffrable et identifiable, « *il s'agit de mesurer, autant que faire se peut, une chance perdue* »¹³⁶ tout en respectant la limite selon laquelle la réparation « *ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »¹³⁷. Il semblerait donc qu'en deçà de ce plafond, les juges du fond disposent de toute latitude quant à la détermination du montant de la chance perdue de souscrire au contrat de l'article 4 et de bénéficier des prestations prévues en cas de sinistre. La Haute juridiction évite ainsi à l'employeur ou à l'assureur de se retrouver débiteurs, au titre de la réparation du préjudice subi par le salarié, d'une somme représentant l'intégralité de la garantie non souscrite. Si cette solution rapproche le montant de l'indemnisation de la réalité du préjudice subi par l'ancien salarié, on peut néanmoins regretter que la Cour de cassation ne se montre pas plus exigeante quant à la motivation par les juges du fond de l'évaluation de cette perte de chance. En effet, souvent peu ou pas motivées, les décisions fixant le montant des dommages et intérêts indemnifiant la chance perdue ne garantissent la sécurité juridique, ni de l'employeur, ni de l'assureur, et laissent planer une sensation « *d'arbitraire* »¹³⁸.

96. Bien que ces conséquences soient particulièrement atténuées par le faible recours¹³⁹ à l'article 4 de la loi Évin, la jurisprudence se montre extrêmement sévère s'agissant de l'obligation d'information et de conseil et impose à l'employeur un comportement proactif dans la vérification tant du contenu du contrat que de la qualité de l'information délivrée aux salariés, qui va bien au-delà de la simple remise d'une notice d'information.

97. Une autre contrainte pèse sur l'assureur : il lui est interdit d'exclure certains assurés en raison de leur état de santé.

¹³⁵ Robineau M., note sous Cass. soc., 18 mai 2011, n°09-42.741, préc.

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ Cass. soc., 18 mai 2011, n°09-42.741, préc.

¹³⁸ Robineau M., note sous Cass. soc., 18 mai 2011, n°09-42.741, préc.

¹³⁹ V. *infra*. n°461 et s.

B. L'interdiction de la sélection médicale des assurés

98. L'article 4 de la loi Évin impose à l'assureur le maintien de la couverture frais de santé « *sans condition de période probatoire ni d'examen ou de questionnaire médicaux* ». Cette disposition, qui interdit toute sélection médicale dans le cadre du nouveau contrat individuel conclu avec l'ancien salarié s'inscrit dans le droit fil de l'article 2 de la loi.

99. On rappellera que ce texte, applicable aux régimes collectifs de prévoyance à adhésion obligatoire, impose à l'assureur de prendre en charge les suites des états pathologiques antérieurs¹⁴⁰ à la conclusion du contrat ou à l'adhésion à celui-ci et qu'il lui interdit d'exclure de sa garantie une pathologie ou une affection ouvrant droit aux prestations en nature de l'assurance maladie du régime général de la sécurité sociale.

100. L'article 4 va même plus loin en ce qu'il ne se contente pas d'étendre ces règles au contrat individuel, mais qu'il leur confère une portée plus large. En effet, alors que l'article 2 n'interdit pas à l'assureur de soumettre les salariés à un questionnaire voire à un examen médical – certes très peu pratiqués en complémentaire santé sauf dans les très petites entreprises –, l'article 4 en proscriit l'utilisation de façon absolue.

101. La dérogation au mécanisme du contrat d'assurance, qui repose sur la sélection des risques, n'en est que plus flagrante. Il faut, en effet, rappeler que l'article L. 113-2, 2° du Code des assurances pose le principe selon lequel « *l'assuré est obligé : [...] de répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge* ». Il en résulte que l'assureur peut s'informer sur l'état de santé de la personne et décider ou non de l'assurer. Cette possibilité de « *discriminer* » le candidat à la souscription est expressément admise par l'article 225-3, 1° du Code pénal. Elle est néanmoins limitée¹⁴¹ par le

¹⁴⁰ Cette notion vise certains états qui précèdent le développement de la maladie, comme, par exemple, la séropositivité par rapport au sida. Mais elle englobe aussi la maladie *stricto sensu*, par exemple le sida. V. Renaux-Personnic V. et Colonna J., *La protection sociale complémentaire d'entreprise*, Gualino, 2019. p. 100 et s.

¹⁴¹ L'article 225-3 du Code pénal précise que l'assureur qui fonde sa sélection « sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie ou qu'elles se fondent sur la prise en compte des conséquences sur l'état de santé d'un prélèvement

Code de la santé publique¹⁴², le Code des assurances¹⁴³ ainsi que par le Code de la sécurité sociale¹⁴⁴, qui excluent la possibilité pour les organismes, délivrant des garanties contre le risque d'invalidité ou de décès, de « tenir compte des résultats de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne demandant à bénéficier de cette garantie, même si ceux-ci leur sont transmis par la personne concernée ou avec son accord. En outre, ils ne peuvent poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats, ni demander à une personne de se soumettre à des tests génétiques avant que ne soit conclu le contrat et pendant toute la durée de celui-ci ». Il est à noter que, à la différence des organismes d'assurance, les organismes mutualistes ne peuvent pas « recueillir des informations médicales auprès de leurs membres ou des personnes souhaitant bénéficier d'une couverture, ni fixer les cotisations en fonction de l'état de santé »¹⁴⁵. Mais, bien que la sélection médicale ait fortement diminué en droit des assurances du fait, tant de la prédominance des organismes mutualistes sur le marché de la couverture complémentaire santé¹⁴⁶ que des incitations fiscales¹⁴⁷ en ce sens, elle demeure possible.

102. L'article 4 de la loi Évin qui est d'ordre public¹⁴⁸ permet ainsi d'éviter tout refus de souscription de la part de l'assureur et garantit ainsi l'effectivité du dispositif de maintien de la garantie frais de santé.

d'organe tel que défini à l'article L. 1231-1 du code de la santé publique » s'expose à une condamnation pour discrimination à l'égard du candidat à l'assurance

¹⁴² CSP, art. L. 1141-1 : « Les entreprises et organismes qui proposent une garantie des risques d'invalidité ou de décès ne doivent pas tenir compte des résultats de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne demandant à bénéficier de cette garantie, même si ceux-ci leur sont transmis par la personne concernée ou avec son accord. En outre, ils ne peuvent poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats, ni demander à une personne de se soumettre à des tests génétiques avant que ne soit conclu le contrat et pendant toute la durée de celui-ci »

¹⁴³ L'article L. 133-1 du Code des assurances effectue un renvoi à l'article L. 1141-1 du Code de la santé publique.

¹⁴⁴ L'article L. 932-39 du Code de la sécurité sociale effectue un renvoi à l'article L. 1141-1 du Code de la santé publique.

¹⁴⁵ C. mut., art. L. 110-2.

¹⁴⁶ DREES, *La situation financière des organismes complémentaires assurant une couverture santé*, Rapp. 2017, p. 8.

¹⁴⁷ CGI, art. 1001.

¹⁴⁸ L. n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JO n°1 du 2 janv. 1990, art. 10.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

103. En permettant le maintien de la garantie frais de santé lors de la rupture du contrat de travail, la loi Évin a enclenché une dynamique de sauvegarde des droits. En effet, malgré la délimitation des bénéficiaires, il s'avère que le dispositif peut en réalité bénéficier à la majorité des anciens salariés dont le contrat est rompu. De plus, si différentes conditions sont nécessaires à la mise en œuvre de ce mécanisme, elles sont peu contraignantes et n'apparaissent pas comme de véritables obstacles à la mise en œuvre de ce maintien. Au contraire, le délai de sollicitation relativement long, l'absence de sélection médicale, ainsi que le plafonnement de la cotisation apparaissent comme des facilitateurs du maintien de la garantie frais de santé. De la même manière, la contraignante obligation d'information pesant sur l'employeur est favorable au salarié, qui peut en invoquer le non-respect afin d'obtenir une indemnisation du préjudice lié à ce manquement. Cette démarche tendant à la sauvegarde des droits des anciens salariés est néanmoins circonscrite à la seule garantie frais de santé. Elle a été fort opportunément complétée par la jurisprudence qui, à défaut de pouvoir organiser le maintien des garanties relatives à la prévoyance lourde, impose à l'assureur la poursuite du versement des prestations en cours de service.

CHAPITRE 2 - LE MAINTIEN DES PRESTATIONS EN COURS

104. Le salarié bénéficiant du versement d'une prestation de prévoyance, à la suite de la réalisation d'un risque a légitimement vocation à prétendre au versement de cette prestation durant toute la durée contractuellement fixée. Or, la rupture du contrat de travail, en ce qu'elle entraîne la sortie du salarié du groupe assuré et l'expiration des garanties, est susceptible d'entraîner la cessation du versement de cette prestation. Pour éviter une telle situation, non prévue par la loi Évin, la jurisprudence a consacré le principe général d'un droit au maintien des prestations en cours de service (Section 1) et a retenu une conception large de la notion de prestations maintenues (Section 2).

Section 1 : Le droit au maintien des prestations

Section 2 : La détermination des prestations maintenues

Section 1 - Le droit au maintien des prestations

105. Si le droit au maintien des prestations en cours de service est un principe classique issu du droit des assurances (I), son extension à la rupture du contrat de travail (II) constitue, en revanche, une véritable innovation.

I. Un principe issu du droit des assurances

106. Ainsi que le rappelait le rapporteur¹⁴⁹ du projet de loi Évin, le rapport *Gisserot* faisait état, dès 1985, du « *vide juridique* » touchant différents contrats en matière de « *maintien des prestations en cours à la rupture du contrat* » de prévoyance et dénonçait la faculté pour les assureurs de prévoir, dans les contrats proposés au bénéfice des salariés, la réduction voire

¹⁴⁹ Huriet C., *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, annexe au procès-verbal de la séance du 25 octobre 1989, n°34, p. 42.

la suppression des prestations pour des raisons indépendantes du comportement de l'assuré¹⁵⁰, à la suite notamment d'une modification dans la situation juridique de l'employeur ou de la résiliation du contrat de prévoyance. L'affaire *Creusot-Loire* est le symbole même de cette carence législative : tous les contrats de prévoyance souscrits par les salariés avaient été résiliés lors de la liquidation judiciaire de l'entreprise¹⁵¹.

107. Dans le silence de la loi, la poursuite du versement des rentes ou indemnités en cours de service devait être stipulée par les parties au contrat. En l'absence de stipulations contractuelles, l'assureur disposait de la faculté de résilier et/ou ne pas renouveler le contrat à l'origine du versement de la prestation, se dispensant de ce fait de la poursuite du versement des prestations en cours de service. Pour juguler ce risque, certains contrats prévoyaient le versement d'une indemnité de résiliation par le souscripteur, laquelle venait se substituer aux versements en cours¹⁵². Une telle solution trouvait ses limites dans l'insolvabilité de l'entreprise, qui était susceptible de la placer dans l'impossibilité de régler cette indemnité. Elle était, de plus, de nature à fausser le jeu de la concurrence entre les différents organismes, en ce qu'elle permettait d'offrir des tarifs avantageux lors de la souscription, mais rendait la résiliation plus difficile¹⁵³.

108. C'est la raison pour laquelle la loi Évin pose le principe d'un droit au maintien des prestations. Son article 7 dispose, en effet, que « *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 de la convention est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant son exécution* ».

109. Ce texte impose, en outre, le maintien des rentes au niveau atteint lors de la résiliation ou du non-renouvellement, c'est-à-dire, au niveau de la rente de base auquel doivent s'ajouter les revalorisations opérées par la suite¹⁵⁴. Cette règle est directement inspirée d'un

¹⁵⁰ Sargos P., « Le droit au maintien des prestations et des garanties dans l'assurance de prévoyance collective », *JCP G* 2001, 363.

¹⁵¹ Coursier P., « La loi Évin, vingt ans déjà... et après ? » *Gaz. Pal.* 2010, n°247, p. 32.

¹⁵² Huriet C., *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, annexe au procès-verbal de la séance du 25 octobre 1989, n°34, p. 43.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Laigre P. et Barthelemy J., « La loi prévoyance », *JCP G* 1990, 3445.

principe classique du droit des assurances de responsabilité qui frappe de nullité « *toute clause qui a pour effet de limiter la durée de la garantie de l'assureur à une durée inférieure à celle de la responsabilité pesant sur l'assuré* »¹⁵⁵.

110. Et c'est d'ailleurs sur le fondement de ce principe que la Cour de cassation a consacré, dans des espèces où la loi Évin n'était pas applicable, la règle selon laquelle « *les prestations liées à la réalisation d'un sinistre survenu pendant la période de validité d'une police d'assurance de groupe ne peuvent être remises en cause par la résiliation ultérieure de cette Police* »¹⁵⁶. Et que, rejetant l'argument des assureurs qui soutenaient que la disparition de l'entreprise, entraînant la suppression des cotisations versées dans le cadre d'un contrat géré par répartition, devait permettre l'arrêt du versement des prestations, elle a affirmé l'impossibilité de remettre en cause le droit à perception des prestations acquises « *en raison de circonstances qui [...] sont étrangères [à l'assuré] et sur lesquelles il n'a aucune action* »¹⁵⁷.

111. Cette jurisprudence continue d'ailleurs à s'appliquer à des contrats de prévoyance ne relevant pas de la loi Évin¹⁵⁸. La force de ce principe explique son extension à la rupture du contrat de travail.

II. L'extension du principe à la rupture du contrat de travail

112. L'article 7 de la loi Évin étant circonscrit au maintien des prestations en cours de service en cas de résiliation ou de non-renouvellement du contrat d'assurance de groupe, il n'était d'aucun secours en cas de perte de la couverture liée à une rupture du contrat de travail du salarié. Néanmoins, forte de son pouvoir normatif, la Cour de cassation a étendu à cette situation le principe du maintien des prestations (A) et en a précisé la portée (B).

¹⁵⁵ Sargos P., « Le droit au maintien des prestations et des garanties dans l'assurance de prévoyance collective », *JCP G* 2001, 363.

¹⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ., 13 juin 1995, n°92-15.595 : *RGDA* 1996, n°1, p. 158, note Bigot J.

¹⁵⁷ Cour de cassation, *Rapport annuel*, 1995, Documentation française, 1996, p. 330.

¹⁵⁸ Cass. 2^e civ., 13 janv. 2012, n°11-10.047.

A. L'affirmation du principe

113. La Cour de cassation a entendu ériger en principe la règle du maintien des prestations acquises au cours de l'exécution du contrat de travail. Mais si le principe énoncé est sans ambiguïté (1), son fondement est en revanche plus incertain (2)

1. L'énoncé du principe

114. La loi du 31 décembre 1989 n'envisage pas les conséquences de la rupture du contrat de travail sur les prestations en cours de versement. Or, dans la mesure où le contrat d'assurance de groupe suppose que les adhérents aient un lien de même nature avec le souscripteur¹⁵⁹ et où ce lien est caractérisé par le contrat de travail, la rupture de ce contrat fait perdre au salarié ses droits à la prévoyance collective.

115. La jurisprudence a pourtant régulièrement admis la possibilité pour le salarié de voir ses prestations maintenues lorsque la rupture de ce contrat fait suite à une résiliation du contrat d'assurance. C'est ainsi que, dans un arrêt du 18 mars 2003, la Cour de cassation¹⁶⁰ a réputé non écrites, sur le fondement de l'article 7, les clauses ayant pour objet de supprimer les prestations à la suite de la rupture du contrat de travail.

116. L'affaire concernait une salariée en arrêt de travail pour accident du travail du 27 janvier 1992 au 2 mars 1993, puis en arrêt maladie à compter de cette date et dont le contrat de prévoyance auquel elle avait adhéré avait été résilié le 12 octobre 1992, faute de paiement des cotisations par son employeur. Licenciée le 22 décembre 1993 avant d'être placée en invalidité en avril 1995, elle sollicite le paiement des prestations complémentaires auxquelles elle estime pouvoir prétendre. L'assureur lui oppose une clause du contrat d'assurance au terme de laquelle « *tout assuré cesse d'être garanti et perd la qualité d'assuré dès le jour où il n'appartient plus à la catégorie de personnel à laquelle le contrat s'applique* ». Cet argument n'est néanmoins pas reçu par la Cour de cassation, qui considère que « *les clauses qui aboutissaient à supprimer les prestations dues au titre d'un risque qui s'était réalisé avant la résiliation de la police d'assurance [...] devaient être réputées non écrites* ». Cette position,

¹⁵⁹ C. assur., art. L. 141-1.

¹⁶⁰ Cass. soc., 18 mars 2003, n° 01-41.669 : *RGDA* 2003, n°3, p. 528, note Bigot J.

s'inscrivant dans une jurisprudence constante relative à la nullité des clauses ayant pour objet de supprimer le droit à prestation en raison de la résiliation du contrat d'assurance, ne réglait toutefois pas la situation des salariés dont le contrat de travail était rompu en l'absence de résiliation du contrat d'assurance.

117. La question a finalement été résolue par deux arrêts du 17 avril 2008¹⁶¹ dans des affaires où l'article 7 de la loi Évin ne semblait pas devoir s'appliquer dans la mesure où le contrat d'assurance n'était pas résilié. En effet, dans ces affaires, la Cour de cassation a étendu à la rupture du contrat de travail le principe applicable à la résiliation du contrat d'assurance en découvrant un principe jurisprudentiel manifestement issu de l'article 7 de la loi Évin.

118. Dans la première espèce, une salariée bénéficiant d'un contrat de prévoyance complémentaire est victime d'un accident du travail le 29 février 1996, pour lequel lui est attribuée le 20 septembre 1996 une rente « *accident du travail* » avec un taux d'incapacité de 15% révisable. Postérieurement à son licenciement économique survenu le 7 octobre 1996, elle est victime de rechutes en 1997 et 1999, conduisant la Caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) à lui notifier un nouveau taux d'incapacité à compter du 2 mars 2000. La salariée sollicite alors son organisme de prévoyance afin d'obtenir la garantie contractuellement prévue. Soulignant que la police d'assurance prévoyait que la garantie cessait le jour où la salariée était radiée de l'effectif de l'employeur sauf si elle percevait des prestations au titre de la garantie incapacité ou invalidité, ce qui n'était pas le cas en l'espèce, l'organisme de prévoyance refuse l'octroi de la prestation

119. La deuxième espèce concernait un salarié victime d'un accident de travail et bénéficiant à ce titre d'une prestation d'incapacité de travail, auquel la CPAM avait notifié un nouveau taux d'incapacité. Ce nouveau taux lui permettant de prétendre au versement d'une prestation d'invalidité de 2^e catégorie, il en avait sollicité le versement auprès de l'organisme d'assurance de son employeur, qui avait refusé au motif que, à la date de fixation de ce nouveau taux, le requérant n'était plus salarié de l'entreprise et que, le contrat d'assurance n'ayant pas été résilié, l'article 7 n'avait pas à trouver application.

¹⁶¹ Cass. 2^e civ., 17 avr. 2008, n°07-12.064, 07-12.088, 06-45.137 : *JCP E*, 2009, 1623, chron. Courtieu G. ; *Resp. civ. et assur.* 2008, 238, note Courtieu G. ; *JCP G* 2008, II, 10112, note Mayaux L. ; *JCP E* 2008, 2008, chron. Delumeau M. ; *JCP S* 2008, 1458, note Asquinazi-Bailleux D. ; *Cah. soc.* 2008, n°203, p. 338, note Hanne F. ; *Lexbase hebdo – éd. soc.* 2008, n°303, note Wismer F.

120. Saisie de pourvois contre le rejet des prétentions des salariés par les juges du fond, la Cour de cassation affirme que « *lorsque des salariés 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 cessation de la relation de travail est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant cette relation* ». On constate que la cour reprend textuellement le principe posé par l'article 7 de la loi Évin applicable au cas de résiliation du contrat d'assurance.

121. Ainsi, la référence au maintien des prestations différées en cas de rupture du contrat de travail constitue une nouveauté majeure permettant de placer le salarié licencié dans une situation identique à celui dont le contrat de prévoyance est résilié. Si cette solution est légitime dans un souci de sécurisation des parcours professionnels, dans la mesure où elle s'inscrit dans la logique du maintien de la couverture prévoyance du salarié privé d'emploi, elle n'en demeure pas moins source d'interrogations quant à son fondement.

2. Le fondement du principe

122. Si l'article 7 est omniprésent, dans la mesure où les requérants fondent leurs demandes sur ce texte, et où la Cour de cassation en reprend la formule, il n'apparaît pas dans le visa de ses décisions. En effet, c'est au double visa de l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale, qui se contente d'évoquer les différents risques susceptibles d'être couverts au titre de la prévoyance salariale, et parfois¹⁶² de l'ancien article 1134 du Code civil¹⁶³, que celles-ci sont rendues. La solution a été confirmée par un arrêt de la deuxième chambre civile du 5 mars 2015 qui, s'il ne comporte aucun visa – s'agissant d'un arrêt de rejet –, affirme cependant que la référence faite par les juges du fond à l'article 7 de la loi Évin est erronée¹⁶⁴.

¹⁶² Dans l'arrêt : Cass. 2^e civ., 17 avr. 2008, n°07-12.064, la Cour fonde sa décision au visa de l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale.

¹⁶³ Ce texte est désormais éclaté dans différents articles : C. civ., 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », C. civ., 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi [...] » ; C. civ., 1139 : « L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat ».

¹⁶⁴ Cass. 2^e civ., 5 mars 2015, n° 13-26.892 : *RGDA* 2015, n°4, p. 204, note Mayaux L. ; *JCP E* 2015, 1459, chron. 28, Asquinazi-Bailleux D. ; *JCP S* 2015, 1160, note Ronet-Yague D. ; *Resp. civ. et assur.* 2015, 162, note Courtieu G. ; *Resp. civ. et assur.* 2016, 1, chron. Groutel H.

123. Le choix de l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale comme fondement interroge. On peine à comprendre la logique ayant conduit la Haute juridiction à avoir recours à ce texte qui concerne uniquement les relations « *employeurs-salariés* », et en aucun cas les relations « *employeurs-assureurs* ». Comment les juges peuvent-ils faire peser une telle obligation sur les assureurs en fondant leur position sur un principe qui ne leur est pas applicable ? En revanche, le recours à l'ancien article 1134 du Code civil¹⁶⁵, siège du principe de la force obligatoire des conventions, permet de retrouver une certaine logique. En effet, la référence à cet article, permet de rattacher les solutions, ainsi dégagées, à celles d'ores et déjà observées dans des hypothèses de rupture du contrat d'assurance en dehors du champ d'application de la loi Évin¹⁶⁶.

124. L'extension du principe du maintien des prestations en cours en cas de rupture du contrat de travail semble donc se fonder sur un principe d'assurance de responsabilité¹⁶⁷ dans un domaine d'assurance de personne où il n'existe aucune raison de privilégier davantage le fait générateur que ses suites redoutées. Malgré l'incompréhension d'un éminent auteur¹⁶⁸, cette position apparaît néanmoins légitime. En effet, la réglementation assurantielle impose aux assureurs de constituer des provisions correspondant notamment aux « *engagements de l'entreprise en ce qui concerne les rentes et accessoires de rentes mis à sa charge* » mais également pour les « *opérations d'assurance contre les risques de maladie et d'invalidité* »¹⁶⁹. Ainsi, dès lors que chaque salarié finance la constitution des provisions par ses cotisations, il apparaît légitime qu'il puisse bénéficier des rentes postérieurement à la rupture de son contrat de travail comme cela est possible en cas de résiliation de la police d'assurance. Cette solution nous paraît d'autant plus justifiée qu'une décision inverse conduirait l'assureur à percevoir des provisions qui, à l'issue de la rupture du contrat de travail, lui permettraient de constater un bénéfice technique du fait de l'annulation de ces mêmes provisions. Parallèlement, l'ancien salarié ayant participé à la constitution de ces provisions se retrouverait privé de prestations et

¹⁶⁵ Ce texte est désormais éclaté dans différents articles : C. civ., 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », C. civ., 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi [...] » ; C. civ., 1139 : « L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat ».

¹⁶⁶ Morvan P., *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 9^{ème} éd. 2019, n° 1085, p. 1016.

¹⁶⁷ Sargos P., « Le droit au maintien des prestations et des garanties dans l'assurance de prévoyance collective », *JCP G* 2001, 363 : Principe de l'assurance de responsabilité au terme duquel les clauses limitant la durée de garantie à une durée inférieure à celle de la responsabilité de l'assuré doivent être frappée de nullité dans la mesure où elles sont génératrices d'une obligation sans cause.

¹⁶⁸ Mayaux L. note sous Cass. soc., 5 mars 2015, n°13-26.892, *RGDA* 2015, n°4, p. 204.

¹⁶⁹ C. assur., art. R. 343-7.

aurait au surplus de grandes difficultés à trouver un nouvel assureur compte tenu de l'aggravation de sa sinistralité¹⁷⁰.

125. Cette jurisprudence s'inscrit dans la continuité de l'arrêt « *Mozet* »¹⁷¹ et pose le principe, selon lequel les prestations ne doivent pas être affectées par la rupture du contrat de travail, dès lors que les droits sont nés durant la période de validité du contrat d'assurance. Mais la Cour de cassation ne s'en tient pas à cette seule affirmation, elle précise, en outre, qu'il ne peut être dérogé à ce principe par une disposition contractuelle.

B. La portée du principe

126. En condamnant toute clause contractuelle dérogeant au principe du maintien des prestations en cours, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation semble conférer à ce principe une portée absolue. Cette solution a d'autant plus été remarquée que l'on avait cru pouvoir déceler un assouplissement de la jurisprudence relative à l'application de l'article 7 de la loi Évin. Alors que ce texte est sans conteste d'ordre public et que toute clause contraire à ses dispositions devrait être frappée de nullité, la Cour de cassation a semblé atténuer la portée de cette règle en admettant la validité des clauses définissant les conditions d'acquisition de la garantie¹⁷² et en décidant que l'article 7 ne s'applique pas si une de ces conditions fait défaut. Ainsi, dans un arrêt du 3 mars 2011¹⁷³, a-t-elle admis qu'une stipulation contractuelle définissant le moment d'ouverture des droits pouvait faire échec à l'application de l'article 7.

127. En l'espèce, un employeur avait souscrit un contrat de prévoyance au profit de ses salariés, afin de couvrir le risque incapacité et invalidité, puis l'avait résilié et en avait conclu un nouveau auprès d'un second organisme assureur. Certains salariés, qui n'avaient perçu du premier assureur aucune prestation au titre de l'incapacité, ont sollicité et obtenu du second le

¹⁷⁰ En ce sens, Wismer F., note sous Cass. 2e civ., 17 avr. 2008, n°07-12.064 : *Lexbase hebdo – éd. soc.* 2008, n°303.

¹⁷¹ V. *infra*. n°139 et s. - Cass. soc., 16 janv. 2007, n°05-43.434 : *Bull.* 2007, V, n°7, *Gaz. Pal.* 2007, n°186, p. 20, note Thiesset R. ; *JCP S* 2007, 1275, note Asquinazi-Bailleux D. ; *SSL*, 2007, n°1293, p. 8, concl. Duplat J. ; *Resp. civ. assur.* 2007, 138, note Groutel H. ; *JSL*, 2007, n°205, p. 13, note Haller M.-C. ; *Lexbase hebdo – éd. soc.* 2007, n°247, note Willmann C. ; *JCP E* 2007, 1768, note Wismer F. ; François G., « Le droit au maintien des prestations différées et la résiliation du contrat de prévoyance collective », *D.* 2007, p. 1060.

¹⁷² Cass, 2^e civ., 22 janv. 2009, n°07-21.093 : *JCP E* 2009, 1391, note Piau D.

¹⁷³ Cass. 2^e civ., 3 mars 2011, n°09-14.989 : *Resp. civ. et assur.* 2011, 270, note Courtieu G. ; *D.* 2012, p. 1980, note Groutel H. ; *JCP S* 2011, 1190, note François G. ; *JCP E* 2011, 1170, note Colonna J. ; *RGDA* 2011, n°3, p. 805, note Mayaux L. ; *Lexbase hebdo – éd. priv.* 2011, n°436, note Nicolas V. et Beaugendre S.

versement d'une rente d'invalidité. Cet organisme s'est alors retourné contre son prédécesseur pour obtenir le remboursement de cette prestation. Il estimait, en se fondant sur l'interprétation jurisprudentielle de l'article 7 de la loi Évin, que le fait générateur de la rente en cause était la maladie à l'origine de l'invalidité, laquelle était apparue au cours de l'exécution du premier contrat et non l'invalidité constatée au cours du second. Pourtant, faisant une application stricte de la police d'assurance, la Cour de cassation considère que, dans la mesure où le contrat initial ne garantissait l'invalidité qu'à la condition que celle-ci soit constatée pendant l'exécution du contrat, l'organisme initial n'a pas à apporter sa garantie. Et, elle affirme que l'article 7 doit être écarté dans la mesure où, ayant pour objet « *d'empêcher l'arrêt pour les participants des prestations en cours de paiement* », il n'empêche pas les assureurs de définir des conditions d'acquisition de la garantie.

128. La même solution a été appliquée, par un arrêt du 27 mars 2014, dans une affaire mettant en cause non pas la résiliation du contrat de prévoyance mais la rupture du contrat de travail, et dans laquelle l'article 7 n'était pas applicable. Ainsi, dans un arrêt du 27 mars 2014¹⁷⁴, les juges du droit rappellent que « *les conditions du droit à paiement d'indemnités journalières prévues par le contrat d'assurance* » doivent être réunies à la date de la rupture du contrat de travail.

129. Cette affaire concernait un salarié reconnu, le 1^{er} juin 2008, comme étant atteint d'une affection de longue durée. Après avoir adhéré, le 19 juin 2008, à une convention de reclassement personnalisée entraînant la rupture de son contrat de travail, le salarié est placé le 16 juillet de la même année en arrêt de travail. Débouté par les juges du fond au motif que, en application des stipulations du contrat de prévoyance, la garantie a pris fin à la date de cessation effective de son activité dans l'entreprise, le salarié soutient qu'il importe peu que l'arrêt de travail soit intervenu postérieurement à la rupture du contrat de travail dès lors qu'il trouve son origine dans une maladie diagnostiquée antérieurement.

130. La Cour de cassation rejette cette argumentation et approuve la cour d'appel d'avoir décidé, conformément aux stipulations de la garantie contractuelle, que c'était le certificat d'arrêt de travail et non la survenance de la maladie qui ouvrait droit au versement

¹⁷⁴ Cass. 2^e civ., 27 mars 2014, n° 13-14.202 : Roulet V., « Conditions d'acquisition de la garantie de prévoyance », *Dr. soc.* 2014, p. 581.

des indemnités journalières prévues par le contrat d'assurance et que ce certificat, étant postérieur à la date de cessation d'activité, les conditions du droit à paiement de ces indemnités n'étaient pas réunies à la date de la rupture du contrat de travail.

131. Ces décisions ne doivent, cependant, pas être trop sollicitées. Les clauses litigieuses se bornaient, en effet, à définir les conditions d'acquisition de la garantie. Elles ne restreignaient pas le principe du maintien des prestations en cours. Cette dernière interprétation est confirmée par l'arrêt du 5 mars 2015¹⁷⁵ qui réaffirme la portée de ce principe. L'affaire concernait un salarié victime d'une maladie professionnelle qui avait bénéficié d'indemnités journalières versées en complément de celles servies par la caisse de sécurité sociale. Licencié pour inaptitude puis placé en invalidité, il s'était heurté au refus de l'organisme assureur de lui verser les prestations d'invalidité prévues par le régime de prévoyance dont il bénéficiait chez son ancien employeur au motif qu'il était prévu dans le règlement de prévoyance que le droit aux prestations prend fin le jour où le salarié ne fait plus partie du personnel de l'entreprise, ce qui revenait à exclure le paiement des prestations différées. La Cour de cassation rejette cette argumentation et affirme que *« lorsque des salariés 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 cessation de la relation de travail est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant cette relation [et] qu'il ne peut être dérogé à ce principe par une disposition contractuelle »*.

132. Cette dernière affirmation permet de garantir la pérennité du maintien du versement des prestations en cours après la rupture du contrat de travail. Le principe du maintien de ces prestations est ainsi à la fois réaffirmé et renforcé¹⁷⁶. Mais encore faut-il en déterminer le contenu.

¹⁷⁵ Cass. 2^e civ., 5 mars 2015, n° 13-26.892, *RGDA* 2015, n°4, p. 204, note Mayaux, L. ; *JCP E* 2015, 1459, chron. 28, Asquinazi-Bailleux D. ; *JCP S* 2015, 1160, note Ronet-Yague D. ; *Resp. civ. et assur.* 2015, 162, note Courtieu G. ; *Resp. civ. et assur.* 2016, 1, chron. Groutel H.

¹⁷⁶ Ronet-Yague D., note sous Cass. soc., 5 mars 2015, n°13-26.892, *JCP S* 2015, 1160.

Section 2 - La détermination des prestations maintenues

133. Les arrêts du 17 avril 2008 ont consacré le principe du maintien des prestations nées ou acquises pendant la relation de travail et en cours à la date de la rupture du contrat de travail (I). Le sort de la garantie décès est, en revanche, resté plus incertain (II).

I. Les prestations nées ou acquises pendant la relation de travail

134. Si le principe est clair, le maintien des prestations en cours après la rupture du contrat de travail implique à la fois d'en déterminer l'étendue dans le temps (A) et de préciser le niveau auquel ces prestations doivent être maintenues (B).

A. L'étendue dans le temps du maintien des prestations

135. Les prestations nées ou acquises pendant la relation de travail s'entendent, à cet égard, à la fois des prestations immédiates, ce qui ne soulève guère de difficultés (1) et des prestations différées, notion plus délicate à appréhender et dont la Cour de cassation retient une conception extensive (2).

1. La notion de prestation immédiate

136. Le droit des assurances fait de la réalisation d'un risque pendant la période de couverture du contrat d'assurance la condition de l'ouverture du droit à prestation. Il est donc légitime que l'ensemble des sinistres survenant pendant la période couverte par le contrat d'assurance puisse donner lieu au versement des prestations y afférentes, y compris après cette période de couverture.

137. Contrairement à ce que ces notions laissent penser, le caractère immédiat des prestations ne s'apparente pas à leur instantanéité. En effet, la notion d'instantanéité de la prestation renvoie au droit civil et particulièrement au mode de paiement de la prestation. En effet, l'article 1111-1 du Code civil pose le principe selon lequel « *le contrat à exécution instantanée est celui dont les obligations peuvent s'exécuter en une prestation unique* ». La

nature instantanée d'une prestation implique donc que son versement ne puisse s'effectuer qu'en une seule fois. Aussi, en présence d'une pareille situation, la question du maintien ne se pose pas.

138. À la différence de la prestation instantanée qui s'effectue en une fois et dont l'obligation survient nécessairement avant la résiliation du contrat de travail, la prestation immédiate s'étale dans le temps. Ainsi, lorsque le sinistre survient au cours d'une période couverte par le contrat d'assurance, l'assureur est tenu d'exécuter de bonne foi les obligations mises à sa charge par ce contrat. Il en résulte que lorsque le versement s'étale sur une longue période, comme dans le cas d'une rente ou d'indemnités journalières, le versement de cette prestation ne doit être affecté ni par la résiliation ou le non-renouvellement du contrat d'assurance, ni par la rupture du contrat de travail, ce qui déroge au droit commun des assurances.

2. La notion de prestation différée

139. La notion de prestation différée consacrée par la jurisprudence étant identique à celle figurant à l'article 7 de la loi Évin relatif à l'hypothèse distincte de la résiliation du contrat de prévoyance, les solutions dégagées à propos de l'application de ce texte sont tout à fait transposables à l'hypothèse, envisagée ici, de la rupture du contrat de travail. On sera donc amené à les utiliser pour tracer les contours de cette notion.

140. Dans une première approche, on pourrait considérer que la notion de « *prestation différée* » fait référence aux prestations telles que des indemnités journalières dues en présence d'une incapacité survenue antérieurement à la rupture du contrat de travail et donc à la résiliation du contrat d'assurance, mais qui, en raison d'un éventuel délai de carence, ne seraient pas encore dues à cette date. Un des arrêts du 17 avril 2008 affirme, au contraire, que de telles indemnités constituent une prestation immédiate dont seul le service est différé¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Cass. civ. 2e, 17 avril 2008, n°07-12.088 : *JCP E* 2009, 1623, chron. Courtieu G. ; *Resp. civ. et assur.* 2008, 238, note Courtieu G. ; *JCP G* 2008, II, 10112, note Mayaux L. ; *JCP E* 2008, 2008, chron. Delumeau M. ; *JCP S* 2008, 1458, note Asquinazi-Bailleux D. ; *Cah. soc.* 2008, n°203, p. 338, note Hanne F. ; *Lexbase hebdo – éd. soc.* 2008, n°303, note Wismer F.

141. En l'espèce, une salariée ayant adhéré à un contrat collectif bénéficie d'un arrêt de travail du 24 mai 2002 au 15 juin 2002. Mais l'intéressée est licenciée le 22 février 2002, et son contrat de travail prend fin au terme d'un préavis s'achevant le 25 mai 2002. L'arrêt de travail étant survenu antérieurement à la rupture du contrat de travail, la salariée sollicite le versement des prestations de prévoyance. L'organisme assureur refusant de faire droit à sa demande, elle l'assigne en paiement de la garantie contractuelle. Pour débouter la salariée, la cour d'appel considère que « *le fait générateur du droit aux prestations complémentaires est le versement par la sécurité sociale des indemnités journalières et non l'arrêt de travail* ». Or, eu égard au délai de carence de trois jours, les indemnités journalières n'ont été versées à la requérante qu'à compter du 27 mai 2002, soit à une date postérieure à la rupture du contrat de travail, et donc hors du champ d'application du contrat de prévoyance. Ainsi, estimant que « *le fait générateur de l'incapacité est survenu postérieurement à la période qui était garantie par le contrat de prévoyance* », les juges déboutent la salariée. La décision est cassée aux motifs « *que le droit aux prestations de l'assureur était acquis dès lors que l'assurée avait été atteinte d'une incapacité de travail consécutive à une maladie constatée avant la cessation de la relation de travail, seul leur service étant différé* ». Pour la Cour de cassation, le risque couvert est donc l'incapacité de travail et non pas l'arrêt de travail indemnisé par la sécurité sociale. Aussi, bien que n'étant pas dues au jour de la rupture du contrat de travail en raison du délai de carence, les prestations dues en vertu d'un risque survenu au cours de la période couverte par le contrat constituent des prestations immédiates dont seul le service est différé. Le caractère immédiat d'une prestation due dépend donc uniquement de son fait générateur, peu important la date du premier versement.

142. À la différence de la prestation immédiate, la prestation différée vient indemniser un « *risque composite* »¹⁷⁸, juridiquement distinct du risque survenu sous l'empire du contrat d'assurance résilié ou, pour ce qui est de l'hypothèse envisagée, du contrat de travail rompu, mais dont il est la conséquence matérielle. À ce titre, la jurisprudence a pu décider qu'un chauffeur routier qui s'était vu retirer son permis de conduire, pendant une période où il percevait des indemnités journalières en raison d'une incapacité de travail et qui, l'ayant ensuite perdu définitivement après la résiliation du contrat d'assurance, pouvait solliciter l'indemnité forfaitaire prévue lors de la réalisation de ce risque. En effet, la cour estime que le droit à indemnisation se substitue aux indemnités journalières et constitue ainsi « *une prestation*

¹⁷⁸ Mayaux L., note sous Cass. 2^e civ., 17 avr. 2008, n°07-12.064 : *JCP G* 2008, II, 10112.

différée de la garantie incapacité mise en œuvre pendant la période d'effet du contrat de prévoyance »¹⁷⁹. Pour la cour, le risque existe virtuellement dès lors que l'assuré cesse de travailler¹⁸⁰. Cette jurisprudence fait ainsi naître le principe de « *l'indivisibilité des risques incapacité et invalidité* »¹⁸¹.

143. Le poids financier des « *prestations différées* » explique l'abondance du contentieux y afférent. Il aura, cependant, fallu attendre l'arrêt « *Mozet* »¹⁸² du 16 janvier 2007 – relatif à la résiliation d'un contrat de prévoyance – pour que la jurisprudence retienne une définition plus précise de la notion de prestation différée. Comme le souligne la Cour de cassation, dans son rapport annuel de 2007, si cet arrêt s'inscrit dans la continuité d'une « *jurisprudence convergente de la Cour de cassation* »¹⁸³, il apporte des précisions supplémentaires sur le concept de prestation différée. En effet, il ressort clairement des termes de cet arrêt de principe largement diffusé que la prestation différée est une prestation dont le versement débute postérieurement à la résiliation du contrat de prévoyance et se substitue au versement de prestations mis en œuvre pendant la période d'effectivité du contrat. Ainsi, en l'espèce, l'inaptitude constatée par le médecin du travail postérieurement à la résiliation du contrat de prévoyance a été considérée comme une prestation différée de la garantie « *incapacité de travail* ». Autrement dit, dès lors que la déclaration d'invalidité, postérieure à la résiliation du contrat est la conséquence d'un risque survenu pendant la période d'effectivité de celui-ci, la Cour de cassation considère que l'assureur doit maintenir sa garantie. Si cette solution apparaît relativement classique eu égard aux arrêts mentionnés précédemment, la cour opte, ici, définitivement pour la qualification de prestations différées pour toute prestation d'invalidité ou autre survenue postérieurement à la résiliation du contrat de prévoyance, peu important que l'invalidité soit « *la suite d'un état pathologique survenu antérieurement à la souscription* »¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 2 oct. 2002, n°99-14.298 : *RGDA* 2002, p. 1029, note Kullmann J. ; *Resp. civ. et assur.* 2003, 83, note Choisez S.

¹⁸⁰ Bigot J., (dir.), *Les assurances de personnes* : t. 4, LGDJ, 2007, n° 925.

¹⁸¹ François, G., « Le droit au maintien des prestations différées et la résiliation du contrat de prévoyance collective », *D.* 2007, p. 1060.

¹⁸² Cass. soc., 16 janv. 2007, n°05-43.434 : *Bull.* 2007, V, n°7, *Gaz. Pal.* 2007, n°186, p. 20, note Thiesset R. ; *JCP S* 2007, 1275, note Asquinazi-Bailleux D. ; *SSL*, 2007, n°1293, p. 8, concl. Duplat J. ; *Resp. civ. assur.* 2007, 138, note Groutel H. ; *JSL*, 2007, n°205, p. 13, note Haller M.-C. ; *Lexbase hebdo – éd. soc.* 2007, n°247, note Willmann C. ; *JCP E* 2007, 1768, note Wismer F. ; François G., « Le droit au maintien des prestations différées et la résiliation du contrat de prévoyance collective », *D.* 2007, p. 1060.

¹⁸³ Cour de cassation, *La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel, 2007, Documentation française, 2007, p. 355. – V. Cass. 1^{ère} civ., 2 oct. 2002, n°99-14.298 : *RGDA* 2002, p. 1029, note Kullmann J. ; *Resp. civ. et assur.* 2003, 83, note Choisez S.

¹⁸⁴ En l'espèce, la cour a écarté l'application de l'article 2 de la loi Évin.

144. La solution est identique en cas de rupture du contrat de travail ainsi qu'en témoigne l'arrêt précité du 17 avril 2008¹⁸⁵. En l'espèce, une salariée victime de rechutes d'un accident du travail postérieurement à son licenciement sollicitait de son assureur le versement d'une rente correspondant au nouveau taux d'incapacité qui lui avait été attribué par la caisse primaire d'assurance maladie. Rejetées tant par l'organisme assureur que par les juges du fond, ses prétentions sont accueillies par la Cour de cassation, qui affirme que l'attribution d'une rente à un nouveau taux postérieurement à la rupture du contrat de travail peut constituer une prestation différée de la rente qui lui avait été attribuée, antérieurement à la rupture de son contrat de travail, à un taux inférieur.

145. Il reste que, si le principe du maintien est assuré, la question du niveau des prestations maintenues continue à se poser.

B. Le niveau des prestations maintenues

146. La rupture du contrat de travail doit demeurer « *sans effet* » sur les prestations en cours. Il devrait donc en résulter, bien que la Cour de cassation ne l'ait encore jamais affirmé, mais comme c'est le cas dans les situations relevant de l'article 7 de la loi Évin, que les prestations devraient être maintenues à un niveau au moins égal à celui qu'elles avaient atteint, ce qui implique qu'elles soient revalorisées (1) et que leur financement soit assuré (2).

1. Des prestations revalorisées

147. Les travaux préparatoires de la loi Évin¹⁸⁶ avaient souligné qu'auparavant, lorsque le contrat faisait l'objet d'une résiliation, les assurés étaient contraints de subir « *la réduction voire la suppression pure et simple de leurs droits* ». Dans le meilleur des cas, l'engagement de l'assureur ne portait que sur la rente de base, autrement dit, sur le « *seul montant initial de celle-ci sans tenir compte des revalorisations acquises ultérieurement* ». En

¹⁸⁵ Cass. civ. 2e, 17 avril 2008, n° 07-12.064 : *JCP E* 2009, 1623, chron. Courtieu G. ; *Resp. civ. et assur.* 2008, 238, note Courtieu G. ; *JCP G* 2008, II, 10112, note Mayaux L. ; *JCP E* 2008, 2008, chron. Delumeau M. ; *JCP S* 2008, 1458, note Asquinazi-Bailleux D. ; *Cah. soc.* 2008, n°203, p. 338, note Hanne F. ; *Lexbase hebdo – éd. soc.* 2008, n°303, note Wismer F.

¹⁸⁶ Gouvernement, *Projet de loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, présenté au nom de Rocard M., enregistré à la Présidence du Sénat le 17 août 1989, n°474, p. 7.

effet, de nombreux assureurs anticipaient la hausse de la sinistralité en organisant contractuellement la fin du versement des prestations en cours ou en s'affranchissant « *par avance de prestations prévisibles* »¹⁸⁷. Aussi, afin « *d'interdire totalement ces pratiques qui ne [permettaient] pas une réelle garantie des droits des assurés* », l'article 7 de la loi pose le principe du maintien du versement des prestations « *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* »¹⁸⁸. Il en résulte que, sauf en présence d'un changement dans la situation de l'assuré, les assureurs sont désormais dans l'impossibilité d'insérer des clauses d'indexation permettant d'abaisser le montant des rentes pour l'avenir¹⁸⁹.

148. S'il ressort de l'article 7 que la résiliation est sans effet sur le versement des prestations, rien n'est en revanche prévu quant aux éventuelles revalorisations à venir. Le maintien étant susceptible de durer pendant une longue période, la valeur des prestations, bien que maintenue au niveau atteint lors de la résiliation du contrat, est donc susceptible de diminuer à mesure que le temps s'écoule¹⁹⁰. Or, rien ne permet de faire peser sur l'assureur une obligation de poursuite de la revalorisation des prestations pour l'avenir¹⁹¹. Cette revalorisation du niveau des prestations, postérieure à la résiliation du contrat, est alors abandonnée aux assureurs et aux stipulations contractuelles négociées avec l'employeur¹⁹². Une telle situation, de nature à faire apparaître des inégalités entre les entreprises et donc entre les salariés, diminuerait l'effectivité de la protection accordée par l'article 7 ainsi que par le principe dégagé par la jurisprudence en cas de rupture du contrat de travail. En effet, seul le bénéfice des revalorisations antérieures à la rupture serait garanti sans que l'ancien assureur ne soit, en revanche, dans l'obligation de les poursuivre pour l'avenir¹⁹³.

¹⁸⁷ Groutel H., « Droit des assurances terrestres », *D.* 2012, p. 1980.

¹⁸⁸ L. n°89-1009 du 31 déc. 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JO n°1 du 2 janv. 1990, art. 7.

¹⁸⁹ Morvan P., *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 9^{ème} éd, 2019, n°1089, p. 1021.

¹⁹⁰ Roulet V., « De quelques lectures de l'article 7 de la loi Évin », *Gaz. Pal.* 2015, n°258, p. 8.

¹⁹¹ Le législateur a seulement apporté un tempérament au silence de l'article 7 sur ce point, mais cantonné au changement d'organisme assureur. L'article L. 912-3 du Code de la sécurité sociale, issu de la loi n°94-678 du 8 août 1994 impose en effet dans ce cas à l'employeur d'organiser la poursuite de la revalorisation des rentes en cours de service.

¹⁹² Boumediene M., *La place de la loi et du contrat dans la garantie du droit à la protection sociale de 1945 à nos jours*, t. 2, E.P.U, 2004. p. 406.

¹⁹³ Morvan P., « Les transferts d'entreprise et les régimes de protection sociale », *Dr. soc.* 2005, p. 772.

149. C'est pourquoi, se fondant sur l'ancien article 1134 du Code civil¹⁹⁴, la Cour de cassation impose aux organismes assureurs l'obligation de poursuivre la revalorisation des prestations postérieures à la résiliation du contrat d'assurance. Ainsi, un arrêt du 8 mars 2006¹⁹⁵ a réputé non écrite une clause n'autorisant les revalorisations que dans certaines hypothèses.

150. L'affaire concernait la veuve d'un salarié décédé qui bénéficiait, depuis le 1^{er} juillet 1987, d'une rente en vertu d'un contrat collectif souscrit par l'employeur de son défunt mari. À la suite d'une modification dans la situation juridique de l'entreprise souscriptrice de la garantie, le contrat fut résilié le 29 avril 1992. L'institution de prévoyance délivrant la garantie poursuivit, conformément à l'article 7 de la loi Évin, le versement de la rente au niveau atteint lors de la résiliation du contrat mais sans tenir compte des revalorisations annuelles, l'institution se fondant sur une clause de son règlement qui disposait que seule « *la mise en liquidation d'une entreprise autorise la revalorisation des prestations maintenues* ». L'intéressée ayant été déboutée par les juges du fond, l'affaire fut portée devant la Cour de cassation, qui décida, au visa de l'ancien article 1134¹⁹⁶ du Code civil, que la clause du règlement de l'organisme de prévoyance, qui réserve la poursuite des revalorisations au cas de la liquidation judiciaire, doit être réputée non écrite, car contraire au principe selon lequel les prestations liées à la réalisation d'un sinistre survenu pendant la période de validité du contrat de prévoyance collective ne peuvent être remises en cause par la résiliation ultérieure de celui-ci. Cet arrêt s'inscrit dans la ligne d'une jurisprudence constante¹⁹⁷ de la Cour de cassation, et témoigne ainsi du fait que le principe tant du droit au maintien des prestations que de « *leur revalorisation est fermement consacré par la Cour de cassation* »¹⁹⁸.

151. La Haute juridiction ayant étendu ce principe du maintien en cas de rupture du contrat de travail, on peut penser que cette solution, rendue à propos d'une institution de prévoyance et en présence d'une résiliation du contrat d'assurance devrait être étendue tant aux autres organismes assureurs qu'au cas du salarié dont le contrat de travail est rompu et qui

¹⁹⁴ Ce texte est désormais éclaté dans différents articles : C. civ., 1103 : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », C. civ., 1104 : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi [...] » ; C. civ., 1139 : « L'erreur qui résulte d'un dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat ».

¹⁹⁵ Cass. 2e. civ., 8 mars 2006, n°04-16.854 : *Bull.* 2006, II, n° 65 p. 65.

¹⁹⁶ V. *supra*. n° 122 et s.

¹⁹⁷ Pour exemple : Cass. 1^{ère} civ., 29 juin 1999, n°97-15.729.

¹⁹⁸ Sargos P., « Le droit au maintien des prestations et des garanties dans l'assurance de prévoyance collective », *JCP G* 2001. I. 363.

bénéficie d'un maintien des prestations immédiates ou différées. Mais encore faudrait-il que le financement en soit assuré.

2. Des prestations financées

152. De l'étude des travaux préparatoire de la loi Évin il ressort que de nombreux contrats de prévoyance utilisaient la « *technique de la répartition* »¹⁹⁹ pour financer les opérations de protection sociale complémentaire. Il en résultait que c'est l'ensemble des cotisations payées pendant une année qui permettait de faire face aux sinistres survenus au cours de cette même année. Néanmoins, cette technique de financement « *ne [permettait] pas de garantir le maintien des prestations dès lors que le contrat qui [liait] l'entreprise et l'organisme assureur [était] rompu* »²⁰⁰. En effet, dans la mesure où la résiliation du contrat d'assurance, tout comme la rupture du contrat de travail du salarié, prive l'assureur des ressources nécessaires à la mise en œuvre des garanties, ce dernier se retrouve dans l'incapacité de poursuivre le versement des prestations²⁰¹. Jusqu'à la loi Évin, les rentes d'orphelin ou de conjoint étaient donc susceptibles d'être brutalement interrompues en cours de service²⁰².

153. Toujours dans la logique du maintien du versement des prestations immédiates ou différées, les rédacteurs de la loi ont mis en place un dispositif permettant d'éviter les difficultés afférentes à cette gestion par répartition. Pour ce faire, le rapporteur proposait une solution « *imposant aux organismes de couvrir leurs engagements portant sur les prestations décès, incapacité de travail et invalidité, en constituant des provisions* »²⁰³. Cette obligation a été inscrite dans l'article 7, qui dispose que « *l'engagement doit être couvert à tout moment, pour tous les contrats ou conventions souscrits, par des provisions représentées par des actifs équivalents* ». Le législateur impose ainsi aux organismes de prévoyance une obligation de capitalisation au moyen d'une mise en réserve, par prélèvement sur les primes, de l'ensemble des sommes correspondant à leurs engagements²⁰⁴.

¹⁹⁹ Huriet C., *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, annexe au procès-verbal de la séance du 25 octobre 1989, n°34, p. 42.

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ Roulet V., « De quelques lectures de l'article 7 de la loi Évin », *Gaz. Pal.* 2015, n°258, p. 8.

²⁰² Huriet C., *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, préc.

²⁰³ *Ibid.*, p. 43.

²⁰⁴ Molard J., *Dictionnaire de l'assurance*, 2^{ème} éd., Séfy, 2006, p. 304.

154. Cette disposition n'est cependant d'aucun secours pour assurer le financement des prestations postérieurement à la rupture du contrat de travail puisque cette situation ne relève pas de l'article 7. Toutefois, l'obligation des organismes assureurs de constituer des provisions propres à garantir le financement des prestations maintenues peut trouver, également dans cette situation, un fondement textuel dans les différentes dispositions du Code des assurances²⁰⁵, du Code de la sécurité sociale²⁰⁶ et du Code de la mutualité²⁰⁷, modifiées à la suite de la transposition de la directive « Solvabilité II »²⁰⁸, dont l'objet est d'imposer aux « *entreprises d'assurance et de réassurance d'honorer leurs engagements vis-à-vis des preneurs et des bénéficiaires* », en constituant « *des provisions techniques adéquates* ». Cet ensemble de textes institue un dispositif en tout point équivalent à celui de l'alinéa 2 de l'article 7 de la loi Évin, au point d'ailleurs de le faire apparaître aux yeux de certains auteurs comme n'étant pas « *strictement indispensable* »²⁰⁹.

155. Si le principe du maintien des prestations postérieurement à la rupture du contrat de travail est désormais bien établi, une difficulté subsiste en ce qui concerne le maintien de la garantie décès.

II. La garantie décès

156. La question du maintien de la garantie décès s'est, d'abord, posée à propos de la résiliation du contrat d'assurance et a été résolue par le législateur. Elle n'est, en revanche, pas complètement réglée dans le cas de la rupture du contrat de travail. Si la qualification de prestation différée est exclue (A), la question du maintien de cette garantie reste posée (B).

A. Une prestation différée ?

157. C'est à propos d'un litige concernant un salarié décédé après la résiliation du contrat d'assurance de groupe souscrit par son employeur que la Cour de cassation s'est

²⁰⁵ C. assur., art. R. 331-1.

²⁰⁶ CSS, art. R. 731-33.

²⁰⁷ C. mut., art. L. 212-1.

²⁰⁸ Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II), cons. 53, transposée en droit français par l'ordonnance n° 2015-378 du 2 avril 2015.

²⁰⁹ Laigre P., « La loi prévoyance », *Dr. soc.* 1990, p. 370.

prononcée, pour la première fois, contre le maintien de la garantie décès à titre de prestation différée. Était en jeu l'article 7 de la loi Évin aux termes duquel – faut-il le rappeler ? – « *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* ». Or, ce texte visant expressément le risque décès pouvait laisser penser que, tout comme en matière d'incapacité et d'invalidité, l'assureur devrait être tenu d'assurer les conséquences du décès faisant suite à un accident ou une maladie survenu avant la résiliation du contrat²¹⁰. C'est pourtant une toute autre interprétation qu'a retenue la Cour de cassation dans un arrêt du 22 mai 2001²¹¹ qui affirme que « *le capital-décès ne [peut] constituer une prestation différée au sens de l'article 7 de la loi du 31 décembre 1989, seule la date de la mort de l'assuré, et non celle de son fait générateur, étant déterminante du droit au versement de la prestation d'assurance afférente au décès, en sorte qu'il [importe] peu que celui-ci fût consécutif à une maladie prise en charge pendant la période d'effet du contrat* ».

158. Cette exclusion de la garantie décès du champ des prestations maintenues, bien que conforme au droit des assurances²¹², n'en limitait pas moins les possibilités pour les ayants droit d'obtenir le versement du capital ou de la rente prévu lorsque le décès du salarié assuré était postérieur à la résiliation du contrat. Et cela même lorsque le décès était consécutif à un état d'incapacité ou d'invalidité survenu antérieurement. Cette solution avait vocation à s'appliquer dans l'hypothèse voisine d'un décès postérieur à la rupture du contrat de travail.

159. En réaction, le législateur a inséré un article 7-1 dans loi Évin afin de rendre obligatoire, dans les contrats de garanties collectives, une clause de maintien de la garantie décès en cas d'incapacité ou d'invalidité de l'assuré. Le non-renouvellement ou la résiliation du contrat est désormais « *sans effet sur les prestations à naître au titre du maintien de garantie en cas de survenance du décès avant le terme de la période d'incapacité de travail ou d'invalidité telle que définie dans le contrat* »²¹³.

²¹⁰ Sargos P., Le droit au maintien des prestations et des garanties dans l'assurance de prévoyance collective, *JCP G* 2001, I, 363.

²¹¹ Cass. soc., 22 mai 2001, n°98-17.935 : *RD bancaire et fin.* 2002, 47, note Lucet F. et Coron D.

²¹² Sargos P., art. préc.

²¹³ L. n°89-1009 du 31 déc. 1989, préc. art. 7-1.

160. Toutefois, à la différence de l'article 7, l'article 7-1 exige que l'état d'incapacité ou d'invalidité soit en cours, lors de la survenance du décès, pour que les ayants droit puissent se prévaloir de la garantie « décès » maintenue, ce qui pose la question du décès survenu pendant la période d'incapacité ou d'invalidité, mais sans lien avec cet état. La Cour de cassation s'est prononcée sur ce point par un arrêt du 11 décembre 2014²¹⁴ qui écarte la nécessité d'un lien de causalité entre la garantie décès et l'invalidité ou l'incapacité. Autrement dit, les Hauts magistrats confirment la jurisprudence antérieure qui réfute l'assimilation de la prestation décès à une prestation différée de l'incapacité ou de l'invalidité qui la précède. La garantie décès est ainsi confortée comme une garantie autonome dont le maintien est uniquement « *subordonné à un état d'invalidité ou d'incapacité de travail à la fois antérieur et continu, mais pas nécessairement générateur* »²¹⁵.

161. Cette analyse a été confirmée, hors du champ d'application de l'article 7 et 7-1, à propos d'un décès survenu postérieurement à la cessation de la relation de travail, par un arrêt de la deuxième chambre civile du 4 février 2016 qui pose en principe que « *la garantie décès ne constitue pas une prestation différée* ». ²¹⁶

162. Pour autant, cette décision pourrait ne pas totalement exclure un maintien de cette garantie.

B. Une prestation maintenue ?

163. Compte tenu de l'autonomie de la garantie décès dont le maintien est uniquement subordonné à un état d'invalidité ou d'incapacité lors du décès, il est permis de s'interroger sur la possibilité d'un maintien de cette garantie en cas de rupture du contrat de travail sans résiliation du contrat de prévoyance (1) mais également lorsque la rupture du contrat de travail s'effectue avec une résiliation du contrat de prévoyance (2).

²¹⁴ Cass. 2^e civ., 11 déc. 2014, n°13-25.777 : *RGDA* 2015, n°2, p. 110, note Mayaux L. ; *Gaz. Pal.* 2015, n°118, p. 28, note Leducq X. ; *Resp. civ. et assur.* 2015, 105, note Courtieu G. ; *Resp. civ. et assur.* 2015, 1, note Groutel H.

²¹⁵ Mayaux L., note sous Cass. 2^e civ., 11 déc. 2014, n°13-25.777 : *RGDA* 2015, n°2, p. 110

²¹⁶ Cass. 2^e civ., 4 fév. 2016, n°14-27.249 : *RGDA* 2016, n°3, p. 147, note Mayaux L. ; *Gaz. Pal.* 2016, n°13, p. 88, note Roulet V. ; *JCP E* 2016, 1580, note Asquinazi-Bailleux D. ; *Resp. civ. et assur.* 2016, 165, note Courtieu G.

1. Le maintien sans résiliation du contrat de prévoyance

164. L'article 7-1 de la loi Évin concerne uniquement le cas de la résiliation du contrat d'assurance. Mais on peut penser que la garantie décès doit également être maintenue en cas de décès du salarié après la rupture de son contrat de travail, alors qu'il est en période d'incapacité ou d'invalidité, dans la mesure où, en effet, le contrat de prévoyance doit prévoir un maintien de cette garantie tout au long de la période d'incapacité ou d'invalidité. Un exemple d'une telle situation nous est donné par l'arrêt précité de la deuxième chambre civile du 4 février 2016²¹⁷ qui, après avoir rappelé que la garantie décès ne constitue pas une prestation différée, affirme qu'il est, en conséquence, « *indifférent que le décès fût intervenu des suites d'une maladie apparue pendant la période de garantie* ».

165. L'affaire concernait un salarié placé en arrêt de travail quelques jours avant sa mise à la retraite en date du 31 août 2008. A la suite de son décès, survenu le 27 janvier 2010, sa veuve sollicita le versement du capital décès prévu par le contrat d'assurance collective souscrit par l'employeur. Constatant que la convention du régime de prévoyance fixait « *la cessation des garanties à la date d'effet de la retraite* », la Cour de cassation rejette la demande. La prestation n'était pas due, le décès étant survenu postérieurement à la mise à la retraite du salarié.

166. Ce dernier n'étant pas en période d'indemnisation au titre d'une invalidité ou d'une incapacité lors de son décès, la question d'une extension de l'article 7-1 de la loi Évin au cas de la rupture du contrat de travail ne se posait pas. Néanmoins, en validant la clause du régime de prévoyance de branche prévoyant la cessation des garanties en cas de départ à la retraite du salarié, l'arrêt invite à une analyse *a contrario*. On peut penser que la garantie décès applicable à l'assuré, aurait pu être maintenue en l'absence d'une telle clause, et malgré la rupture du contrat de travail, sur le fondement de l'ancien article 1134²¹⁸ du Code civil que la Cour de cassation utilise parfois pour étendre le principe du maintien du versement des prestations en cours au cas de la rupture du contrat de travail, et au visa duquel l'arrêt est rendu. En effet, il semble possible de considérer que, en l'absence de clause permettant de faire cesser

²¹⁷ Cass. 2^e civ., 4 fév. 2016, n°14-27.249 : *RGDA* 2016, n°3, p. 147, note Mayaux L. ; *Gaz. Pal.* 2016, n°13, p. 88, note Roulet V. ; *JCP E* 2016, 1580, note Asquinazi-Bailleux D. ; *Resp. civ. et assur.* 2016, 165, note Courtieu G.

²¹⁸ Devenu article 1103. V. *supra*. note 161.

les garanties à la date de la liquidation de la pension de retraite, le salarié aurait pu être en cours d'indemnisation au titre de l'invalidité lors de son décès nonobstant la rupture du contrat de travail, et que la Cour de cassation aurait, alors, pu appliquer le principe dégagé par l'article 7-1 de la loi Évin. Ainsi, les ayants droit du salarié dont le contrat de travail est rompu, pourraient solliciter un maintien de la garantie décès sous réserve que les conditions du contrat de prévoyance permettent la mise en œuvre d'une garantie invalidité qui perdure jusqu'au décès, condition nécessaire à l'application du principe posé par l'article 7-1 de la loi Évin.

167. Néanmoins, l'interprétation *a contrario* devant être maniée avec prudence, une intervention du législateur apparaît nécessaire pour clarifier la situation et garantir la sécurité juridique des ayants droit, d'une part, et l'efficacité du maintien de la garantie décès, d'autre part. En effet, il est important que le législateur, afin d'assurer une égalité de traitement entre l'ensemble des assurés, prévoit la possibilité d'une application du principe du maintien de la garantie décès, non seulement en cas de résiliation ou de non-renouvellement du contrat d'assurance, mais également en cas de rupture du contrat de travail. Néanmoins, en l'absence d'intervention législative en ce sens, les ayants droit de l'assuré décédé postérieurement à la rupture de son contrat de travail ne sont susceptibles de trouver le salut que dans l'hypothèse où la rupture serait suivie ou précédée d'une résiliation du contrat d'assurance de groupe.

2. Le maintien avec résiliation du contrat de prévoyance

168. Deux situations peuvent se présenter à cet égard.

169. La première concerne l'hypothèse dans laquelle le contrat de prévoyance garantissant notamment le décès serait résilié postérieurement à la rupture du contrat de travail du salarié. Dans une telle hypothèse, la garantie ne pourrait être maintenue que si les dispositions conventionnelles²¹⁹ permettent le maintien des prestations nonobstant la rupture du contrat de travail. Le versement des prestations se poursuivant, la résiliation du contrat d'assurance, postérieurement à la rupture du contrat de travail, peut permettre l'application du

²¹⁹ V., pour un exemple, Convention collective nationale des entreprises du paysage du 10 octobre 2008 étendue par arrêté du 16 mars 2009, JO 25 mars 2009., Accord du 15 juin 2012 *relatif au régime de prévoyance, aux frais de santé et à la retraite pour les salariés relevant de l'AGIRC*, art. 4.3.

mécanisme de l'article 7-1 de la loi Évin à la condition que l'ancien salarié bénéficie d'une prestation d'invalidité ou d'incapacité à la date de son décès.

170. La seconde situation concerne l'hypothèse inverse dans laquelle le contrat de travail du salarié serait rompu postérieurement à la résiliation du contrat garantissant le décès. Dans cette hypothèse, si le salarié est toujours indemnisé du fait de son état d'incapacité ou d'invalidité eu égard à l'application du maintien de ces prestations sur le fondement de l'article 7 de la loi Évin, on peut penser que l'article 7-1 trouvera pleinement à s'appliquer. En effet, dans cette hypothèse, et dans le silence de la loi, rien ne permet de considérer que la poursuite de la relation de travail est nécessaire à l'application de l'article 7-1 de la loi Évin. En conséquence, postérieurement à la résiliation du contrat d'assurance et malgré la rupture du contrat de travail, la garantie décès perdure tant que l'ancien salarié demeure dans un état d'incapacité ou d'invalidité au jour du décès.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

171. En garantissant la poursuite de la prise en charge des prestations immédiates ou différées, dont le fait générateur est survenu antérieurement à la rupture du contrat de travail, la jurisprudence a participé au mouvement visant à sauvegarder la prévoyance salariale malgré la rupture du contrat de travail. À l'inverse, face au refus systématique de la jurisprudence de considérer la garantie décès comme une prestation différée, le législateur est intervenu afin de fixer les conditions de son maintien, mais uniquement en cas de résiliation du contrat d'assurance uniquement. Il n'en demeure pas moins que l'analyse de l'arrêt précité du 4 février 2016 laisse entrevoir la possibilité, sous différentes conditions, d'un maintien de la garantie décès malgré la cessation de la relation de travail.

CONCLUSION DU TITRE 1

172. La volonté d'atténuer les conséquences de la rupture du contrat de travail s'est traduite par le développement de différents mécanismes destinés à maintenir la prévoyance du salarié à l'issue de la relation de travail. La faculté offerte aux anciens salariés, bénéficiant d'un revenu de remplacement, de solliciter la poursuite de leur garantie frais de santé est un premier pas effectué par le législateur en vue d'éviter la perte de la prévoyance salariale. De la même manière, l'extension jurisprudentielle du dispositif de maintien des prestations en cours en cas de rupture du contrat de travail a complété utilement ce mécanisme de maintien des droits. Au terme de cette analyse, on observe que l'action de la jurisprudence, conjuguée à la démarche impulsée par le législateur, ont créé une véritable dynamique de développement du maintien des droits du salarié en matière de prévoyance salariale. Ce mouvement a été poursuivi et amplifié à l'initiative des partenaires sociaux qui ont conçu un dispositif de portabilité des droits que le législateur a consacré.

TITRE 2 - LE DÉPLOIEMENT DE LA PORTABILITÉ DES DROITS

173. La notion de portabilité des garanties de prévoyance est apparue, pour la première fois en droit français, dans l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 relatif à la modernisation du marché du travail, dont l'un des objectifs était d'assurer la sécurisation des parcours professionnels dans un marché du travail flexible.

174. Conscients du développement de la mobilité des travailleurs et soucieux d'en faciliter l'exercice, les partenaires sociaux ont institué, à cette fin, un mécanisme de portabilité permettant aux salariés ayant perdu leur emploi de conserver, sous certaines conditions, certains droits liés à leur contrat de travail – en l'occurrence, le droit individuel à la formation et le droit à la prévoyance collective – jusqu'au moment où, ayant retrouvé un nouvel emploi, ils pourraient en acquérir de nouveaux.

175. S'agissant tout particulièrement de la prévoyance, le nouveau dispositif prolonge et élargit les mécanismes antérieurs de maintien des droits dont le champ d'application était plus limité tant en ce qui concerne les bénéficiaires que les droits sauvegardés – dont on a vu qu'ils ne concernaient que la seule complémentaire santé et les prestations en cours de service –, et qui étaient mal adaptés aux situations de mobilité professionnelle.

176. Inspirés par les débats européens, le concept de portabilité (Chapitre 1) a été ultérieurement précisé par les partenaires sociaux, eux-mêmes, puis par le législateur qui en a inscrit le régime dans le Code de la sécurité sociale (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Le concept de portabilité

Chapitre 2 – Le régime de la portabilité

CHAPITRE 1 - LE CONCEPT DE PORTABILITÉ

177. La notion de portabilité utilisée par les partenaires sociaux dans l'ANI du 11 janvier 2008 trouve sa source (Section 1) dans le débat beaucoup plus ancien sur la nécessité de lutter contre les conséquences de la fin de l'emploi à vie. Sa consécration apparaît, ainsi, comme le fruit d'une longue réflexion nationale et européenne (Section 2).

Section 1 – Les sources d'inspiration de la portabilité

Section 2 – La consécration de la portabilité

Section 1 - Les sources d'inspiration de la portabilité

178. La portabilité trouve sa source dans l'idée de sécurisation des parcours professionnels (I) qui implique, notamment, de garantir et de faciliter les transitions professionnelles (II).

I. La sécurisation des parcours professionnels

179. La notion de sécurisation des parcours professionnels est apparue à la fin du 20^e siècle à la suite notamment du rapport²²⁰ de la Commission Boissonnat remis en 1995 au Commissariat Général du Plan qui, sans utiliser expressément l'expression, en trace les contours. L'objectif est d'atténuer les effets, notamment sur la prévoyance collective, de la discontinuité liée aux différents types de contrats susceptibles de se succéder au cours de la vie professionnelle. La notion de sécurisation des parcours professionnels (A) vise à trouver des mécanismes permettant d'assurer un juste équilibre entre flexibilisation et sécurisation de l'emploi (B).

²²⁰ Boissonnat J. (Prés.), *Le travail dans vingt ans : rapport de la commission présidée par Jean Boissonnat*, Paris, Odile Jacob, 1995.

A. La notion de sécurisation des parcours professionnels

180. La sécurité de l'emploi doit être distinguée de la stabilité de l'emploi, notion avec laquelle elle entretient pourtant des liens étroits. La stabilité de l'emploi fait référence à la continuité du lien d'emploi existant entre un salarié et une entreprise²²¹. Parmi les nombreux facteurs favorisant l'instabilité de l'emploi, certains sont davantage structurels et irréversibles quand d'autres relèvent de choix « *micro, méso ou macroéconomique et qui, dans la mesure même où il s'agit de choix, sont susceptibles d'être remis en cause* »²²². Ainsi, l'accroissement du rythme des innovations technologiques, la tertiarisation des économies, leur financiarisation²²³ ou encore la « *remarchandisation du travail* »²²⁴ sont à l'origine d'une instabilité dans l'emploi. Le salarié, à qui l'on confiait des tâches dans une « *logique fordiste* »²²⁵, voit son autonomie s'accroître et devient progressivement un prestataire de services de l'entreprise et, par là même, se rapproche du statut de l'indépendant²²⁶. C'est lorsque des événements, à l'origine d'une rupture du lien d'emploi, ne sont pas rapidement suivis d'une nouvelle embauche que l'on parle d'insécurité de la relation d'emploi. Cette notion correspond à la situation du salarié qui connaît une interruption « *durable* » entre différentes périodes d'emploi faisant suite à une rupture de la relation de travail²²⁷. Certains auteurs²²⁸ estiment qu'une période d'un an sans emploi entre deux périodes actives caractérise une situation d'insécurité dans l'emploi. On constate ainsi que cette notion est intimement liée à celle de l'instabilité de la relation de travail, qui, par nature, est à l'origine de l'insécurité de l'emploi le cas échéant, mais également de l'évolution du marché du travail dans son ensemble²²⁹. C'est d'ailleurs ce qui est rappelé dans l'analyse du système d'information mutuelle sur la protection sociale de l'Union européenne²³⁰ qui affirme que la sécurité de l'emploi correspond à la « *sécurité de rester employé, même si ce n'est pas nécessairement dans le même emploi* »²³¹.

²²¹ Delors J. (prés.), *La sécurité de l'emploi face aux défis des transformations économiques*, CERC, Rapport n°5, Documentation française, 2005. p. 8.

²²² Gautié J., « Quelle troisième voie ? Repenser l'articulation entre marché du travail et protection sociale », *Centre d'études de l'emploi*, Septembre 2003, n°30, p. 11.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ Delors J. (prés.), *La sécurité de l'emploi face aux défis des transformations économiques*, préc.

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ *Ibid.* p. 9.

²³⁰ Le MISSOC (Mutual Information System on Social Protection) est le système d'information mutuelle sur la protection sociale de l'Union européenne.

²³¹ MISSOC, *Protection sociale : aspects relatifs à la flexicurité et à l'inclusion active*, analyse pour la Commission européenne, DG Emploi, Affaires sociales et Égalité des chances, juin 2008, p. 7.

181. Cette notion de « *sécurisation* » sera reprise dans le rapport rédigé à la demande de la Commission européenne par le Professeur Supiot. Cet éminent auteur préconise un mécanisme de droit de tirage en matière d'assurance maladie et de formation, qui traduit la volonté de sécuriser la situation du salarié par la protection sociale²³². Il apparaît, en effet, que la discontinuité d'emploi peut revêtir différentes formes²³³ et ne pas concerner uniquement la protection sociale du salarié. Aussi, la discontinuité d'emploi peut également être à l'origine d'une discontinuité de revenus, mais également de droits sociaux. Ces situations sont d'ailleurs souvent concomitantes et c'est généralement la perte de l'emploi qui engendre, en tout ou partie, une perte de revenus et généralement de droits sociaux. Il convient néanmoins de garder à l'esprit que cette perte de droits sociaux peut également être la conséquence, non pas d'une perte d'emploi, mais uniquement d'un changement d'emploi dans la mesure où les droits ouverts chez le nouvel employeur peuvent ne pas être identiques à ceux existants chez l'ancien employeur. On constate ainsi que l'instabilité professionnelle, caractérisée notamment par la rupture du contrat de travail, a des conséquences sur la protection sociale et donc sur la protection sociale complémentaire du salarié qui, en cas de privation d'emploi se voit exclu de sa prévoyance d'entreprise ou dans l'obligation de verser des cotisations dont le montant est susceptible d'être sans commune mesure avec ses cotisations précédentes.

182. Ainsi, différents rapports²³⁴ soulignent un accroissement du sentiment d'insécurité professionnelle au sein du marché de l'emploi. Mais surtout, et c'est ce qui intéresse notre étude, la majorité des salariés prend conscience qu'elle sera amenée à changer d'emploi au cours de son parcours professionnel²³⁵, d'une part, et à perdre la protection sociale complémentaire qui y est attachée, d'autre part. Cette prise de conscience a conduit le Conseil européen²³⁶, dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie globale dite de « *Lisbonne* »²³⁷, à affirmer que l'amélioration de la productivité de l'emploi implique nécessairement la poursuite de l'objectif tendant à une flexibilité et une plus grande sécurité des carrières professionnelles.

²³² Supiot A., (dir.), *Au-delà de l'emploi.*, Nouvelle éd. Flammarion, 2016., p. 83.

²³³ COE, *Rapport d'étape sur la sécurisation et dynamisation des parcours professionnels*, mai 2007, p. 12.

²³⁴ Coutrot T., « Insécurité du travail, changements organisationnels et participation des salariés : quel impact sur le risque dépressif ? », *DARES, document d'études*, 2017, p. 6 ; Delors J. (prés.), *La sécurité de l'emploi face aux défis des transformations économiques*, CERC, Rapport n°5, Documentation française, 2005, p. 7.

²³⁵ Delors J., préc.

²³⁶ Décision 2003/578/CE du Conseil, du 22 juillet 2003, relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres, point 12.

²³⁷ Conseil Européen de Lisbonne, *Conclusions de la Présidence*, 23 et 24 mars 2000.

B. Le lien avec la flexicurité

183. L'avènement de la notion de sécurisation professionnelle est la conséquence de l'émergence concomitante de la notion de flexibilité professionnelle apparue, dès 1994, dans les propositions de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) visant, notamment, à « *accroître la flexibilité du temps de travail (aussi bien à court terme que sur toute la durée de la vie) dans le cadre de contrats conclus de gré à gré entre travailleurs et employeurs* »²³⁸. Cette proposition a nécessairement suscité la crainte que cette flexibilité du travail entraîne une régression des droits des travailleurs. C'est pour lutter contre cette idée et rassurer les syndicats quant aux conséquences de l'accroissement de la flexibilisation du travail, qu'a été forgée la notion de « *flexicurité* » qui vise à réaliser un équilibre entre la flexibilité pour les employeurs et la sécurité pour les salariés.

184. Ainsi, le Danemark, présenté comme le modèle de référence dans ce domaine, a-t-il développé, à partir de la fin des années 90, une politique reposant sur trois piliers, qualifié de « *triangle d'or* » : un droit du travail plus souple permettant de licencier et d'embaucher facilement, un niveau d'indemnisation du chômage élevé, et des politiques actives du marché du travail faisant une large place à la formation professionnelle²³⁹. L'objectif était de mettre en œuvre une « *protection sociale solidaire capable de mettre les citoyens à l'abri des conséquences les plus brutales du changement structurel* »²⁴⁰ afin d'éviter, notamment, l'une des conséquences immédiates de la rupture du contrat de travail, à savoir, la perte de la prévoyance d'entreprise.

185. La flexicurité est désormais une notion centrale des politiques de l'emploi au sein de l'Union européenne. Ainsi, dans une communication de 2007²⁴¹, la Commission définit la flexicurité comme une « *stratégie visant à améliorer simultanément la flexibilité et la sécurité du marché du travail* », et invite les États membres à mettre en œuvre des systèmes de sécurité sociale encourageant « *la mobilité sur le marché du travail* » au travers d'une « *large*

²³⁸ OCDE, *Perspectives de l'emploi de l'OCDE*, Editions OCDE, 2006, p. 24.

²³⁹ Madsen P.-K., *Le modèle danois de la flexicurité : un paradis non sans quelques serpents*, dans Sarfati H. et Bonoli G., *Mutations du marché du travail et protection sociale dans une perspective internationale. Voies parallèles ou convergentes ?* Peter Lang, 2002., p. 313-341.

²⁴⁰ *Ibid.*

²⁴¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Vers des principes communs de flexicurité : Des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité*, COM/2007/0359, 27 juin 2007.

gamme de prestations de protection sociale » en matière « *d'indemnités de chômage, pensions et soins de santé* »²⁴². On constate que la Commission européenne prend en compte la nécessité de garantir, notamment, la protection sociale complémentaire des travailleurs à l'occasion de leur mobilité sur le marché du travail.

186. Cette approche implique donc, non pas de lutter contre l'instabilité professionnelle, mais de prendre en charge cette instabilité en sécurisant les périodes sans emploi. Autrement dit, l'objectif affiché est de solliciter, de la part des États, qu'ils sécurisent les périodes de transition entre les différents emplois occupés par un même salarié.

II. La sécurisation des transitions professionnelles

187. L'idée de construire un « *droit des transitions professionnelles* »²⁴³ s'est progressivement affirmée. Dès 2007, la Commission européenne a posé les prémices du développement de la notion de portabilité des droits en matière de protection sociale au cours des périodes de transitions entre deux emplois. Elle affirmait, en effet, que les travailleurs seraient plus enclins à « *assumer les risques associés aux transferts entre des emplois si les prestations qui leur sont offertes pendant les périodes de transition sont suffisantes* »²⁴⁴ ; et qu'il appartient aux États membres de mettre en œuvre des systèmes de sécurité sociale qui garantissent « *aux travailleurs temporaires la possibilité d'accumuler des droits* », afin d'améliorer « *la portabilité de ces droits entre les entreprises ou les secteurs* »²⁴⁵.

188. En France, la réflexion sur cette question a été principalement alimentée par le rapport²⁴⁶ dirigé par le Professeur Alain Supiot en 1999. Ce document constatait que la remise en cause du modèle fordiste du statut professionnel, fondé sur la stabilité de la relation de travail et liant protection sociale et activité professionnelle, était à l'origine d'une segmentation de la protection sociale, de base comme complémentaire, du fait de la segmentation du marché du travail ; et que, si des salariés sont intégrés dans le système de protection sociale en raison de leur relation de travail stable, d'autres se trouvent exclus de ce modèle en raison de relations de

²⁴² *Ibid.*, p. 6.

²⁴³ Gaudu V.-F., « La "sécurité sociale professionnelle" : un seul lit pour deux rêves ? », *Dr. soc.* 2007, p. 393.

²⁴⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, préc., p. 17.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 16.

²⁴⁶ Supiot A., (Dir.), *Au-delà de l'emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe : rapport pour la Commission européenne*, Flammarion, 1999.

travail plus récentes et instables. Or, compte tenu de l'impossibilité de garantir le « *caractère linéaire* »²⁴⁷ de la vie du travail, ce rapport préconisait que chaque État adapte le statut professionnel « *en aménageant des transitions dans une vie de travail* »²⁴⁸ plutôt que de tenter vainement de garantir « *la stabilité des emplois* »²⁴⁹. En conséquence, il proposait de créer des droits qui seraient attachés à la personne mais qui auraient néanmoins pour origine le contrat de travail du salarié et dont l'objectif ne serait pas le maintien dans l'emploi, mais notamment la possibilité d'obtenir et de conserver, malgré le passage d'un type d'emploi à un autre, par exemple une « *assurance maladie complémentaire* »²⁵⁰.

189. Des études ultérieures²⁵¹, s'appuyant sur le constat - dressé par les rapports du Professeur Supiot et de Monsieur Boissonnat - de la segmentation du marché du travail, ont également tenté de répondre à la problématique de la sécurisation des parcours professionnels, et plus particulièrement des transitions professionnelles, mais c'est seulement dans le rapport²⁵² d'étape adopté en 2007 par le Conseil d'orientation pour l'emploi²⁵³ qu'apparaît la portabilité comme vecteur de la sécurisation recherchée.

190. Il ressort, en effet, de ce rapport que, au cours des travaux portant sur les différents moyens permettant d'atteindre l'objectif européen de sécuriser les trajectoires et les transitions professionnelles, le *leitmotiv* de l'ensemble des partenaires sociaux, à tout le moins des organisations syndicales de salariés, a été de solliciter la création de droits transférables attachés à la personne et pouvant être transférés chez un nouvel employeur. Ainsi, l'UNSA a-t-elle suggéré, que le droit individuel à la formation soit « *totalelement transférable d'un employeur à l'autre* »²⁵⁴. De la même manière, la CGT estimait, quant à elle, nécessaire de permettre de prolonger « *des droits [...] à la santé* » même « *en cas de suppression*

²⁴⁷ Supiot A., (dir.), *Au-delà de l'emploi.*, Nouvelle éd. Flammarion, 2016., p. 49.

²⁴⁸ *Ibid.*

²⁴⁹ Morange P., *Rapport d'information par la Commission des affaires sociales en conclusion des travaux de la mission sur la flexicurité à la française*, Rapport AN n°2462, 28 avr. 2010, p. 16.

²⁵⁰ COE, *Rapport d'étape sur la sécurisation et dynamisation des parcours professionnels*, mai 2007, p. 14.

²⁵¹ Cahuc P. et Kramarz F., *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, Rapport au ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et au ministre de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion sociale, 6 déc. 2004, p. 9 : Le rapport Cahuc-Kramarz paru en 2004 permettait déjà d'entrevoir les prémices de la volonté d'accentuer la prise en charge de l'ancien salarié pendant les périodes de chômage afin de « *garantir et assurer la qualité des transitions professionnelles* ».

²⁵² COE, *Rapport préc.*, p. 101.

²⁵³ Créé le 7 avril 2005 par décret présidentiel.

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 179.

d'emploi »²⁵⁵. Allant plus loin, la CFDT affirmait expressément, dès 2007, la nécessité de ne plus faire dépendre « *la couverture complémentaire santé [...] de l'existence d'un contrat de travail* », mais de permettre que celle-ci soit « *attachée à la personne* »²⁵⁶.

191. En conclusion, parmi ses différentes propositions, le rapport préconise « *d'attacher [aux salariés] des droits, individuels, cumulables tout au long de la vie professionnelle, transférables d'un employeur à l'autre, d'un statut d'emploi à l'autre* »²⁵⁷. L'existence de tels droits aurait pour objet de « *protéger la personne au-delà de l'emploi dans une logique de transférabilité des droits* »²⁵⁸. Si la question du détachement des droits du statut d'emploi et leur rattachement à l'individu émerge, ces réflexions ne répondent pas encore à la problématique des périodes sans emploi. En effet, cette transférabilité des droits implique que l'individu retrouve une situation d'emploi afin de pouvoir y apporter des droits attachés à sa personne.

192. A la même époque, en mai 2007²⁵⁹, le Conseil économique et social a rendu un avis sur les modalités de développement de la sécurisation des transitions professionnelles, dans lequel on retrouve, encore, l'idée de « *transférabilité de certains droits* »²⁶⁰ et la réaffirmation que les droits ne doivent plus être « *rattachés au seul contrat de travail, mais garantis collectivement* »²⁶¹. L'avis estime nécessaire de permettre la « *continuité des droits en termes de protection sociale* »²⁶², et notamment « *en matière de protection sociale complémentaire* »²⁶³. Si la portabilité n'est pas abordée en tant que telle, la question de la poursuite des droits apparaît, ici encore, comme un pilier nécessaire à la sécurisation des transitions professionnelles dans une période où « *le modèle de l'emploi à vie dans la même entreprise correspond, de fait, de moins en moins à la réalité* »²⁶⁴. L'autre intérêt de cet avis est de préconiser la mise en œuvre de cette transférabilité des droits au moyen de la négociation collective interprofessionnelle ou interbranche. Or, si les premières mesures destinées à

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 172.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 174.

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 101.

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ Conseil Economique et Social, *La sécurisation des parcours professionnels*, Rapport présenté par Madame Edith Arnoult-Brill au nom de la section du travail, 2007, p. 24.

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ *Ibid.*

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ *Ibid.*

permettre une poursuite de la prévoyance salariale sont mises en œuvre au moyen d'un dispositif législatif, issu de la loi du 31 décembre 1989, la mise en œuvre de la portabilité des droits sera, quant à elle, initiée par les partenaires sociaux dans l'ANI conclu le 11 janvier 2008.

193. Ainsi, au terme de ce long processus de réflexions et de débats relatifs à la sécurisation des parcours et des transitions professionnels, l'idée d'une portabilité des droits a été consacrée en droit français.

Section 2 - La consécration de la portabilité

194. Désormais inscrite à l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, la portabilité des droits à la prévoyance d'entreprise apparaît comme l'œuvre commune des partenaires sociaux (I) et du législateur (II).

I. L'œuvre initiale des partenaires sociaux

195. La mise en place d'un mécanisme de portabilité des droits est une « *invention des partenaires sociaux* »²⁶⁵. Introduite par l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008²⁶⁶, la notion de portabilité (B) a été préférée à celle de transférabilité (A) parfois évoquée²⁶⁷, mais qui s'avérait en contradiction avec la nature même de la prévoyance collective.

A. L'impossible transférabilité des droits

196. La notion doit être distinguée de celle de transférabilité des droits, qui implique que les droits acquis du salarié puissent être « *transférés* » chez son nouvel employeur. Si, de prime abord, ce mécanisme semble se confondre avec celui de la portabilité, il n'en est rien. Alors que la portabilité des droits permet de conserver ceux-ci à l'issue de la rupture du contrat de travail, nonobstant l'absence de reprise d'une autre activité, le transfert des droits implique,

²⁶⁵ Roulet V., « La portabilité des droits de prévoyance au vu de la sécurisation de l'emploi », *Dr. soc.*, 2013, p. 901.

²⁶⁶ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 *sur la modernisation du marché du travail* (Étendu par Arr. 23 juill. 2008, JO, 25 juill.)

²⁶⁷ COE, rapport préc., p. 101.

quant à lui, la nécessaire reprise d'une autre activité²⁶⁸. En effet, c'est une fois que le salarié retrouve un nouvel employeur que l'ensemble des droits acquis chez le précédent redevient effectif. Une telle opération ne présente pas d'intérêt dans la mesure où, en matière de prévoyance collective, la problématique de la perte des droits se pose au cours des périodes transitoires entre deux périodes d'emploi. De plus, au-delà de son absence d'intérêt pratique, le transfert de droits présenterait une difficulté technique de mise en œuvre. En effet, tout comme en matière de droit individuel à la formation, le transfert des droits impliquerait le nécessaire provisionnement comptable de l'ensemble des droits²⁶⁹, ce qui ne serait pas sans soulever de difficultés pour les représentants du corps patronal²⁷⁰ en raison du changement d'employeur. De plus, avec un tel transfert des droits, le salarié importerait sa prévoyance, par nature différente de la garantie collective en place au sein de la nouvelle entité, engendrant ainsi une multiplication des couvertures de chaque salarié présent dans l'entreprise. Cette accumulation de couvertures individuelles, issues des professions antérieures de chaque salarié, serait en contradiction avec la nécessité pour l'employeur de mettre en place un système de garanties collectives afin de bénéficier des avantages sociaux et fiscaux prévus par le Code de la sécurité sociale²⁷¹ et par le Code général des impôts²⁷². C'est la raison pour laquelle les partenaires sociaux ont opté pour la portabilité.

B. Le choix de la portabilité des droits

197. Déjà préconisée par la Commission européenne, dans sa communication précitée du 27 juin 2007²⁷³, la notion de portabilité s'est imposée lors de la négociation de l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail prolongée par celle de l'ANI du 11 janvier 2013 sur la sécurisation des parcours professionnels, présentés comme constituant « *un vrai pas vers la flexicurité à la française* »²⁷⁴.

²⁶⁸ Quintin O., *Le travail et l'emploi dans vingt ans*, Rapports & documents, Centre d'analyse stratégique, n°38, Documentation française, 2011, p. 166-167.

²⁶⁹ Conseil national de la comptabilité, Avis CU n°2004-F relatif à la comptabilisation du droit individuel à la formation, 13 oct. 2004, p. 2.

²⁷⁰ Lardy S., « Faut-il croire à la portabilité des droits », *RDT* 2009, p. 352.

²⁷¹ CSS, art. L. 242-1.

²⁷² V. *infra*. n°412 et s.

²⁷³ Commission européenne, *Vers des principes communs de flexicurité : des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité*, 2007, p. 20.

²⁷⁴ Propos du Premier Ministre rapportée dans : Freyssinet J., « L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : un avenir incertain », *La Revue de l'IRE*, 2007, n°54, p. 31

198. Pour autant, la notion n'a pas fait consensus, et la négociation ne s'est pas déroulée sans difficulté. Ainsi, malgré une position de départ commune à l'ensemble des organisations syndicales tendant à la création de droits individuels attachés à la personne du salarié²⁷⁵, aucun compromis n'a pu être trouvé tant sur le contenu de la notion que sur sa mise en œuvre. En effet, alors que les parties s'étaient entendues, lors du projet de plan détaillé du 25 octobre 2007, sur une portabilité entre deux emplois sous une forme à préciser « *au niveau approprié* », les discussions ont buté sur la durée de celle-ci. Les différentes moutures du projet d'accord et le texte finalement retenu témoignent de la difficulté. Initialement fixée à quatre mois sous condition d'indemnisation par l'assurance chômage dans les deux premiers avant-projets²⁷⁶, la durée de la portabilité est passée à six mois sans aucune référence à une condition de prise en charge par le chômage dans le troisième, pour n'être plus égale qu'au tiers de la durée des droits à indemnisation sans pouvoir être inférieure à trois mois dans l'accord définitif²⁷⁷. Et encore, preuve que l'accord trouvé n'était pas satisfaisant, les partenaires sociaux signataires sont revenus sur la question dans l'avenant numéro trois du 18 mai 2009²⁷⁸, puis dans l'ANI du 11 janvier 2013²⁷⁹, pour fixer la durée de la portabilité à une durée égale à celle du dernier contrat de travail dans la limite de neuf, puis de douze mois.

199. Ces difficultés ne constituent, certes, pas la seule raison de l'impossibilité d'obtenir un accord unanime. Le refus de signature de la CGT traduit, en effet, un rejet plus général de la totalité d'un « *accord déséquilibré (...), marqué de nouvelles mesures de flexibilité* » et dans lequel elle estime que les dispositifs favorables aux salariés sont « *soit de faible portée, soit renvoyés à des négociations ultérieures* »²⁸⁰. Il ne fait, cependant, guère de doute que la faible portée du mécanisme de portabilité mis en place et son caractère encore virtuel n'a pas paru, à la centrale de Montreuil, constituer une contrepartie effective aux mesures précises de flexibilité consenties aux employeurs.

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ *Ibid.*

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ Avenant n°3 du 18 mai 2009 à l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail.

²⁷⁹ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 *pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés*.

²⁸⁰ Propos issus de la délibération du comité confédéral national de la confédération générale du travail du 29 janvier 2008 et rapporté dans Freyssinet J., « L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : un avenir incertain », *La Revue de l'IRE*, 2007, n°54, p. 31.

200. C'est donc après d'âpres négociations que l'ANI du 11 janvier 2008 a été signé. Son article 14 intitulé : « *ouvrir l'accès à la portabilité de certains droits* » prévoyait « *le maintien de l'accès à certains droits liés au contrat de travail, en cas de rupture de celui-ci ouvrant droit à prise en charge par le régime d'assurance chômage* » par « *un mécanisme de portabilité* » afin d'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* ».

201. Cette démarche des partenaires sociaux a été saluée par la mission d'enquête de l'Union européenne sur la flexicurité comme une amélioration des « *opportunités de mobilité sociale des travailleurs moins bien intégrés sur le marché du travail* »²⁸¹.

202. L'entrée en vigueur du dispositif prévue initialement au 26 janvier 2009 a fait l'objet de plusieurs reports avant d'être définitivement fixée au 1^{er} juillet 2009 par l'avenant du 18 mai 2009²⁸². Il a ultérieurement été repris et amélioré par l'ANI du 11 janvier 2013. Néanmoins, les accords nationaux interprofessionnels²⁸³ ne pouvant s'appliquer à l'ensemble des salariés eu égard à leur portée normative limitée, une intervention législative s'est avérée nécessaire afin de généraliser le dispositif.

II. L'apport du législateur

203. Lors du Conseil des ministres du 16 janvier 2013, Michel Sapin, alors Ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social, annonça²⁸⁴ que le gouvernement allait transcrire « *fidèlement et sans délai* » l'ANI du 11 janvier 2013 « *dans un projet de loi comportant les dispositions d'ordre législatif nécessaires à sa mise en œuvre* ». Ce fut chose faite avec la loi n°2013-504 du 14 juin 2013 qui a généralisé le dispositif de portabilité (A). Mais le processus de transcription législative a néanmoins conduit à la modification et à l'adaptation du dispositif initial (B).

²⁸¹ Conseil de l'Union européenne, *Rapport de la mission pour la Flexicurité établi sous l'autorité de M. Vladimír Špidla et M. Gérard Larcher, Co-Présidents de la mission pour la Flexicurité*, 9 déc. 2008, p. 7.

²⁸² Avenant n°3 du 18 mai 2009, préc.

²⁸³ V. *infra*. n°204.

²⁸⁴ Conseil des ministres du 16 janvier 2013, *Communiqué sur la sécurisation de l'emploi*, Collection des discours publics, [www.vie-publique.fr].

A. La généralisation du dispositif

204. Alors que les partenaires sociaux avaient souhaité une application au plus grand nombre du dispositif prévu initialement dans l'ANI du 11 janvier 2008, celle-ci était néanmoins limitée par la nature même de cet accord. En effet, malgré son appellation, un accord national interprofessionnel n'est « *ni national, ni interprofessionnel* »²⁸⁵. Si l'extension de l'ANI du 11 janvier 2008²⁸⁶ et son avenant n°3 du 18 mai 2009²⁸⁷ a permis d'en rendre obligatoires les dispositions à tous les salariés et employeurs compris dans son champ d'application, elle n'en a pas permis la généralisation. En effet, un arrêt du 21 novembre 2006 de la chambre sociale de la Cour de cassation²⁸⁸ rappelle que l'extension d'un accord national interprofessionnel n'a pas pour effet de rendre cet accord applicable dans les branches dans lesquelles les organisations patronales signataires ne sont pas représentatives. Or, dans la mesure où les organisations patronales représentatives dans le secteur des professions libérales, de l'agriculture²⁸⁹, de l'économie sociale, du secteur sanitaire et social à but non lucratif ou encore des particuliers employeurs²⁹⁰, n'étaient pas adhérentes à l'une des trois organisations patronales signataires de l'ANI, l'extension de ce dernier ne permettait pas de l'appliquer dans l'ensemble de ces secteurs et à l'ensemble des salariés y travaillant. Il aurait fallu pour cela que le ministre prenne un arrêté d'élargissement, ce qu'il n'a pas fait. Or, comme le souligne Monsieur Vincent Roulet, l'inégalité d'application du mécanisme de portabilité, eu égard à la nature de la norme qui en est à l'origine, est difficilement compréhensible pour un dispositif s'apparentant davantage à la politique publique de l'emploi et à la sécurité sociale²⁹¹ qu'à un avantage purement catégoriel.

205. Une transposition législative s'est donc avérée nécessaire afin d'assurer une application généralisée du dispositif de portabilité. Désormais, toutes les entreprises sont concernées, y compris celles qui étaient auparavant exclues du dispositif.²⁹²

²⁸⁵ Roulet V. « La portabilité des droits de prévoyance au vu de la sécurisation de l'emploi », *Dr. soc.* 2013, p. 901.

²⁸⁶ Arrêté du 23 juillet 2008 portant extension de l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail, JO, n°0172, 25 Juill. 2008.

²⁸⁷ Arrêté du 7 octobre 2009 portant extension d'un avenant à l'accord national interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail, JO, n°0239, 15 oct. 2009.

²⁸⁸ Cass. soc., 21 nov. 2006, n°05-13.601 : *Bull.* 2006, V, n° 351, p. 339.

²⁸⁹ Barthélémy J., "Les accords nationaux interprofessionnels", *Dr. soc.* 2008, p. 566.

²⁹⁰ Instruction du 8 décembre 2009 *relative au régime indemnitaire de la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminé*, Bulletin officiel du Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité, DGT, n°2009-25, p. 2.

²⁹¹ Roulet V., préc.

²⁹² Kovac J., « Portabilité : ce qui reste à faire avant le 1^{er} juin 2014 », *JCP S* 2014, 1091.

206. L'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale issu de cette loi dispose ainsi que « *les salariés garantis collectivement, dans les conditions prévues à l'article L. 911-1, contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité bénéficient du maintien à titre gratuit de cette couverture en cas de cessation du contrat de travail [...]* ». Le texte précise, en outre, que les « *garanties maintenues au bénéfice de l'ancien salarié sont celles en vigueur dans l'entreprise* ».

207. Le législateur ne s'est cependant pas contenté d'opérer un copier-coller de l'accord du 11 janvier 2013, il lui a apporté des modifications afin de donner une plus grande effectivité à la portabilité.

B. L'adaptation du dispositif

208. Le législateur ne saurait se voir imposer le respect intégral des dispositions conventionnelles, sauf à être dépossédé du pouvoir normatif qui lui est conféré par la Constitution²⁹³. Ainsi, a-t-il procédé à différentes modifications du contenu de l'accord du 11 janvier 2013.

209. La première modification est d'ordre sémantique. Le législateur n'utilise pas le terme de portabilité mais celui de maintien. A défaut d'avoir des conséquences sur la teneur du dispositif, cette modification terminologique a le mérite de clarifier l'objet du mécanisme de portabilité des droits. Il s'agit, par cette formulation, de permettre la poursuite de la prévoyance à un niveau identique à celui pratiqué dans l'entreprise, qu'il s'agisse des garanties minimales au profit de l'ensemble des salariés ou des options supplémentaires à adhésion facultative. Ainsi, aux termes de l'article L. 911-8, c'est l'ensemble des garanties, qu'elles soient obligatoires ou facultatives, qui bénéficient de la portabilité.

210. Le législateur a, ensuite et surtout, réformé le régime juridique de la portabilité. Ainsi, outre quelques aménagements techniques, le nouvel article L. 911-8 consacre le principe du maintien à titre gratuit de la couverture prévoyance, améliore les modalités d'appréciation

²⁹³ Constitution du 4 octobre 1958, art. 34.

de la durée de la portabilité, en assure l'articulation avec l'article 4 de la loi Évin et étend le dispositif aux ayants droit du salarié²⁹⁴.

211. Cette portabilité légale est désormais seule applicable depuis le 1^{er} juin 2014 pour la garantie frais de santé et depuis le 1^{er} juin 2015 pour la prévoyance.

²⁹⁴ V. *infra*. n°273 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

212. Le concept de portabilité traduit la prise en compte par les partenaires sociaux et par le législateur des conséquences de la mobilité professionnelle des travailleurs sur leur droit à la protection sociale complémentaire. Il répond à l'idée que les dispositifs antérieurs de sauvegarde des droits ne sont pas adaptés à cette situation nouvelle, faute de permettre une survie des garanties collectives pendant les périodes de transition entre deux emplois. En organisant cette survie, la portabilité, qui a pu être présentée comme l'amorce d'une « *flexisécurité sociale complémentaire* »²⁹⁵, concrétise l'idée de sécurisation des parcours professionnels en évitant que la cessation de la relation de travail avec l'entreprise ne se traduise par une perte de la couverture complémentaire prévoyance en vigueur dans celle-ci.

213. C'est d'ailleurs pour donner une effectivité maximale à la portabilité instituée par les partenaires sociaux que le législateur en a réformé le régime juridique.

²⁹⁵ Césaró J.-F., « La flexisécurité sociale complémentaire », *SSL*, n° 1348 suppl., 7 avr. 2008, p. 73.

CHAPITRE 2 - LE RÉGIME DE LA PORTABILITÉ

214. Désormais organisée par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, la portabilité est un dispositif légal qui permet – faut-il le rappeler –, sous certaines conditions, aux anciens salariés de continuer à profiter, après la perte de leur emploi, des garanties collectives, y compris de prévoyance « lourde », en vigueur dans l'entreprise à la date de la rupture de leur contrat de travail.

215. Présenté ainsi de façon schématique, le mécanisme paraît, à première vue, assez simple. Mais à première vue seulement, car la liste des bénéficiaires désignés par le Code de la sécurité sociale ne coïncide pas parfaitement avec celle des anciens salariés de l'entreprise (Section I). Et, qui plus est, la reconnaissance de la qualité de bénéficiaire ne suffit pas nécessairement pour permettre l'exercice du droit à portabilité car d'autres conditions sont exigées (section II).

Section 1 – Les bénéficiaires de la portabilité

Section 2 – L'exercice du droit à la portabilité

Section 1 - Les bénéficiaires de la portabilité

216. Conçue initialement par les partenaires sociaux pour bénéficier en priorité aux anciens salariés de l'entreprise (Sous-section 1), la portabilité a été étendue par le législateur à leurs ayants droit (Sous-section 2).

Sous-section 1 - Les anciens salariés

217. L'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale dispose que les potentiels bénéficiaires de la portabilité sont les anciens salariés dont le contrat de travail a été rompu dans certaines conditions (I). Toutefois, le droit de l'ancien salarié à la portabilité est susceptible

d'être reconnu *a posteriori* par le juge prud'homal saisi d'une contestation relative à la rupture du contrat de travail (II).

I. Les conditions tenant à la rupture du contrat de travail

218. La portabilité est réservée aux salariés indemnisés par le régime d'assurance chômage, ce qui suppose non seulement qu'ils en remplissent les différentes conditions, notamment de durée d'affiliation ...²⁹⁶, mais aussi que la rupture de leur contrat de travail ouvre droit à une prise en charge par ce régime (A). Mais encore faut-il qu'ils n'aient pas été licenciés pour faute lourde (B).

A. Ruptures ouvrant droit à l'assurance chômage

219. Si la rupture du contrat de travail est un préalable nécessaire à la perception de l'allocation de retour à l'emploi, seules les ruptures involontaires (1) et celles qui leur sont assimilées (2) y ouvrent droit.

1. Ruptures involontaires

220. Conformément à l'article 2²⁹⁷ du règlement d'assurance chômage, l'ensemble des « salariés dont la perte d'emploi est involontaire » peuvent prétendre à la perception d'un revenu de remplacement. Ce texte précise que sont considérés comme involontairement privés d'emploi, les salariés dont la cessation du contrat de travail résulte : d'un licenciement pour motif personnel, d'une fin de contrat de travail à durée déterminée, d'une rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée à l'initiative de l'employeur ou encore d'une rupture de contrat de travail pour un motif économique.

221. Entrent dans cette catégorie, bien que ne percevant pas l'allocation de retour à l'emploi, les salariés d'entreprises de moins de 1000 salariés ou en redressement judiciaire,

²⁹⁶ V. *infra*. n°501 et s. ; D. n°2019-797, 26 juill. 2019, *relatif au régime d'assurance chômage*, Annexe A, art. 1.

²⁹⁷ D. n°2019-797, 26 juill. 2019, *relatif au régime d'assurance chômage*, Annexe A, art. 2.

visés par une procédure de licenciement économique et bénéficiant d'un contrat de sécurisation professionnelle²⁹⁸ qui leur ouvre droit à un ensemble de mesures destinées à favoriser leur retour accéléré à l'emploi²⁹⁹ ainsi qu'à une allocation de sécurisation professionnelle dont la mise en œuvre a été confiée à Pôle emploi³⁰⁰. Les titulaires de ce contrat s'insèrent dans le régime de l'assurance chômage et peuvent ainsi bénéficier de la portabilité, tout comme cela avait été admis³⁰¹ par l'administration pour les bénéficiaires de convention de reclassement personnalisée ayant précédé le contrat de sécurisation professionnelle.

222. La question s'est posée de l'inclusion ou non des travailleurs en apprentissage dans le dispositif. Par une circulaire du 24 mars 2011, l'Agence Centrale des Organismes de Sécurité Sociale (ACOSS)³⁰² a confirmé que le contrat d'apprentissage est un type de contrat de travail de type particulier « *auquel s'applique l'ensemble de la législation du travail* ». Ainsi, à la condition d'avoir travaillé pendant une période de six mois au cours des vingt-quatre derniers mois et que la rupture de son contrat soit involontaire, l'apprenti bénéficie du « *droit à la prise en charge par le régime d'assurance chômage* »³⁰³. À ce titre, l'ACOSS affirmait qu'il était également visé par le « *dispositif du maintien des droits de la complémentaire santé et de la prévoyance* » de l'ANI du 11 janvier 2008. Cette réponse n'ayant pas été infirmée à la suite de la transposition législative du dispositif, on peut légitimement considérer qu'elle demeure applicable en application de l'article L. 911-8.

223. Ont également droit à l'assurance chômage, les salariés assimilés à des salariés involontairement privés d'emploi.

2. Ruptures assimilées

224. L'article 2 du règlement d'assurance chômage vise spécifiquement les ruptures conventionnelles (a) et les démissions (b). Mais bien que ne constituant pas en soi un cas de

²⁹⁸ C. trav., art. L.1233-66.

²⁹⁹ C. trav., art. L1233-65.

³⁰⁰ Circ. UNEDIC, n°2016-09, 27 janvier 2016, mise en œuvre de la Convention du 19 juillet 2011 *relative au contrat de sécurisation professionnelle*, p. 2.

³⁰¹ Lettre circ. ACOSS, n°2011-0000036, 24 mars 2011, régime social des contributions patronales de retraite et de prévoyance, Q. n°9.

³⁰² *Ibid.*, Q. n°15.

³⁰³ V. également Circ. UNEDIC, n° 2019-12, 1^{er} nov. 2019, règlement d'assurance chômage annexé au décret n° 2019-797 du 26 juillet 2019, fiche n°1, p. 24.

chômage involontaire, la prise d'acte justifiée de la rupture par le salarié et la résiliation judiciaire du contrat de travail prononcée aux torts de l'employeur produisent les effets d'un licenciement et ouvrent droit à indemnisation³⁰⁴.

a) Les ruptures conventionnelles

225. L'article L. 5422-1 du Code du travail prévoit que la rupture conventionnelle, qu'elle soit individuelle ou collective, ouvre droit aux allocations de chômage.

226. Est visée, en premier lieu la rupture conventionnelle conclue selon les modalités prévues aux articles L. 1237-11 et suivants du Code du travail. D'ailleurs, comme c'est le cas pour le licenciement, l'indication, sur l'attestation destinée à Pôle emploi que le contrat a pris fin à la suite d'une rupture conventionnelle suffit à qualifier le chômage d'involontaire³⁰⁵. La fin du contrat est fixée à la date inscrite sur la convention de rupture.

227. Sont visées, ensuite, la rupture conventionnelle collective et la rupture d'un commun accord liée à l'acceptation par le salarié d'un congé de mobilité instituées par les articles L. 1237-17 et suivants du Code du travail et mises en place par un accord collectif validé par la DIRECCTE.

228. Le demandeur d'emploi dont le contrat de travail a été rompu conventionnellement peut donc prétendre à bénéficier de la portabilité de ses droits à prévoyance. Ces situations ne soulèvent guère de difficultés. Tel n'est pas le cas des démissions.

b) Les démissions

229. Seules les démissions considérées comme légitimes ouvrent droit au revenu de remplacement et permettent, par voie de conséquence, de prétendre aux dispositions de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale. L'article 2 paragraphe 2 du règlement de l'assurance chômage³⁰⁶ dresse une liste de cas de démissions répondant à cette condition. Sont visées,

³⁰⁴ V. *infra*. n°260.

³⁰⁵ Circ. UNEDIC n° 2019-12, 1^{er} nov. 2019, préc., fiche n°1, p. 23.

³⁰⁶ D. n°2019-797, 26 juill. 2019, *relatif au régime d'assurance chômage*, Annexe A, art. 2.

notamment, la démission du salarié mineur qui suit ses parents, celle du salarié majeur qui change de résidence pour des motifs soit indépendants de sa volonté, telle que la mutation de son conjoint, soit relevant d'un choix personnel, tel que le mariage ou la conclusion d'un pacte civil de solidarité entraînant un changement de lieu de résidence ...

230. Parmi les nombreux autres motifs de démission réputés légitimes certains nécessitent une attention particulière en ce qu'ils décalent dans le temps la prise en charge du demandeur d'emploi par l'assurance chômage. Tel est le cas de la démission du salarié justifiant de trois années d'affiliation au régime de l'assurance chômage en vue de « *repandre une activité salariée à durée indéterminée, concrétisée par une embauche effective, à laquelle l'employeur met fin avant l'expiration d'un délai de 65 jours travaillés* » ; ou encore de la démission du salarié quittant son emploi pour créer ou reprendre une entreprise « *et dont l'activité cesse pour des raisons indépendantes de la volonté du créateur ou du repreneur* ». Dans ces situations, la reconnaissance *a posteriori* de la légitimité de la démission pose la question de la mise en œuvre de la portabilité. En effet, le salarié, qui crée son entreprise, n'a initialement pas de droit à l'assurance chômage et ne dispose donc *a priori* d'aucun droit à portabilité. Néanmoins, s'il cesse sa nouvelle activité pour des raisons indépendantes de sa volonté, il peut alors solliciter la reconnaissance du caractère légitime de sa démission et obtenir ainsi un droit à indemnisation par le régime de l'assurance chômage. On peut donc penser que l'intéressé est en droit de solliciter la portabilité auprès de l'organisme de prévoyance puisque les conditions de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale sont remplies. Se pose alors la question de la détermination de la date du début du maintien des garanties, dans la mesure où le texte dispose que « *le maintien des garanties est applicable à compter de la date de cessation du contrat de travail et pendant une durée égale à la période d'indemnisation du chômage* ». Or, en cas d'indemnisation différée par l'assurance chômage du fait des motifs invoqués, la date de la rupture n'est pas concomitante avec la période d'indemnisation. La solution dégagée par le Ministre du travail, dans une réponse écrite du 23 mars 2010³⁰⁷ n'est d'aucun secours à cet égard. Celle-ci indique, en effet, que pour « *éviter toute rupture de prise en charge, [...] le dispositif entre en vigueur dès la cessation du contrat de travail, et non à partir du moment où le salarié est indemnisé par l'assurance chômage* » ; et précise que, en cas d'impossibilité pour l'ancien salarié d'être pris en charge par l'assurance chômage en raison

³⁰⁷ Gouvernement, Rép. min. QE, n°71072, Colombier G., JOAN, 23 mars 2010, p. 3484, sous l'empire de l'ANI du 11 janvier 2008.

d'un arrêt de travail « pendant le préavis ou immédiatement après la fin du contrat de travail », il serait souhaitable qu'il bénéficie « d'un différé pour la présentation du document justifiant du droit au bénéfice de l'assurance chômage ». Mais il s'agit là d'une situation tout à fait différente de celle de la reconnaissance différée de la légitimité de la démission. En effet, dans l'hypothèse visée par le Ministre du travail, on sait dès la rupture de la relation de travail que le salarié bénéficiera de l'assurance chômage, à une date différée, car le motif de la rupture y ouvre droit. À l'inverse, de prime abord, la démission du salarié pour créer son entreprise, n'ouvre donc pas droit au régime de l'assurance chômage³⁰⁸. Il est donc impossible d'anticiper avec certitude une légitimité future de celle-ci et d'anticiper l'ouverture des droits au chômage. À s'en tenir aux termes de l'article, on peut penser que la portabilité n'a vocation à démarrer qu'à compter du début de la période d'indemnisation eu égard au fait que l'indemnisation par l'assurance chômage n'est pas rétroactive et qu'il appartenait au salarié de tirer les conséquences de sa démission en matière de prévoyance, entre la date de sa démission et la reconnaissance ultérieure de son caractère légitime. Il n'en demeure pas moins que si cette réponse apparaît suffisante pour le salarié démissionnant pour créer son activité, elle semble insuffisante dans l'exemple cité du salarié ayant trois années d'ancienneté, qui démissionne pour reprendre un emploi à durée indéterminée avant de voir son contrat rompu après une courte période. En effet, dans cette situation, le salarié est fondé à solliciter, non pas la portabilité de la prévoyance dont il a été privé suite à sa démission, mais la portabilité de la prévoyance acquise au titre de son dernier emploi. Or, dans ce cas, la durée de la portabilité sera donc plus courte et le salarié perdra ainsi le bénéfice de la durée de portabilité auquel il aurait pu prétendre au titre de son ancien contrat de travail. Une solution s'inspirant du mécanisme de rechargement des droits de l'assurance chômage apparaît utile en matière de portabilité des droits³⁰⁹.

231. À l'inverse de la démission légitime, les salariés démissionnant pour un motif illégitime sont exclus du régime de l'assurance chômage. De ce fait, ils se trouvent privés du bénéfice d'un revenu de remplacement et exclus du dispositif de la portabilité. Il n'en demeure pas moins que, nonobstant le caractère définitivement illégitime de la démission, le salarié dispose de la faculté de solliciter le versement de l'allocation de retour à l'emploi au terme d'un délai de 121 jours sous réserve de remplir les conditions fixées par le règlement général du

³⁰⁸ Hormis le nouveau cas de démission prévu par l'article L. 5422-1, II du Code du travail permettant de prétendre au versement de l'allocation de retour à l'emploi dès la cessation de la relation de travail.

³⁰⁹ V. *infra*. n°528 et s.

régime d'assurance chômage et après examen de sa situation par une instance habilitée³¹⁰. La question se pose également, ici, de savoir quelles sont les modalités d'application de l'article L. 911-8. En l'absence de jurisprudence en la matière, il semblerait que la solution doive être identique à celle retenue dans l'hypothèse précédente³¹¹. Ainsi, le dispositif de portabilité semble devoir s'appliquer à compter de la date d'indemnisation par l'assurance chômage, et cela pendant toute sa durée, dans la limite de la durée du dernier contrat de travail et de la durée maximale de douze mois, conformément à l'article L. 911-8.

232. Le droit à la portabilité n'est cependant pas ouvert à l'ensemble des anciens salariés pris en charge par l'assurance chômage. En sont, en effet, exclus les salariés licenciés pour faute lourde.

B. L'exclusion du licenciement pour faute lourde

233. L'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale exclut expressément du dispositif de portabilité les salariés licenciés pour faute lourde.

234. Cette exclusion interroge. Sans doute faut-il la comprendre comme une conséquence particulière de la responsabilité contractuelle du salarié qui est engagée en cas de faute lourde. On rappellera, en effet, que la responsabilité pécuniaire du salarié à l'égard de son employeur ne peut résulter que de sa faute lourde³¹² caractérisée par l'intention de nuire à l'employeur³¹³, laquelle implique la volonté du salarié de lui porter préjudice dans la commission du fait fautif et ne résulte pas de la seule commission d'un acte préjudiciable à l'entreprise³¹⁴.

³¹⁰ D. n°2019-797, 26 juill. 2019, *relatif au régime d'assurance chômage*, Annexe A, art. 46 bis.

³¹¹ V. *supra*. n°230 et s.

³¹² Cass. soc., 31 mai 1990, n° 88-41.419 : *Bull. civ. V*, n° 260. – Cass. soc. 25 janv. 2017, n° 14-26.071 : *RDT* 2017, p. 264, note Adam P. ; *Dr. soc.* 2017, p. 269, note Mouly J. ; *Dalloz actualité*, 16 fév. 2017, obs. Roussel M. ; *Cah. soc.* mars 2017, n°120, p. 133, note Icard J. ; *JSL*, 2017, n°427, p. 19, note Lhernould J.-P. ; *Lexbase hebdo – éd. soc.* 2017, n°686, note Chaumet B. ; *Lexbase hebdo – éd. soc.* 2017, n°687, note Radé C. ; *JCP S* 2017, 1089, note Chenu D.

³¹³ Cass. soc., 29 nov. 1990, n° 88-40. 618, *Dr. soc.* 1991, p. 105, note Couturier G.

³¹⁴ Cass. soc., 8 févr. 2017, n°15-21.064 : *JCP S* 2017, 1089, note Chenu D. ; *JCP G* 2017, 209, note Dedessus-Le-Moustier G. ; *Lexbase hebdo – éd. soc.* 2017, n°689, note Tournaux S. ; *Cah. soc.* mars 2017, n°120, p. 133, note Icard J. ; *JSL*, 2017, n°428, p. 8, note Lhernould J.-P. ; *CLCE*, 2017, n°168, p. 6, note Singer G.

235. Il reste que l'exclusion des salariés licenciés pour faute lourde soulève une autre interrogation. On se souvient que le Code du travail contenait une disposition similaire privant de l'indemnité compensatrice de congés payés les salariés licenciés pour faute lourde³¹⁵. Or, cette règle a été déclarée inconstitutionnelle et abrogée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 2 mars 2016 rendue sur une question prioritaire de constitutionnalité (QPC)³¹⁶. D'où la question de savoir si cette solution pourrait être transposée en matière de portabilité. Autrement dit, la disposition excluant les salariés licenciés pour faute lourde de la portabilité pourrait-elle également être abrogée en cas de QPC ? Une saisine du Conseil constitutionnel³¹⁷ n'est pas à exclure, si toutefois cette question est jugée suffisamment sérieuse par la Cour de cassation, dans la mesure où la constitutionnalité de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale n'a pas été soumise au Conseil constitutionnel lors de l'examen de la loi du 14 juin 2013.

236. Une première constatation s'impose à cet égard. Les salariés licenciés pour faute lourde ne se trouvent pas dans la même situation au regard de la portabilité et du droit aux congés payés. En effet, les salariés licenciés pour faute lourde n'étaient pas tous privés du droit à l'indemnité compensatrice de congés payés. La règle n'étant pas applicable aux salariés dont l'employeur était tenu d'adhérer à une caisse de congés payés, c'est cette différence de traitement qui a été invalidée par le juge constitutionnel pour méconnaissance du principe d'égalité devant la loi. Le Conseil constitutionnel ne sanctionne donc pas, *a priori*, l'exclusion des salariés licenciés pour faute lourde du droit à l'indemnité compensatrice, mais la différence de traitement injustifiée entre salariés selon que leur l'employeur est affilié ou non à une caisse de congés³¹⁸. Une telle différence de traitement ne se retrouve pas en matière de droit à la portabilité puisque c'est l'ensemble des salariés licenciés pour faute lourde qui est privé de ce droit.

237. Ce premier constat, pour exact qu'il soit, ne clôt pas pour autant la discussion sur la conformité de cette exclusion aux droits fondamentaux garantis par la constitution.

³¹⁵ La règle figurait à l'article L. 3141-26 du Code du travail dans sa version antérieure.

³¹⁶ Cons. const., n°2015-523 QPC, 2 mars 2016 : *SSL*, 2016, n°1713, p. 13, note Champeaux F. ; *JSL*, 2016, n°407, p. 8, note Lhernould J.-P., ; *Lexbase hebdo - éd. soc.* 2016, n°647, note Radé C.

³¹⁷ Constitution française, 4 oct. 1958, art. 61.

³¹⁸ L'article L. 3141-28 du Code du travail dans sa version en vigueur jusqu'au 10 août 2016 disposait en effet que les salariés dont l'employeur était affilié à une caisse de congés n'étaient pas privés de cette indemnité malgré l'existence d'une faute lourde.

238. On pourrait songer, en premier lieu, à soutenir que, en privant les salariés licenciés pour faute lourde du bénéfice de la portabilité, l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale porte atteinte au droit à la protection de la santé consacré par l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946, ainsi que cela avait été soulevé lors de la QPC relative à l'indemnité compensatrice de congés payés. Néanmoins, cette protection n'est pas un droit *stricto sensu*, mais un objectif à valeur constitutionnelle qui ne peut donc pas être à l'origine d'un droit subjectif³¹⁹. C'est la raison pour laquelle le juge constitutionnel ne s'est pas prononcé sur ce point et a, par une substitution de moyen, choisi de se placer sur le terrain d'une méconnaissance du principe d'égalité³²⁰.

239. Et c'est précisément au regard de ce principe constitutionnel issu de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen aux termes duquel la loi « *doit être la même pour tous* » que peut être discutée la différence de traitement, entre les salariés licenciés pour faute grave et ceux licenciés pour faute lourde. En effet, si le Conseil constitutionnel considère que le principe d'égalité « *ne s'oppose pas à ce que le législateur traite de façon différente des situations différentes, ni qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »³²¹, il convient néanmoins de se demander si l'exclusion du dispositif de la portabilité des salariés licenciés pour faute lourde entre bien dans ce cas de figure.

240. Si les salariés licenciés pour faute lourde et ceux licenciés pour faute grave ou pour une cause réelle et sérieuse se trouvent bel et bien dans une situation différente, se pose néanmoins la question de la légitimité de cette différence de traitement à l'aune des conditions fixées par le Conseil constitutionnel³²². L'exclusion des salariés licenciés pour faute lourde, n'apparaît pas, *a priori*, comme présentant un rapport direct avec l'objet de la loi du 14 juin 2013 l'ayant mise en place et destinée à sécuriser les parcours professionnels. De plus, il apparaît difficile de considérer que l'exclusion des salariés licenciés pour faute lourde du dispositif apparaisse comme justifiée par l'intérêt général. En effet, les salariés, quel que soit le

³¹⁹ Mathieu B., « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel – A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n°185 du 20 mai 1998 », *Cah. Cons. const.* 1999, n°6, p. 85.

³²⁰ En ce sens, Gründler T., « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS* 2010, p. 835.

³²¹ V., par exemple, Cons. const., n°89-254 DC, 4 juill. 1989, cons. 18 : *D.* 1990, p. 209, note Luchere F. ; *RTD civ.* 1990, p. 519, note Zenati F. ; *Rev. sociétés* 1990, p. 27, note Guyon Y.

³²² Cons. const. n°89-254, DC, 4 juill. 1989, préc.

motif de leur licenciement, ont tous participé au financement de la portabilité lors de leur période d'activité, et leur intégration au sein du dispositif n'est pas de nature à remettre en cause l'équilibre de son financement. L'intérêt principal de la faute lourde réside uniquement dans la possibilité pour l'employeur d'engager la responsabilité civile du salarié afin d'obtenir « *la réparation du préjudice causé par son comportement malveillant* »³²³. Cette distinction avec la faute grave a donc pour objet la défense d'un intérêt particulier, en l'espèce, celui de l'employeur ayant subi un préjudice. De plus, l'argument soulevé devant le Conseil constitutionnel à propos des congés payés, tenant à dire que l'exclusion des salariés licenciés pour faute lourde s'apparenterait à une sorte de réparation en nature, ne semble pas pouvoir prospérer non plus en matière de portabilité. En effet, si c'est bien l'employeur qui est redevable du paiement de la somme relative aux congés payés, ce n'est pas lui qui se trouve débiteur de la portabilité de la prévoyance car, bien que participant, par ses cotisations, à son financement, il n'a aucune obligation, en raison de la mutualisation, de verser une somme supplémentaire au titre de la portabilité lors de la rupture du contrat de travail. On peine donc à comprendre en quoi l'exclusion des salariés licenciés pour faute lourde est de nature à soutenir l'intérêt général, et on peut, en conséquence, penser que l'argument tiré du non-respect du principe d'égalité, pourrait prospérer.

241. Une décision du Conseil constitutionnel du 29 juillet 2016³²⁴ sème toutefois le doute à cet égard. Saisi d'une QPC relative à la conformité au principe d'égalité de l'ancienne version de l'article L. 6323-17 du Code du travail qui privait le salarié licencié pour faute lourde de la possibilité de bénéficier du droit individuel à la formation (DIF)³²⁵, le conseil a, en effet, déclaré que les mots « *non consécutif à une faute lourde* » figurant au premier alinéa de ce texte étaient conformes à la Constitution.

242. La portée de cette décision doit, cependant, être relativisée dans la mesure où le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur la « *question relative à la privation d'un droit [...] en raison de la gravité de la faute commise par le salarié* »³²⁶ mais a déplacé la problématique sur le régime de la faute lourde et ses conséquences sur le préavis du salarié. En

³²³ Adam P., note sous CA Versailles, 6^{ème} ch., 28 juin 2018, n°16/03962 : *BJT* 2018, n°2, p. 98.

³²⁴ Cons. Const., n°2016-558/559 QPC, 29 juill. 2016 : *Cah. soc.* 2016, n°288, p. 432, note Icard, J., ; *Lexbase hebdo – éd. soc.*, 15 sept. 2016, n°668, note Radé C.

³²⁵ Remplacé, depuis le 1^{er} janvier 2015, par le compte personnel de formation.

³²⁶ Icard, J., note sous Cons. Const., n°2016-558/559, QPC, 29 juill. 2016. *Cah. Soc.*, 2016, n°288, p. 432.

effet, la disposition contestée, qui fixait les modalités permettant à un salarié de solliciter le financement de son DIF avant la rupture de son contrat de travail, prévoyait que, en cas de licenciement, l'utilisation des droits acquis était subordonnée à une demande du salarié avant la fin de son préavis à la condition que son licenciement ne soit pas « *consécutif à une faute lourde* ». Or, pour le conseil, ce n'est pas *stricto sensu* l'article L. 6323-17 qui prive le salarié de ses droits acquis, mais bien l'absence de droit au préavis du fait de l'existence d'une faute lourde. En conséquence, le conseil considère que le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité est inopérant à l'encontre de cette disposition, qui ne prive pas en elle-même les salariés licenciés pour faute lourde de la mobilisation de leur DIF.

243. Dans ces conditions, bien que les arguments en présence ne permettent pas de l'écartier, il apparaît difficile d'anticiper une éventuelle décision du Conseil constitutionnel sur l'exclusion du salarié licencié pour faute lourde du droit à la portabilité.

244. Il reste, que compte tenu de la définition extrêmement restrictive de la faute lourde, celle-ci est rarement admise, ce qui amoindrit le problème posé par l'exclusion des salariés licenciés pour ce motif. D'autant plus que les conséquences financières d'une requalification *a posteriori* de la faute lourde par le juge prud'homal sont de nature, hors cas véritablement flagrant, à dissuader l'employeur d'invoquer une telle faute.

II. L'incidence du contrôle juridictionnel de la rupture

245. La rupture du contrat de travail, tout particulièrement le licenciement, est à l'origine d'un contentieux qui reste abondant malgré le recul constaté ces dernières années à la suite des réformes qui, depuis 2015, ont complexifié les modalités de saisine du conseil de prud'hommes³²⁷, réduit à douze mois le délai de prescription³²⁸ et instauré un barème d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse³²⁹. Or, ce contentieux, qu'il porte sur la contestation du licenciement (A) ou qu'il invite le juge prud'homal à déterminer les effets de la rupture (B), expose l'entreprise à une remise en cause *a posteriori* de l'exclusion d'un salarié du droit à la portabilité et à une condamnation à l'indemniser du préjudice résultant du non-maintien des garanties.

³²⁷ C. trav., art. R.1452-1 et s.

³²⁸ Contre deux ans auparavant. C. trav., art. L. 1471-1, al. 2.

³²⁹ C. trav., art. L. 1235-3.

A. La contestation du licenciement

246. La contestation du licenciement est susceptible d'être source de difficultés dans deux hypothèses : en cas de requalification de la faute lourde (1) et en cas de prononcé de la nullité du licenciement (2).

1. Requalification de la faute lourde

247. La requalification par le juge prud'homal de la faute lourde en faute grave ou en cause réelle et sérieuse, voire en absence de cause réelle et sérieuse, permet au salarié exclu à tort par l'employeur du droit à la portabilité de prétendre à une indemnisation³³⁰.

248. Se pose alors la question de l'évaluation du préjudice subi par le salarié. A cet égard, deux situations peuvent se présenter selon que le salarié a été victime ou non d'un sinistre pendant la période qui devait être couverte par la portabilité³³¹.

249. Lorsque le risque s'est réalisé, le préjudice subi par le salarié est égal à la prestation qui aurait dû lui être servie au titre des garanties maintenues et doit être intégralement réparé. L'employeur doit alors lui verser des dommages et intérêts à hauteur du montant de la prestation prévue par le régime de prévoyance et dont il a été privé³³².

250. C'est ainsi que raisonne la Cour de cassation lorsqu'un salarié, privé à tort de son préavis, par exemple en cas de licenciement pour faute grave ultérieurement requalifiée, subit un sinistre au cours de cette période. Elle impose à l'employeur de réparer intégralement le préjudice résultant de l'absence de prise en charge, par l'assurance de prévoyance souscrite par l'entreprise, de l'accident dont le salarié a été victime au cours de la période de préavis dont il a été abusivement privé³³³. Ce raisonnement est tout à fait transposable à la situation du salarié

³³⁰ Bien souvent, en effet, la décision de justice n'interviendra que postérieurement à la fin de la période de couverture théorique, privant le salarié de retrouver son droit à la portabilité.

³³¹ V., en ce sens, Roulet V., note sous Cass. soc., 28 févr. 2018, n°16-27.807, *Gaz. Pal.* 2018, n° 20, p. 86.

³³² Cass. soc., 3 nov. 2011, n°10-15.124 : *JCP S* 2012, 1136, note Leborgne-Ingelaere C.

³³³ Cass. soc., 10 nov. 2016, n° 15-10.936 : *Gaz. Pal.* 2017, n° 10, p. 62, note Roulet V. ; *JCP S* 2017, 1072, note Anfray O.

exclu *ab initio* du bénéfice de la portabilité et ayant obtenu du juge prud'homal la requalification de la faute lourde qui lui avait été imputée à tort³³⁴.

251. Lorsque le risque ne s'est pas réalisé, de deux choses l'une : soit la période de portabilité à laquelle le salarié pouvait prétendre a expiré – ce qui sera le plus souvent le cas –, et, alors, l'existence d'un préjudice ne pourra pas être établie puisque le salarié n'aurait eu droit à aucune prestation³³⁵ ; soit – mais l'hypothèse est peu probable –, la période de portabilité théorique n'a pas pris fin, et le salarié pourra être indemnisé du préjudice constitué par la perte d'une chance de jouir de la couverture³³⁶.

252. Aussi, comme le souligne un auteur³³⁷, la prudence devrait commander à l'employeur de ne pas exclure le salarié de son droit à portabilité en prononçant un licenciement pour faute lourde dans la mesure où une requalification de cette faute peut exposer l'entreprise à des charges financières extrêmement lourdes, tout particulièrement lorsque le salarié a subi un sinistre qui n'a pas pu être pris en charge par l'organisme de prévoyance. Et cela d'autant plus que la Cour de cassation considère les sommes versées à cette occasion comme des salaires impliquant le paiement de charges sociales³³⁸.

253. L'annulation du licenciement est susceptible de soulever des difficultés du même ordre, bien que dans une proportion moindre.

2. Nullité du licenciement

254. Le salarié dont le licenciement a été annulé dispose de plusieurs options. Il peut obtenir sa réintégration³³⁹ assortie de la réparation du préjudice subi entre son licenciement et sa réintégration effective dans la limite du montant des salaires dont il a été privé³⁴⁰. Mais il

³³⁴ V., par ex., à propos de la privation du DIF, Cass. soc., 21 mai 2014, n° 13-16.543.

³³⁵ Cass. soc., 28 févr. 2018, n°16-27.807 : *Gaz. Pal.* 2018, n° 20, p. 86, note Roulet V.

³³⁶ En ce sens Roulet V., note préc.

³³⁷ Briens G. « Analyse critique de l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 », *SSL*, 2009, n°1409, p. 9.

³³⁸ Cass. ass. plén., 26 janv. 2001, n°99-11.758 : *Gaz. Pal.* 27 fév. 2001, p. 13, note Ghilain F ; *RDSS* 2001, p. 640, note Muller D. ; *RDSS* 2001, p. 535, note Verkindt P.-Y. ; *Dr. soc.* 2001, p. 460, note Radé C.

³³⁹ Cass. soc., 30 avr. 2003, n°00-44.811, *D.* 2004, p. 178, Lardy-Pélissier B. ; *Dr. soc.* 2003, p. 827, note Gauriau B. ; *JSL*, 2003, n°124, p. 14, note Vélot F.

³⁴⁰ Cass. soc., 6 janv. 2011, n°09-41.363.

peut préférer être indemnisé et bénéficier, en plus des indemnités de rupture de droit commun, d'une indemnité réparant le préjudice résultant du caractère illicite du licenciement³⁴¹.

255. Toutefois, la nullité du licenciement ne soulève, *a priori*, pas les mêmes difficultés que la requalification de la faute, car elle ne prive pas *ab initio* le salarié de son droit à la portabilité, sauf bien évidemment dans le cas où il aurait été licencié pour faute lourde. En effet, si l'ancien salarié remplit l'ensemble des conditions de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité social, il sera couvert au titre de la portabilité, à la condition qu'il en sollicite la mise en œuvre, pendant toute la période qui court de son licenciement jusqu'au prononcé de la nullité ou, s'il la demande, jusqu'à sa réintégration.

256. Il reste que la durée de la portabilité est limitée à douze mois et peut être bien plus courte. Or, la durée moyenne des délais de jugement devant les conseils de prud'hommes est, dans 75% des litiges, de plus de 20,2 mois³⁴². Il en résulte que le jugement annulant le licenciement est susceptible d'intervenir postérieurement à l'expiration de la période de portabilité et que cette situation est de nature à faire peser sur l'employeur le même risque financier que celui envisagé précédemment. La survenance d'un sinistre, normalement garanti par la prévoyance collective, entre la fin de la portabilité et le jugement ou la réintégration du salarié, engagera la responsabilité de l'employeur qui devra le prendre en charge intégralement.

257. Si le licenciement annulé était motivé par la faute lourde du salarié, la responsabilité de l'employeur serait intégralement engagée, comme dans l'hypothèse de requalification, pour tout sinistre survenu entre la date du licenciement et son annulation ou la réintégration du salarié.

258. Il se peut également que l'ancien salarié ait souscrit, à compter de l'expiration de la période de portabilité, un contrat individuel de prévoyance. Sa prise en charge par ce régime devrait lui interdire de solliciter de son ancien employeur le montant de la prestation dont il a été privé, sous réserve que la garantie offerte par ce régime ne soit pas inférieure à celle à laquelle il aurait pu prétendre en application de son ancien statut collectif, auquel cas il pourrait solliciter une indemnisation supplémentaire permettant de couvrir la différence. Dans

³⁴¹ C. trav., art. L. 1235-3-1

³⁴² Ministère de la justice, *Les chiffres-clés de la justice 2019*, Secrétariat général, Service de l'expertise et de la modernisation, Sous-direction de la Statistiques et des études, 2019, p. 12.

tous les cas, l'ancien salarié devrait obtenir le remboursement du montant de la cotisation versée à cette assurance complémentaire individuelle.

259. Des problèmes semblables se posent lorsque le juge prud'homal fait produire à une rupture, qui initialement n'y ouvrirait pas droit, des effets permettant au salarié de se prévaloir *a posteriori* du bénéfice de la portabilité.

B. La détermination judiciaire des effets de la rupture

260. Modes de rupture à l'initiative du salarié et soumis à des régimes juridiques voisins sans être totalement identiques, la prise d'acte de la rupture (1) et la résiliation judiciaire (2) n'ouvrent droit à l'assurance chômage et à la portabilité qu'à la condition que le juge prud'homal leur fasse produire les effets d'un licenciement.

1. La prise d'acte de la rupture

261. On rappellera que la prise d'acte³⁴³ permet au salarié de considérer son contrat de travail comme rompu du fait de l'employeur dont le comportement gravement fautif³⁴⁴ a rendu impossible la poursuite de la relation de travail. Cette décision entraîne la cessation immédiate du contrat de travail³⁴⁵ sans que le salarié ne soit dans l'obligation d'exécuter un quelconque préavis³⁴⁶. Il appartient ensuite aux juges de décider si cette prise d'acte « *produit les effets [...] d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse [...]* » voire nul³⁴⁷ si les faits invoqués par le salarié la justifient ou si elle produit les effets « *d'une démission* »³⁴⁸ si tel n'est pas le cas.

³⁴³ Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-42.679 : *Dr. soc.* 2003, p. 2396, note Pelissier J. ; *Dr. soc.* 2003, p. 817 note Couturier G. et Ray J.-E. ; *JCP G* 2003, II, 10138, note Mazuyer E. ; *Lexabse hebdo – éd. soc.*, 3 juillet 2003, n°78, note Radé C. ; *JCP E* 2003, 1289, note Tallendier Y.

³⁴⁴ Cass. soc., 26 mars 2014, n°12-23.634, *JCP S* 2014, 1302, note Dumont F. ; *SSL*, 2014, n°1625, p. 10, note Géa F. ; *Cah. soc.* 2014, n°263, note Icard J. ; *Dr. soc.* 2014, page 397, note Ray, J.-E. ; *Dr. soc.* 1014, p. 821, note Mouly J. ; *JSL*, 2014, n°366, p. 8, note Lhernould J.-P.

³⁴⁵ Cass. soc., 17 nov. 2015, n°14-19.925.

³⁴⁶ Cass. soc., 9 juill. 2014, n°13-15.832, *JSL*, 2014, n°376, p. 21, note Cardoso-Beckhard J. et Patin M.

³⁴⁷ V., par ex., Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 10-26.324 : *JCP S* 2013, 1136, note Dumont F.

³⁴⁸ Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-42.335 : *Dr. soc.* 2003, p. 2396, note Pelissier J. ; *Dr. soc.* 2003, p. 817 note Couturier G. ; Ray, J.-E. ; *JCP G* 2003, II, 10138, note Mazuyer E. ; *Lexabse hebdo – éd. soc.*, 3 juillet 2003, n°78, note Radé C. ; *JCP E* 2003, 1289, note Tallendier Y.

262. On pressent immédiatement les difficultés afférentes à ce mode de rupture en ce qui concerne le droit à portabilité. En effet, il est nécessaire d'attendre le jugement du conseil de prud'hommes et l'épuisement des éventuelles voies de recours pour savoir si la « *prise d'acte* » produit ou non les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, ce qui ouvrira le droit aux allocations chômage, et par conséquent à la portabilité. Or, même si l'article L. 1451-1 du Code du travail institue une procédure rapide devant le conseil de prud'hommes dont le bureau de jugement doit désormais statuer dans un délai d'un mois suivant sa saisine, cela ne résout pas toutes les difficultés. *A priori*, aucune difficulté ne surviendra si la prise d'acte produit les effets d'une démission puisque dans une telle situation, la date de la prise d'acte correspondra à la date de la démission du salarié et la décision ne viendra qu'entériner l'absence de droit à portabilité.

263. En revanche, lorsque la prise d'acte produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse, la question se pose de la prise en charge d'un sinistre qui surviendrait pendant la période située entre la prise d'acte de la rupture du contrat et la date du jugement du conseil de prud'homme. La même question se pose d'ailleurs en cas de démission non reconnue légitime par le régime d'assurance chômage, mais ultérieurement requalifiée en licenciement. En effet, dans la mesure où la décision prud'homale ouvre rétroactivement droit au préavis et aux allocations chômage à compter de la date de la prise d'acte de la rupture³⁴⁹, certains auteurs³⁵⁰ estiment qu'elle doit permettre au salarié de bénéficier de la portabilité.

264. Néanmoins, l'assureur, n'étant pas partie au litige opposant l'employeur et le salarié, il ne peut se voir imposer une affiliation rétroactive de l'ancien salarié, celui-ci pouvant seulement solliciter une affiliation, pour l'avenir, à compter de la date du jugement. Cette impossibilité d'une affiliation rétroactive fait dire à certains auteurs³⁵¹ que l'employeur doit assumer la responsabilité d'un sinistre qui surviendrait entre la date de la rupture effective du contrat de travail et celle du jugement sur la prise d'acte.

265. Si la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur ce point, elle a, en revanche, dans des hypothèses où le salarié n'avait subi aucun sinistre, condamné l'employeur

³⁴⁹ CA Nancy, 22 janvier 2019, n° 18/01045.

³⁵⁰ Millet-Ursin C. et Anfray O., note sous Cass. soc., 15 avr. 2015, n°13-22.044 : *JCP S* 2015, 1232 ; Wismer F., « Protection sociale d'entreprise : bilan 2016 », *JCP S* 2017, 1115.

³⁵¹ Millet-Ursin C. et Anfray O., note préc.

à l'indemniser la perte de chance « *de bénéficier des informations relatives à la portabilité de la prévoyance* »³⁵². La même solution a été retenue par un arrêt du 28 mars 2018³⁵³ de la Cour d'appel de Rennes qui a jugé la prise d'acte de la rupture du contrat de travail justifiée et a condamné l'employeur pour n'avoir pas « *signalé le maintien des garanties frais de santé dans le certificat de travail délivré* » à l'ancienne salariée. En l'espèce, la requérante estimait avoir subi un préjudice consistant dans la nécessité de souscrire, par ses propres moyens, un contrat de prévoyance auprès d'un nouvel organisme du fait de l'absence de mise en œuvre de la portabilité. La cour d'appel a fait droit à sa demande et a condamné l'employeur au versement de dommages et intérêts en réparation du préjudice subi du fait du « *défaut d'information* » au titre de la portabilité.

266. Mais la question reste entière en cas de sinistre survenu pendant la période courant de la prise d'acte à la décision prud'homale. L'ancien salarié devrait, toutefois, pouvoir utilement invoquer, à cet égard, la jurisprudence³⁵⁴ qui, en matière de licenciement, condamne l'employeur qui a injustement privé le salarié de son préavis à réparer le préjudice subi par ce dernier du fait de l'absence de prise en charge par le régime de prévoyance de l'accident dont il a été victime pendant cette période. On peut, en effet, considérer que lorsque la prise d'acte a été requalifiée en licenciement sans cause réelle et sérieuse, le salarié a été privé de la portabilité par la faute de l'employeur qui a rendu impossible la poursuite du contrat de travail, et que, par conséquent, celui-ci doit prendre intégralement en charge le sinistre survenu pendant la période intermédiaire entre la rupture et la décision du juge et non couverte par la portabilité.

267. Pour prévenir ce risque financier, l'employeur aurait tout intérêt à ne pas exclure le salarié de son droit à portabilité en cas de prise d'acte de la rupture. Mais une telle solution ne serait possible qu'à la condition que l'organisme de prévoyance ne s'y oppose pas. Il faut, en effet, rappeler que l'ancien salarié doit, justifier auprès de son organisme assureur, à l'ouverture et au cours de la période de maintien des garanties, qu'il remplit les conditions de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, et tout particulièrement qu'il est pris en charge par l'assurance chômage. Par conséquent, l'impossibilité de fournir cette justification autorise l'organisme de prévoyance à refuser la mise en œuvre de la portabilité à compter de la prise

³⁵² Cass. soc., 2 mars 2016, n°14-18.334.

³⁵³ CA Rennes, 28 mars 2018, n°15-08100.

³⁵⁴ Cass. soc., 10 nov. 2016, n°15-10.936 : *Gaz. Pal.*, 2017, n°10, p. 62, note Roulet V. ; *JCP S* 2017, 1072, note Anfray O.

d'acte. Si d'aventure, l'organisme d'assurance acceptait une telle prise en charge malgré l'absence de toutes les conditions, se poserait néanmoins la question de savoir ce qu'il adviendrait des sommes éventuellement perçues par le salarié bénéficiant de la portabilité et qui verrait sa demande produire les effets d'une démission. Il apparaîtrait alors légitime que celles-ci fissent l'objet d'une répétition de l'indu par l'assureur auprès de l'employeur³⁵⁵.

268. Également motivée par des reproches imputés à l'employeur, la résiliation judiciaire du contrat de travail soulève moins de difficultés.

2. La résiliation judiciaire

269. La résiliation judiciaire consiste à demander au juge prud'homal de prononcer la rupture du contrat de travail. Cette action, fondée sur les articles 1224 et suivants du Code civil, permet au salarié d'éviter de prendre acte de la rupture de son contrat de travail avec le risque de voir celle-ci produire les effets d'une démission. La jurisprudence impose néanmoins au salarié, comme en matière de prise d'acte, de justifier cette demande par des manquements « *suffisamment graves pour justifier la résiliation du contrat de travail* »³⁵⁶. Si tel est le cas, la résiliation judiciaire est prononcée aux torts de l'employeur et produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse³⁵⁷, voire d'un licenciement nul³⁵⁸. Si la demande est rejetée, faute que les faits soient établis ou d'une gravité suffisante, le salarié n'est pas considéré comme démissionnaire et la relation de travail se poursuit³⁵⁹.

270. Cette procédure permet de maintenir le salarié dans les effectifs de l'entreprise, *a minima*, jusqu'au prononcé du jugement. En effet, la Cour de cassation pose le principe selon lequel la résiliation judiciaire produit ses effets « *à la date de la décision judiciaire la prononçant dès lors qu'à cette date le contrat de travail n'a pas été rompu et que le salarié est toujours au service de son employeur* »³⁶⁰. Le salarié continue donc de bénéficier de la

³⁵⁵ Cass. soc., 30 mai 2007, n°06-12.275 : *JCP S* 2007, 1680, note Asquinazi-Bailleux D.

³⁵⁶ Cass. soc., 5 avr. 2018, n°16-24.232.

³⁵⁷ Cass. soc., 7 mars 2018, n°16-16.060 ; Cass. soc., 31 janv. 2018, n°16-19.902 et n°16-20.085.

³⁵⁸ Cass. soc., 20 fév. 2013, n°11-26.560 : *JCP S* 2013, 1250, note Leborgne-Ingelaere C ; *JCP S* 2013, 113, note Miara S. ; *JSL*, 2013, n°341, p. 13, note Hautefort M. ; *Gaz. Pal.* 2013, n°159, p. 1843, note Marron F. ; *RJS*, 5/13, n°344.

³⁵⁹ Cass. soc., 7 juill. 2010, n°09-42.636 : *Gaz. Pal.* 2010, n°224, p. 27, note Berlaud C. ; *JSL*, 2010, n°286, p. 19, Toureil J.-E.

³⁶⁰ Cass. soc., 21 sept. 2017, n°16-10.346.

prévoyance d'entreprise jusqu'à la date du jugement. Une fois la rupture prononcée, celle-ci ouvrant droit au régime de l'assurance chômage, la portabilité peut prendre le relais si le salarié en sollicite la mise en œuvre et s'il remplit toutes les autres conditions de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale. Il appartient néanmoins à l'employeur d'indiquer dans le certificat de travail la possibilité pour le salarié de bénéficier du dispositif sous peine de s'exposer à une condamnation pour défaut d'information³⁶¹.

271. Mais si la résiliation du contrat de travail prend effet à la date de la décision la prononçant, c'est à la condition que les relations de travail aient perduré jusqu'à cette même date. A défaut, la jurisprudence fixe rétroactivement la date de la rupture à la date de cessation effective de ces relations. Dans une telle situation³⁶², l'ancien salarié se trouve privé du régime collectif des actifs jusqu'au jugement du conseil de prud'hommes et devrait donc pouvoir solliciter une indemnisation pour ne pas avoir bénéficié des informations relatives à la portabilité, comme c'est le cas en matière de prise d'acte. En effet, les deux situations étant similaires, on peut tout à fait envisager que la Cour de cassation adopte une solution identique³⁶³. De la même façon, la solution proposée en matière de prise d'acte³⁶⁴, concernant la responsabilité de l'employeur dans l'hypothèse où le salarié subirait un sinistre entre la cessation effective de la relation de travail et le jugement statuant sur la prise d'acte, doit pouvoir être transposée à la résiliation judiciaire.

272. Pensée en premier lieu, dans une optique de sécurisation des parcours professionnels, pour les salariés entre deux périodes d'emploi, la portabilité a été étendue à leurs ayants droit.

Sous-section 2 : Les ayants droit

273. Oubliés par les partenaires sociaux ainsi que par le projet de loi du gouvernement, les ayants droit ont été introduits dans le dispositif de portabilité par un amendement déposé et adopté en Commission des affaires sociales du Sénat. Le dernier alinéa

³⁶¹ V. *infra*. n°331 et s.

³⁶² Pour exemple : Cass. soc., 15 mai 2007, n°04-43.663 : *JCP S* 2007, 1490, note Verkindt P.-Y.

³⁶³ V. *supra*. n°261 et s.

³⁶⁴ *Ibid.*

de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale prévoit donc, désormais que le mécanisme de la portabilité s'applique « *dans les mêmes conditions aux ayants droit du salarié qui bénéficie effectivement des garanties [de prévoyance] à la date de la cessation du contrat de travail* ».

274. Cette extension constitue une véritable avancée en ce qu'elle permet de réduire le poids de la couverture complémentaire familiale au cours des périodes de transitions professionnelles. En effet, au regard du coût d'un contrat de prévoyance « *familiale* », l'absence de prise en compte des ayants droit est de nature à accroître la précarité sanitaire et financière des personnes privées d'emploi et à constituer ainsi un véritable obstacle à la réalisation de l'objectif de sécurisation des parcours professionnels.

275. Cette extension est, de plus, justifiée au regard du financement mutualisé de la portabilité qui repose sur une majoration de la cotisation versée par les actifs tant pour leur propre couverture que pour celle des ayants droit. Il n'était donc pas légitime que ces derniers soient exclus du dispositif.

276. La rédaction du dernier alinéa de l'article L. 911-8 est cependant quelque peu maladroite. Le texte dispose, en effet, en substance que les ayants droit doivent remplir les mêmes conditions que le salarié lui-même. Une telle formulation a pour effet de priver, de fait, les ayants droit de la possibilité de se prévaloir du dispositif de la portabilité, dans la mesure où on ne voit pas comment ils pourraient remplir la condition afférente à l'ouverture des droits à l'assurance chômage. Néanmoins, il semble que la volonté du législateur n'ait pas été d'exclure les ayants droit du dispositif, mais bien au contraire de les y inclure au même titre que les salariés en bénéficiant³⁶⁵. Aussi, afin de clarifier cette disposition et sécuriser la situation des ayants droit, une modification de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale serait la bienvenue.

277. La formulation du texte est, en revanche, sans ambiguïté en ce qui concerne la détermination des ayants droit susceptibles de bénéficier de la portabilité. Seuls sont concernés les ayants droit présents lors de la rupture du contrat de travail. En effet, en précisant que le

³⁶⁵ Baron P. et Pignaud X. « Généralisation de la couverture « frais de santé » et de la portabilité », *JCP S* 2013, 1269.

dispositif bénéficie aux « *ayants droit du salarié qui bénéficient effectivement des garanties [...] à la date de la cessation du contrat de travail* », l'article L. 911-8 a pour effet d'exclure les nouveaux ayants droit du dispositif de portabilité. Ainsi, à titre d'exemple, l'enfant naissant postérieurement à la rupture du contrat de travail se trouvera privé de couverture au titre de la portabilité dont bénéficient ses parents.

278. L'inclusion des ayants droit dans le cercle des bénéficiaires de la portabilité constitue une différence importante avec le dispositif de l'article 4 de la loi Évin qui, s'il était sans doute plus large quant à son application aux anciens salariés, n'était ouvert aux ayants droit qu'après le décès de l'assuré.

279. Pour autant, l'inscription sur la liste de ses bénéficiaires potentiels n'est qu'un préalable nécessaire mais non suffisant à l'exercice du droit à la portabilité.

Section 2 - L'exercice du droit à la portabilité

280. L'exercice du droit à la portabilité est précisément encadré par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale qui en fixe à la fois les conditions (I) et les modalités (II).

I. Les conditions du droit à portabilité

281. L'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale subordonne la mise en œuvre de la portabilité à l'existence de droits ouverts lors de la rupture du contrat de travail (A). Cette condition est de nature à soulever des difficultés pour les travailleurs temporaires, en raison de la courte durée de leurs contrats qui est de nature à retarder l'ouverture de leurs droits. Elle a été remplacée par l'exigence d'une durée minimale d'emploi (B).

A. La condition générale : l'existence de droits ouverts

282. L'avenant n°3 du 18 mai 2009 avait posé comme condition à la mise en œuvre du dispositif, que les « *droits à couvertures complémentaires aient été ouverts chez le dernier*

employeur », ce qui englobait l'intégralité de la prévoyance³⁶⁶ qu'elle soit lourde ou légère. Mais, à la suite d'une transposition maladroite³⁶⁷, l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale dispose que « *le bénéfice du maintien des garanties est subordonné à la condition que les droits à remboursements complémentaires aient été ouverts chez le dernier employeur* » (1). Cette formulation apparaît plus restrictive. Par ailleurs, l'ancien salarié doit justifier de ses droits auprès de l'organisme délivrant les garanties (2).

I. L'ouverture des droits à remboursement complémentaire

283. La formulation retenue par le législateur restreint l'étendue des bénéficiaires du dispositif dans la mesure où, seule l'assurance « *frais de santé* » ouvre droit à un remboursement complémentaire. Un salarié ne bénéficiant pas d'une complémentaire santé en raison de l'une des dispenses visées par la présente loi, mais bénéficiant en revanche de la prévoyance dite « *lourde* », ne pourrait donc pas prétendre à la portabilité. En effet, les « *droits à remboursements complémentaires* » n'étant pas ouverts, la portabilité ne trouverait pas à s'appliquer dans cette situation.

284. La formulation choisie n'est donc pas sans conséquence. Elle est certainement contraire à la volonté du législateur qui souhaitait, par la loi du 14 juin 2013, étendre le dispositif mis en place par les partenaires sociaux. On peut donc penser que l'ancien salarié doit simplement avoir bénéficié de la couverture complémentaire lorsqu'il était présent dans l'entreprise pour bénéficier de la portabilité.

285. Afin d'éviter toute contestation émanant d'un organisme de prévoyance invoquant légitimement l'application stricte du dispositif légal, il serait bienvenu de modifier l'article L. 911-8 et d'y inscrire que la mise en œuvre de la portabilité est subordonnée à la condition que les « *droits à couvertures complémentaires aient été ouverts chez le dernier employeur* ». Et, cela, d'autant plus que le salarié est tenu de justifier de ses droits.

³⁶⁶ Briens G., « La nouvelle portabilité des garanties de protection sociales complémentaire », *Dr. soc.* 2013, p. 895.

³⁶⁷ V. *supra*. n°208.

2. La justification des droits

286. L'ANI du 11 janvier 2008 prévoyait que l'ancien salarié devait informer son ancien employeur de sa prise en charge par l'assurance chômage, d'une part, et de la cessation du versement des allocations chômage lorsque celle-ci intervenait au cours de la période de garantie, d'autre part. L'article L. 911-8 modifie cette obligation et impose seulement au salarié de justifier « *auprès de son organisme assureur, à l'ouverture et au cours de la période de maintien des garanties* », qu'il remplit les conditions prévues pour bénéficier de la portabilité.

287. Adaptée aux salariés dont l'emploi présente une certaine continuité et stabilité, l'exigence que des droits à couverture complémentaire aient été ouverts chez le dernier employeur était de nature à exclure les travailleurs temporaires du droit à la portabilité. Aussi un dispositif spécifique fondé sur une durée minimale d'emploi a-t-il été mis en place au profit de ces travailleurs.

B. La condition propre aux salariés temporaires : une durée minimale d'emploi

288. Les travailleurs précaires – salariés à temps partiel ou en contrats courts, et tout particulièrement les intérimaires – posent des problèmes spécifiques en matière de protection sociale. Ainsi, par exemple, sont-ils exclus de plein droit de la couverture santé obligatoire de l'entreprise dès lors que la durée de leur contrat est inférieure ou égale à trois mois ou que leur temps de travail est inférieur ou égal à quinze heures par semaine³⁶⁸. A ces difficultés, des solutions ont été recherchées au sein des branches professionnelles. C'est ainsi que la branche du travail temporaire a mis en place par voie conventionnelle, d'abord, un régime de frais de santé, puis de prévoyance, et en a organisé la portabilité en cas de rupture du contrat de travail.

289. Subordonnée – comme d'ailleurs l'ensemble du dispositif – à une durée minimale d'emploi, cette portabilité conventionnelle (1), reste encore inaccessible aux salariés qui ne totalisent pas le nombre d'heures requis et qui doivent se contenter d'une solution alternative sous la forme du versement santé (2).

³⁶⁸ CSS, art. D. 911-7

1. La portabilité conventionnelle

290. Prétendre à la portabilité telle que définie par les partenaires sociaux (a) suppose de pouvoir justifier de la durée minimale d'emploi qui conditionne l'affiliation au régime de frais de santé³⁶⁹ mis en place au sein de la branche (b).

a) L'affiliation préalable au régime de frais de santé

291. Multiplicité des contrats courts, activité discontinuée, succession d'employeurs ne facilitent pas l'accès des salariés temporaires à la protection sociale complémentaire. Ainsi, dans un objectif de simplification, n'ont-ils pendant longtemps pu bénéficier de la couverture complémentaire « *frais de santé* » que sous condition d'une ancienneté minimum. Or, depuis le 1^{er} janvier 2016, l'ensemble des salariés bénéficie d'une couverture « *frais de santé* » collective et obligatoire minimale³⁷⁰, et l'ACOSS considère, en conséquence, qu'aucun salarié ne peut être exclu de cette couverture en application d'une clause d'ancienneté³⁷¹ sauf en ce qui concerne les régimes de prévoyance lourde et de retraite supplémentaire³⁷². Ce n'est pourtant pas le chemin emprunté par les partenaires sociaux de la branche du travail temporaire signataires des accords des 4 juin³⁷³ et 14 décembre 2015³⁷⁴ qui instituent le régime de frais de santé des intérimaires.

292. Les organisations patronales estimant qu'il serait « *ingérable* » de « *couvrir tous les intérimaires dès la première heure* »³⁷⁵, il a été convenu de subordonner l'affiliation à ce régime à une durée minimale d'emploi appréciée au niveau de la branche. Ainsi, malgré l'obligation faite aux employeurs de faire bénéficier leurs salariés d'un régime collectif³⁷⁶, les

³⁶⁹ Ne seront envisagées ici que les conditions d'affiliation au régime de frais de santé, étant entendu que les garanties de prévoyance (incapacité de travail, vie privée et maternité) obéissent aux mêmes règles.

³⁷⁰ CSS, art. L. 911-7.

³⁷¹ Lettre circ. ACOSS, n° 2015-45, 12 août 2015, Contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de retraite et de prévoyance - Respect du caractère collectif et obligatoire : apports du décret n° 2014-786 du 8 juillet 2014, 3^{ème} point.

³⁷² *Ibid.*

³⁷³ Accord du 4 juin 2015 *fixant les contours du régime de frais de santé des salariés intérimaires*, étendu par arr. 17 déc. 2015 : JO 24 déc.

³⁷⁴ Accord du 14 déc. 2015 *relatif au régime de frais de santé des salariés intérimaires*, étendu par arr. 20 avr. 2017, JO 28 avr. 2017.

³⁷⁵ Propos de Roux F. rapporté dans *PSI*, 2015, n°975.

³⁷⁶ CSS, art. L. 911-7.

accords précités imposent une clause d'ancienneté, « *a priori illicite* »³⁷⁷, de 414 heures sur douze mois consécutifs. La question de la généralisation de la complémentaire santé à l'égard des salariés en contrat court ou à temps partiel a ensuite été reprise par le législateur. C'est ainsi que la loi n°2015-1702 du 21 décembre 2015 modifiée par la loi n°2016-1827 du 23 décembre 2016, a introduit dans le Code de la sécurité sociale, un article L. 911-7-1 visant à conforter la clause d'ancienneté instituée par les partenaires sociaux. Il résulte, en effet, d'un rapport parlementaire que ce texte vise à fixer les modalités « *selon lesquelles un accord peut déroger aux seuils fixant la durée du contrat ou la durée du travail afin de permettre à certaines entreprises voire à certaines branches au sein desquelles les rythmes de travail sont très atypiques de mettre en place le versement destiné au financement d'une couverture complémentaire individuelle en lieu et place d'une couverture collective* »³⁷⁸. Ainsi, « *un accord de branche ou un accord d'entreprise (en l'absence d'accord de branche ou lorsque celui-ci le permet), voire une décision unilatérale, peut exclure des salariés en se plaçant dans le périmètre des cas d'exclusion autorisés par l'article L. 911-7-1, III, du Code de sécurité sociale* »³⁷⁹, autrement dit ceux dont « *la durée du contrat ou la durée du travail prévue par celui-ci est inférieure à des seuils fixés par cet accord* »³⁸⁰.

293. Aux termes des accords des 4 juin et 14 décembre 2015, dont la licéité est désormais consacrée par l'article L. 911-7-1, les salariés temporaires, ayant effectué 414 heures de travail au sein d'une ou plusieurs entreprises de travail temporaire au cours « *d'une période de douze mois consécutifs, [à laquelle] s'ajoute un « équivalent temps » de l'indemnité compensatrice de congés payés, correspondant à 10% des heures rémunérées, soit une ancienneté de 455 heures* »³⁸¹, sont obligatoirement affiliés au régime collectif relatif aux « *frais de santé* ». A cette fin, les signataires de l'accord ont désigné un opérateur de gestion qui concentre l'ensemble des données des entreprises de travail temporaire afin de décompter l'ensemble des heures de travail effectuées et d'informer le cas échéant l'employeur et le salarié de l'atteinte du seuil. Dès ce palier franchi, le salarié temporaire est affilié à compter du premier jour du mois civil qui suit celui au cours duquel la durée d'emploi minimale est atteinte³⁸².

³⁷⁷ Pagnerre Y., « De la couverture à l'exclusion des intérimaires en matière de complémentaire santé : l'accord de branche sur la sellette », *JCP S* 2017, 1417.

³⁷⁸ Delaunay M., *Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 oct. 2015, n°3129, p. 46 et s.

³⁷⁹ Pagnerre Y., préc.

³⁸⁰ CSS, art. L. 911-7.

³⁸¹ Accord du 4 juin 2015 préc., art. 2. – Accord du 14 déc. 2015 préc., étendu par arr. 20 avril 2017, art. 2.2.

³⁸² *Ibid.*

294. Le salarié temporaire peut également faire l'objet d'une affiliation dès son embauche. En effet, l'article 2.3 de l'accord du 14 décembre 2015 pose le principe selon lequel les salariés temporaires ayant d'ores et déjà bénéficié du régime collectif en raison du franchissement du seuil et qui sont encore bénéficiaires de la portabilité de ces droits lors de l'embauche par l'entreprise de travail temporaire, sont affiliés, dès leur date d'embauche, au régime collectif de frais de santé. De la même manière, l'avenant n°1 du 30 septembre 2016³⁸³ étend l'obligation d'affiliation dès l'embauche aux salariés temporaires embauchés en CDI intérimaire ainsi qu'à ceux dont la durée du contrat de mission est égale ou supérieure à trois mois ou supérieure à 414 heures.

295. Ces conditions remplies, les salariés temporaires peuvent ainsi bénéficier du dispositif de la portabilité conventionnelle.

b) Les modalités de la portabilité conventionnelle

296. Les accords des 4 juin ³⁸⁴et 14 décembre 2015³⁸⁵ ont posé en principe que le mécanisme de la portabilité légale telle que définie par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale nécessite d'être adapté aux spécificités du travail temporaire. En conséquence, ils ont mis en place un dispositif de portabilité conventionnelle répondant à cet objectif (α), mais dont l'articulation avec la portabilité légale peut être source de difficultés (β).

α . Les spécificités du dispositif conventionnel

297. Le dispositif mis en place au profit des salariés intérimaires présente deux particularités.

298. La première concerne sa durée de la portabilité. Les accords prévoient que, en cas de rupture du contrat de mission ou en l'absence de nouvelle mission ouvrant droit à prise en charge par le régime de l'assurance chômage, l'ancien salarié bénéficie de la portabilité de sa couverture santé complémentaire obligatoire, pendant une durée forfaitaire de deux mois. Le

³⁸³ Avenant n°1 du 30 sept. 2016 à l'accord du 14 déc. 2015 préc., étendu par arr. 20 avril 2017. art. 1.

³⁸⁴ Accord du 4 juin 2015 préc., art. 4.1.

³⁸⁵ Accord du 14 déc. 2015 préc., art. 5.1.

recours à une durée forfaitaire a pour objet de ne subordonner la portabilité ni à la durée d'indemnisation par l'assurance chômage ni à celle du contrat. Cette forfaitisation s'avère en effet nécessaire pour ne pas rendre le dispositif totalement inefficace et dépourvu d'intérêt pour les salariés temporaires, dans la mesure où la durée moyenne des contrats de mission s'élevait, au troisième trimestre, de 2017 à 1,9 jours³⁸⁶.

299. Si la première période de portabilité s'avère bénéfique pour les salariés temporaires dont la durée d'indemnisation est susceptible d'être courte ou pour ceux dont la durée des derniers contrats successifs chez les derniers employeurs l'est également, elle s'avèrerait contreproductive à l'égard de ceux dont la durée de la mission dépasse cette durée de deux mois et qui bénéficient d'un revenu de remplacement pour une période plus étendue. C'est la raison pour laquelle il est prévu que, au terme de la première période forfaitaire de deux mois de portabilité, le demandeur d'emploi bénéficie d'un maintien de sa période de portabilité pendant le restant de sa période d'indemnisation par l'assurance chômage pour une durée de cinq mois supplémentaires.

300. À l'issue de cette durée de sept mois, la portabilité légale est susceptible de prendre le relais. En effet, les dispositions conventionnelles précitées³⁸⁷ précisent que la portabilité est susceptible d'être prolongée dans les conditions fixées par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale. Autrement dit, l'ancien salarié temporaire peut bénéficier d'une portabilité s'étendant jusqu'au terme du douzième mois, à la condition qu'il continue d'être indemnisé par le régime de l'assurance chômage et cela dans la limite de la durée de son ou ses derniers contrats successifs chez le même employeur.

301. Si la durée de la portabilité, fixée à deux mois, est forfaitaire et n'est donc pas susceptible d'être impactée par les aléas professionnels de l'ancien travailleur temporaire, il en va différemment de la période de portabilité qui prolonge cette période forfaitaire et qui est susceptible de s'étendre jusqu'au douzième mois après la date de la rupture de la relation de travail. Différents événements sont susceptibles de mettre fin à cette portabilité. En effet, les dispositions conventionnelles énoncent que la portabilité cesse à l'issue de la période de deux mois dans cinq cas : la reprise d'une activité professionnelle, la liquidation de la pension de

³⁸⁶ DARES, *L'emploi intérimaire progresse modérément au 3^{ème} trimestre 2017*, DARES indicateurs, Décembre 2017, n°78, p. 4.

³⁸⁷ Accord du 4 juin 2015 préc., art. 4.1. – Accord du 14 déc. 2015 préc., art. 5.1

retraite de la sécurité sociale, le décès de l'assuré, la cessation de la période d'indemnisation au titre de l'assurance chômage ou au plus tard, le terme de la période de portabilité fixée par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale. Si ces conditions sont classiques, un dispositif vient néanmoins accroître les droits dont sont susceptibles de bénéficier les anciens salariés temporaires. En effet, la possibilité est offerte au bénéficiaire qui reprend une activité professionnelle, en dehors du champ du travail temporaire et pour une durée n'excédant pas quatre semaines consécutives, de solliciter, auprès de l'opérateur de gestion, une interruption de sa portabilité conventionnelle « *à titre exceptionnel et pour une seule fois* ». Ainsi, la portabilité pourra reprendre effet au terme de l'activité professionnelle reprise.

302. S'agissant des garanties maintenues, alors que l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale pose le principe du maintien à l'identique de l'ensemble des garanties « *en vigueur dans l'entreprise* », le dispositif conventionnel ne prévoit que le « *maintien à titre gratuit de la couverture collective de frais de santé obligatoire (à l'exclusion des régimes complémentaires facultatifs) dont [les anciens salariés] bénéficiaient au sein de l'entreprise* ». Autrement dit, la portabilité est limitée à la seule couverture collective de frais de santé obligatoire, et en sont exclus expressément le régime facultatif auquel peut souscrire le salarié et implicitement le reste de la prévoyance susceptible d'être mise en place au sein de l'entreprise de travail temporaire. Il faut toutefois préciser, à cet égard, qu'un accord du 16 novembre 2018 a créé un système similaire pour la prévoyance lourde obligatoire qui, s'il exclut également la prévoyance facultative de son champ d'application, prévoit désormais une portabilité conventionnelle d'une durée forfaitaire d'un mois³⁸⁸. Il est néanmoins à noter que cet accord n'a, pour l'heure, pas encore fait l'objet d'un arrêté d'extension et demeure ainsi limité aux salariés dont l'employeur est adhérent à une organisation syndicale signataire.

303. La limitation du domaine de la portabilité conventionnelle est de nature à soulever des difficultés d'articulation avec le dispositif légal.

³⁸⁸ Accord du 16 novembre 2018 *relatif aux garanties prévoyance des salariés intérimaires*, art. 8.1.

β. L'articulation avec le dispositif légal

304. La portabilité conventionnelle est *a priori* plus favorable que le dispositif légal qui a pour effet de réduire la durée de la portabilité des salariés intérimaires eu égard à la segmentation de leurs parcours professionnels et à la faible durée de leurs contrats de mission. Mais elle est aussi susceptible d'être défavorable pour d'autres salariés. C'est le cas, par exemple, du salarié temporaire bénéficiant d'une couverture complémentaire relative aux « *frais de santé* » obligatoire, ainsi que de garanties facultatives, voire de garanties de prévoyance supplémentaires, et dont le dernier contrat de mission est supérieur à deux mois. Ce salarié n'a, *a priori*, aucun intérêt à solliciter la portabilité conventionnelle au détriment du dispositif légal. Dans cette situation conduisant à un conflit entre portabilité légale et conventionnelle, le principe de faveur doit jouer. Autrement dit, seule la disposition la plus favorable au salarié doit lui être appliquée, la norme moins favorable étant réputée non écrite et écartée³⁸⁹.

305. Mais encore faut-il procéder à la comparaison entre les deux normes en concours. Si une telle opération ne soulève guère de difficultés lorsque l'avantage procuré par une norme est quantifiable, comme par exemple la durée des congés ou le montant des indemnités de rupture, il en va différemment lorsque les normes en concours sont ambivalentes. Autrement dit, lorsque, tout en étant à l'origine d'un avantage pour le salarié, la norme est également à l'origine d'un inconvénient, comme c'est le cas des dispositions relatives à la portabilité conventionnelle. En effet, si le dispositif conventionnel permet une durée de portabilité forfaitaire de deux mois sans que la durée du contrat de mission ou d'indemnisation ne puisse venir en limiter la durée, contrairement au principe posé par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, c'est au détriment de la portabilité de l'éventuel régime de frais de santé facultatif³⁹⁰. Il en est de même de la période de cinq mois supplémentaires à laquelle peut prétendre le salarié temporaire au titre de l'accord collectif. Dans une telle situation, il appartiendra aux juges de comparer objectivement la disposition légale et la norme conventionnelle. Pour ce faire, ces derniers

³⁸⁹ Cass. ass. plén., 6 juill. 1990, n° 89-60.581 et 89-61.436.

³⁹⁰ Et du reste de la prévoyance, pour le cas où le dispositif issu de l'accord précité du 16 novembre 2018 ne s'appliquerait pas.

doivent procéder à une comparaison analytique³⁹¹, autrement dit, avantage par avantage, à l'égard du salarié pris individuellement³⁹².

306. Le dispositif conventionnel n'est, cependant, pas ouvert à l'ensemble des salariés intérimaires. Ceux qui ne remplissent pas la condition de durée minimale d'emploi en sont exclus. L'accord du 14 décembre 2015³⁹³ met en œuvre à leur égard un dispositif alternatif, le versement santé.

2. Le versement santé

307. L'article 2.1 de l'accord du 14 décembre 2015 dispose que les salariés intérimaires qui ne remplissent pas les conditions d'ancienneté prévues par l'accord et qui bénéficient d'un contrat d'assurance complémentaire santé dit « *responsable* »³⁹⁴, peuvent solliciter l'octroi d'un « *versement santé* » venant compenser l'absence de couverture obligatoire mais également de portabilité. Si l'article 2.1 vise uniquement les salariés intérimaires ne remplissant pas les conditions d'ancienneté prévues par l'accord et semble ainsi écarter les salariés pouvant solliciter une dispense d'adhésion au régime obligatoire, il en va différemment de l'article L. 911-7-1 du Code de la sécurité sociale, qui prévoit expressément la possibilité pour « *les salariés ayant fait valoir la faculté de dispense prévue au deuxième alinéa du III de l'article L. 911-7* » de bénéficier du « *versement santé* ». Il est donc tout à fait possible pour les salariés intérimaires dispensés de l'adhésion obligatoire de solliciter le « *versement santé* » auprès de leur entreprise de travail temporaire.

308. Le montant du versement santé est déterminé par l'article D. 911-8 du Code de la sécurité sociale. Il est calculé mensuellement sur la base d'un montant de référence correspondant à la contribution mensuelle de l'employeur au financement de la couverture collective et obligatoire pour la catégorie à laquelle appartient le salarié et pour la période concernée, compte tenu, le cas échéant, de la rémunération du salarié. Pour ceux qui ne bénéficient pas d'un contrat de travail à temps plein, le montant de la contribution patronale est

³⁹¹ Cass. soc., 25 nov. 1992, n°90-43.112 : *Bull.* 1992. V. n° 573, p. 361.

³⁹² Cass. soc., 19 juin 1996, n°95-40.213.

³⁹³ Accord du 14 déc. 2015, préc.

³⁹⁴ CSS, art., L. 911-7-1.

proratisé et le « *calcul est donc individualisé, salarié par salarié* »³⁹⁵. Autrement dit, le montant de référence auquel s'applique le coefficient fixé par l'article est calculé de la façon suivante³⁹⁶ :

309. *Montant de référence = (Montant de la contribution x nombre d'heures mensuelles) /151,67*

310. Lorsque le montant de la contribution de l'employeur ne peut pas être déterminé, le montant de référence est fixé à 15€ auquel il convient d'appliquer, le cas échéant, la *proratisation*.

311. L'article D. 911-8 du Code de la sécurité sociale précise qu'il convient d'appliquer au montant de référence un coefficient fixé à 105% pour les salariés en contrat à durée indéterminée et à 125% pour ceux en contrat à durée déterminée ou en contrat de mission. Or, d'après la Direction de la sécurité sociale³⁹⁷, ce coefficient correspond au dispositif de portabilité prévu à l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale. Aussi, si le « *versement santé* » est destiné à compenser l'absence d'éligibilité de ces travailleurs temporaires au dispositif de l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale, la majoration, *via* le coefficient fixé à l'article D. 911-8, est, quant à elle, bien destinée à compenser leur absence d'éligibilité³⁹⁸ au dispositif de la portabilité.

II. Les modalités d'exercice du droit à portabilité

312. L'intérêt de la portabilité repose sur l'étendue des garanties portées (A). Néanmoins, l'efficacité du dispositif serait considérablement réduite en l'absence de connaissance du mécanisme par l'ancien salarié. Aussi, afin d'éviter une telle situation, le législateur a imposé à l'employeur une obligation d'information (B).

³⁹⁵ Aumeran X., « Le versement santé », *JCP S* 2017, 1066

³⁹⁶ Direction de la sécurité sociale, Présentation de l'article 34 de la LFSS pour 2016 et de son décret d'application, p. 2.

³⁹⁷ Direction de la sécurité sociale, Questions/réponses relatif aux contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de santé, 29 déc. 2015, QR. n°10.

³⁹⁸ V. *supra*. n°288 et s.

A. Les garanties portées

313. Le contour des garanties sauvegardées (1), contraste avec la durée limitée de leur maintien (2).

1. Le contour des garanties

314. L'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale détermine avec précision la nature et le niveau des garanties portées (a) ainsi que le financement de la portabilité (b).

a) Nature et niveau

315. A la différence du dispositif de l'article 4 de la loi Évin du 31 décembre 1989³⁹⁹, la portabilité instituée par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale ne s'applique pas seulement à la couverture « frais de santé », mais à l'intégralité des garanties prévoyance en vigueur dans l'entreprise (décès, incapacité, invalidité, ...). Il en résulte que les salariés restent couverts par le contrat collectif de l'entreprise.

316. D'ailleurs, l'article 2 de la loi Evin, relatif à la non-sélection des risques⁴⁰⁰, qui vise les opérations collectives à adhésion obligatoire a été étendu à la portabilité par la loi du 14 juin 2013. Ainsi, l'obligation de prendre en charge les suites des états pathologiques antérieurs à la souscription du contrat, qui s'imposait à l'organisme délivrant la garantie collective, s'impose désormais également à l'organisme qui octroie la portabilité. Même si une telle obligation pouvait paraître évidente dans la mesure où le salarié demeure fictivement dans l'effectif de l'entreprise et qu'aucun nouveau contrat ne doit être souscrit, son inscription dans la loi permet d'éviter tout litige⁴⁰¹ en la matière.

317. Toutefois, le Code de la sécurité sociale institue un plafonnement des prestations portées : le salarié ne peut percevoir des indemnités d'un montant supérieur à celui des

³⁹⁹ L. n° 89-1009, 31 déc. 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, préc.

⁴⁰⁰ V. *supra*. n°98 et s.

⁴⁰¹ Briens G., « La nouvelle portabilité des garanties de protection sociale complémentaire », *Dr. soc.* 2013, p. 895.

allocations chômage qu'il aurait perçues au titre de la même période⁴⁰². Sont visées ici les indemnités dues en cas d'incapacité temporaire de travail (garantie de ressources) ou en cas d'invalidité. L'objectif de ce plafonnement est de déjouer l'effet d'aubaine qui pourrait être recherché par un chômeur qui se ferait prescrire un arrêt de travail afin de percevoir des indemnités journalières d'un montant supérieur à celui de l'allocation d'assurance chômage⁴⁰³.

318. Le maintien des garanties au-delà de la rupture du contrat de travail a un coût. L'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale en organise le financement.

b) Financement

319. L'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 prévoyait que le financement de la portabilité pouvait être effectué soit conjointement par l'employeur et le salarié selon les « *mêmes proportions* » qu'antérieurement, soit via un « *système de mutualisation défini par accord collectif* ».

320. La première solution consistait à conserver le mode de financement en vigueur dans l'entreprise et conduisait au paiement par le chômeur – par nature précarisé – de la quote-part dont il était redevable au cours de la relation de travail. Afin d'en faciliter le recouvrement, la faculté était laissée aux employeurs d'appeler l'ensemble des cotisations dues lors de l'indemnisation par le chômage et de les déduire du solde de tout compte avec une éventuelle répétition de l'indu en cas de reprise d'activité avant la fin de la période de portabilité. L'avenant de 2009⁴⁰⁴ a entendu revenir sur cette pratique et a prévu que le financement devrait désormais s'effectuer dans les « *conditions applicables aux salariés de l'entreprise* », c'est-à-dire qu'il ne devrait pas être figé lors de la rupture du contrat de travail mais évoluer dans les mêmes conditions que pour les salariés présents dans l'entreprise⁴⁰⁵. Cela revenait en quelque sorte à maintenir fictivement les bénéficiaires de la portabilité dans l'effectif de l'entreprise du point de vue de la prévoyance.

⁴⁰² CSS, art. L. 911-8, 4°.

⁴⁰³ V. *infra*. n°468 et s.

⁴⁰⁴ Avenant n°3 du 18 mai 2009 à l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, préc.

⁴⁰⁵ C'est sans doute la raison pour laquelle les partenaires sociaux ont prévu une faculté de renonciation du salarié.

321. Bien qu'il ait été prévu que le non-paiement des cotisations par l'ancien salarié libérerait l'employeur de ses obligations et entraînerait la perte des garanties jusqu'au terme de la période de la portabilité, ce mode de financement a été à l'origine de difficultés de recouvrement⁴⁰⁶. Aussi, les partenaires sociaux ont saisi l'opportunité de la négociation de l'ANI du 11 janvier 2013⁴⁰⁷ pour généraliser la seconde solution, à savoir la mutualisation du financement de la portabilité. Cette solution, plus innovante, consistait à octroyer gratuitement des droits à la personne inactive et à provisionner les cotisations dues, pendant la période de chômage, à partir de celles versées par les actifs, qui supportaient ainsi l'augmentation de la cotisation afférente à ce dispositif.

322. Ce mécanisme a été entériné par l'article L. 911-8 qui dispose que les salariés conservent le bénéfice de l'ensemble de leurs garanties « *à titre gratuit en cas de cessation du contrat de travail* ». S'il semble⁴⁰⁸, certes, avantageux pour le salarié, ce dispositif est néanmoins limité dans le temps.

2. La durée du maintien des garanties

323. À la différence du dispositif de l'article 4 de la loi Évin, la portabilité n'est accordée que pour une durée limitée. Prévue dès l'origine par l'ANI du 11 janvier 2008, cette limitation dans le temps a évolué, au gré des accords successifs, de trois à neuf puis douze mois⁴⁰⁹, durée actuellement retenue par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale⁴¹⁰. Il s'agit, cependant, d'une durée maximale, la durée réelle pouvant être inférieure. Le texte précise en effet que le maintien des garanties est applicable à compter de la date de cessation du contrat de travail, c'est-à-dire de la date d'expiration du préavis, et pendant une durée égale à la période d'indemnisation du chômage, dans la limite de la durée du dernier contrat de travail ou, le cas échéant, des derniers contrats de travail lorsqu'ils sont consécutifs chez le même employeur.

⁴⁰⁶ V. *infra*. n°632 et s.

⁴⁰⁷ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 *pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés*, préc.

⁴⁰⁸ V. *infra*. n°388 et s.

⁴⁰⁹ V. *supra*. n°202.

⁴¹⁰ Cette durée est appréciée en mois, le cas échéant arrondie au nombre supérieur.

324. L'article L. 911-8 est plus restrictif sur ce point que l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 qui retenait la date à laquelle l'intéressé « *reprend un autre emploi et acquiert de nouveaux droits* »⁴¹¹ à prévoyance chez le nouvel employeur⁴¹², ce qui semblait autoriser une poursuite de la portabilité pendant la durée maximale prévue dès lors que l'emploi retrouvé ne permettait pas l'acquisition de nouveaux droits. Cette interprétation peut se prévaloir de l'utilisation de la conjonction « *et* » plutôt que « *ou* » pour relier les deux éléments de la formule conventionnelle, ce qui implique que leur réalisation doit être concomitante et non alternative. Désormais donc, la portabilité prend fin dès lors que l'ancien salarié cesse d'être pris en charge par l'assurance chômage, nonobstant le fait qu'il ait retrouvé un emploi ne lui permettant pas de bénéficier d'une prévoyance. Or, si la question ne présente plus d'intérêt en ce qui concerne la garantie frais de santé depuis la généralisation de la complémentaire santé qui implique nécessairement l'acquisition de nouveaux droits lors de la reprise d'un nouvel emploi, elle en conserve pour la prévoyance dite lourde si celle-ci n'est pas assurée dans la nouvelle entreprise. Dans ce cas, la poursuite de la portabilité au-delà de la fin du versement de l'allocation chômage serait justifiée.

325. La résiliation du contrat d'assurance met également un terme à la portabilité. Dans ce cas, la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 étend le bénéfice de l'article 5 de la loi Évin à cette hypothèse. Applicable dans les régimes collectifs à adhésion obligatoire, ce texte dispose que « *le contrat ou la convention doit prévoir le délai de préavis applicable à sa résiliation ou à son non-renouvellement ainsi que les modalités et les conditions tarifaires selon lesquelles l'organisme peut maintenir la couverture, [...] au profit des salariés concernés, sous réserve qu'ils en fassent la demande avant la fin du délai de préavis* ». Il en résulte que l'assureur doit proposer aux salariés concernés le maintien, à titre individuel, de leur couverture⁴¹³. À défaut, l'adhérent, dans l'impossibilité de souscrire un nouveau contrat et victime d'un risque entrant dans le champ du maintien des garanties susceptibles d'être octroyées, pourrait solliciter des dommages et intérêts équivalents à l'indemnité à laquelle il aurait pu prétendre s'il avait pu signer un nouveau contrat d'assurance⁴¹⁴.

⁴¹¹ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 préc.

⁴¹² Béal S. et Hallopeau M., « La portabilité des couvertures complémentaires santé et prévoyance », *SSL*, 2009, n°1409, p. 3.

⁴¹³ L'article 5 institue une véritable obligation malgré l'emploi du terme « peut » et l'interprétation qu'en retiennent les assureurs qui, par conséquent, s'abstiennent d'appliquer cette disposition.

⁴¹⁴ Sargos P., « Le droit au maintien des prestations et de garanties dans l'assurance de prévoyance collective », *JCP G* 2001, I, 363.

326. Une responsabilité du même ordre guette l'employeur négligent qui ne satisferait pas à son obligation d'information.

B. L'obligation d'information

327. La portabilité rend l'employeur débiteur d'une nouvelle obligation d'information dont l'étendue (1) et la sanction doivent être précisées (2).

1. L'étendue de l'obligation

328. L'ANI du 11 janvier 2013⁴¹⁵ prévoyait que les informations relatives à la portabilité s'inscrivaient dans l'obligation d'information à la charge de l'employeur lors de l'adhésion d'un salarié au contrat de groupe. La notice d'information devait mentionner l'ensemble des conditions d'application de la portabilité⁴¹⁶. Cette obligation a disparu dans la loi du 14 juin 2013 qui dispose seulement que l'employeur doit signaler la portabilité dans le certificat de travail et informer « *l'organisme assureur de la cessation du contrat de travail* ». Il ne faut pas en déduire pour autant que cette nouvelle obligation de signalement dispense de détailler dans la notice d'information le mécanisme de fonctionnement de la portabilité. Il est au contraire fortement conseillé de l'y faire figurer.

329. Quant au certificat de travail, l'article L. 911-8 ne précise pas les mentions qu'il doit comporter. Il apparaît nécessaire d'y faire figurer la « *base textuelle, les garanties concernées, la gratuité du dispositif, les conditions du maintien, sa durée, l'interlocuteur auprès duquel le salarié devra justifier de sa situation et il est conseillé de procéder à un renvoi à la notice d'information en principe actualisée par l'organisme en charge des garanties* »⁴¹⁷.

330. La sévérité de la jurisprudence qui fait reposer sur l'employeur une obligation d'information et de conseil lors de la souscription et l'exécution d'une assurance de groupe doit, en effet, inciter à la prudence. Il est donc opportun pour l'employeur de préciser l'ensemble

⁴¹⁵ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 préc.

⁴¹⁶ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 préc.

⁴¹⁷ Bach P.-O. et Brivois D. « Rupture du contrat de travail – Le certificat de travail », *JCP S* 2014, 1361.

de ces informations dans le certificat de travail et de veiller à ce qu'elles soient décrites dans la notice d'information afin de se prémunir de tout contentieux pour défaut d'information.

2. La sanction du défaut d'information

331. Le défaut d'information est susceptible d'engager la responsabilité de l'employeur. Se pose, alors, la question de l'étendue de la réparation à laquelle peut prétendre le salarié privé d'information sur la portabilité. La jurisprudence adopte une position claire à cet égard. Elle n'indemnise que la seule perte d'une chance. Ainsi, la Cour d'appel de Bordeaux⁴¹⁸ a condamné à dommages et intérêts un employeur qui n'avait pas procédé à l'information relative à la portabilité dans le certificat de travail, mais six mois plus tard, et a par ailleurs admis la possibilité d'une indemnisation supplémentaire⁴¹⁹ en cas de perte d'une chance de bénéficier de la portabilité des droits, sous réserve que l'ancien salarié en rapporte la preuve⁴²⁰, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

332. Confirmation avec cet arrêt de la Cour d'appel de Metz du 20 décembre 2017⁴²¹ qui témoigne de l'impossibilité pour l'ancien salarié d'obtenir une réparation intégrale du préjudice subi en raison de l'absence d'information par l'employeur relative au dispositif de la portabilité. L'affaire concernait un salarié qui sollicitait, en l'absence de sinistre survenu au cours de la période de portabilité, des dommages et intérêts correspondant au « *coût de la souscription d'une nouvelle couverture santé et prévoyance* » pour un montant de 1394.76€. La cour rejette la demande et décide que, si le salarié a subi du fait du « *manquement à l'obligation d'information par l'employeur [...] un préjudice consistant dans la chance perdue de bénéficier du maintien de ses droits pendant une durée maximale de 12 mois* », il « *ne peut à ce titre réclamer le coût de la souscription d'une nouvelle couverture santé et prévoyance* ». En conséquence, elle fixe le montant des dommages et intérêts à la « *somme de 500€* ». Il résulte de cette décision qu'il apparaît impossible pour l'ancien salarié de prétendre à une autre réparation que celle de la perte de chance malgré l'obligation faite à l'employeur par l'article

⁴¹⁸ CA. Bordeaux, 22 mai 2012, n°11-05/856.

⁴¹⁹ Taquet F., note sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017 : *Rev. proc. coll.* 2018, 40.

⁴²⁰ CA. Dijon, 24 nov. 2016, n°15/00269 ; CA. Rennes, 6 avr. 2018, n°16/02147.

⁴²¹ CA. Metz, 20 déc. 2017, n°17/00899.

L. 911-8 du Code de la sécurité sociale de permettre le maintien de l'ancien salarié dans la communauté des assurés et de lui assurer la portabilité de ses droits à prévoyance.

333. Se pose, encore une fois, la question de l'évaluation de la perte de chance. Et, cela d'autant que la fourchette des dommages et intérêts accordés par les cours d'appel, qui s'étend de 200€⁴²² à 2000€⁴²³, voire à 3000€⁴²⁴, ne semble pas correspondre à une évaluation précise du préjudice.

334. On rappellera que la notion de perte de chance se situe « *entre un préjudice certain (réparable) et un dommage éventuel (qui n'est pas un préjudice)* »⁴²⁵. Résultant de la disparition d'un élément favorable probable⁴²⁶, elle est généralement invoquée lors d'un manquement à une obligation d'information précontractuelle, notamment dans le domaine de l'assurance de personne. Ainsi, elle a pu être reconnue à plusieurs reprises en cas de non-respect par l'employeur de son obligation d'information prévue par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale⁴²⁷. Dans la majorité des hypothèses, le salarié n'est pas victime d'un sinistre indemnisable, mais le défaut d'information l'empêche de connaître l'étendue de ses droits et donc de bénéficier des garanties prévues par le dispositif. La Cour de cassation considère, en matière de perte de chance, que la réparation « *doit être mesurée à la chance perdue* » sans pour autant « *être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée* »⁴²⁸. On constate immédiatement le défaut de ce type d'indemnisation qui ne permet pas à l'ancien salarié, n'ayant pas bénéficié de l'information sur sa possibilité de bénéficier du dispositif de portabilité, d'obtenir la réparation du sinistre subi à hauteur des garanties dont il aurait pu bénéficier. De plus, conformément à la fin du « *principe d'automaticité du préjudice* »⁴²⁹, le salarié est tenu de « *justifier* » du préjudice subi du fait de ce défaut d'information et d'en « *évaluer le montant [...]* »⁴³⁰, Ce qui lui impose d'établir le plus précisément possible l'étendue de la perte de chance de bénéficier de la portabilité.

⁴²² CA. Aix-en-Provence, 28 mars 2014, n°12/16940.

⁴²³ CA. Grenoble, 20 fév. 2014. n°15/00269.

⁴²⁴ CA. Aix-en-Provence, 4. Juill. 2014, n°13/12905.

⁴²⁵ Anfray O., note sous Cass. soc. 10 nov. 2016, n°15-10.936 : *JCP S* 2017, 1072.

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ CA. Rennes, 28 mars 2018, n°15/08100.

⁴²⁸ Cass. soc., 4 nov. 2016, n°15-24.148 : *RGDA* 2016, n°12, p. 619, note Mayaux L.

⁴²⁹ CA. Douai, 26 janv. 2018, n°15/04777.

⁴³⁰ CA. Douai, 26 janv. 2018, n°15/04777.

335. Si l'indemnisation demeure relativement faible en l'absence de sinistre au cours de la période de portabilité potentielle, elle peut néanmoins être beaucoup plus importante dans l'hypothèse de la survenance d'un sinistre qui aurait pu être garanti si la portabilité avait été mise en œuvre. En effet, bien qu'inférieur à la somme à laquelle l'ancien salarié aurait pu prétendre au titre de la garantie, normalement portée et dont il n'a pu bénéficier, le montant de l'indemnisation peut néanmoins être très élevé, tout particulièrement en cas de survenance d'un risque lourd.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

336. L'analyse du régime juridique de la portabilité, tel qu'il résulte de la loi du 14 juin 2013, laisse une impression contrastée. Le mécanisme mis en place contribue fortement à améliorer la situation des salariés privés d'emploi, qui peuvent conserver le bénéfice de la couverture prévoyance dont ils disposaient avant la rupture de leur contrat de travail. Concernant l'ensemble des garanties de prévoyance et non la seule couverture des frais de santé, ouvert aux ayants droit, il présente indéniablement de nombreux avantages comparé au dispositif de maintien des droits issu de l'article 4 de la loi Évin. Le bénéficiaire étant considéré, le temps de la portabilité, comme faisant partie du groupe des actifs assurés, il n'a que des formalités réduites à accomplir, et n'a donc pas à conclure un nouveau contrat individuel. Enfin, la portabilité est entièrement gratuite pour son bénéficiaire – son financement étant supporté par l'employeur et les actifs de l'entreprise –, alors que, dans le cadre de l'article 4, le financement du maintien de la complémentaire santé s'avère très onéreux pour l'ancien salarié.

337. Néanmoins, la portabilité reste un dispositif provisoire qui ne couvre pas nécessairement la période de chômage et dont le cercle des bénéficiaires est plus réduit que celui de l'article 4. La portabilité ne concerne, en effet, que les anciens salariés pris en charge par l'assurance chômage et, encore, est-ce à la condition que la cessation de leur contrat de travail ne soit pas consécutive à une faute lourde, exclusion qui est de nature à susciter des actions en requalification, source de difficultés. Quant aux ayants droit, s'ils sont reconnus comme bénéficiaires à part entière, ils peuvent, en raison d'une transposition législative maladroite, se retrouver exclus du dispositif.

CONCLUSION DU TITRE 2

338. Œuvre commune des partenaires sociaux et du législateur, la portabilité a été créée par l'ANI du 11 janvier 2008 puis consacrée et généralisée, sous la dénomination de « maintien des garanties » ou de la « couverture » de prévoyance, par la loi du 14 juin 2013. Inspirée par les débats menés, au début des années 2000, au sein de l'Union européenne sur la question de la protection des droits des salariés mobiles en matière de protection sociale complémentaire, la portabilité vise à rendre neutre, du point de vue de la couverture sociale, les périodes de transition entre deux emplois. En déconnectant les droits à la prévoyance du contrat de travail et en les rattachant à la personne du salarié, elle permet leur maintien par-delà la discontinuité des situations professionnelles. La portabilité participe ainsi à la construction d'un droit des transitions professionnelles et s'inscrit plus largement dans l'objectif de sécurisation des parcours professionnels.

339. Et c'est un véritable droit à la portabilité qui est affirmé, aujourd'hui, par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale issu de la loi précitée du 14 juin 2013. Un droit dont la gratuité est un gage de l'effectivité dans la mesure où, sans parler de sa complexité, un financement de la portabilité reposant en partie sur l'ancien salarié serait de nature à l'inciter à y renoncer, surtout à un moment où ses revenus diminuent.

340. Sans doute, le régime juridique de la portabilité souffre-t-il encore d'imperfections, telle la limitation dans le temps du maintien de la couverture, dont il résulte que le chômeur ne pourra en bénéficier que pour une durée égale à la durée de son indemnisation par l'assurance chômage, et encore dans la limite de la durée de son dernier contrat de travail sans pouvoir excéder douze mois. Il reste que si des améliorations peuvent lui être apportées pour lui assurer une effectivité maximale⁴³¹, la portabilité constitue d'ores et déjà une véritable avancée sociale y compris par rapport au dispositif prévu par l'article 4 de la loi Évin.

⁴³¹ V. Partie 2.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

341. Une des caractéristiques de la fin du XX^e siècle aura été la disparition progressive de l'emploi à vie depuis la fin des années 70. À l'origine de la montée du chômage et de l'apparition de formes particulières d'emploi qui remettent en cause la norme du contrat de travail à temps plein et à durée indéterminée avec un unique employeur, ce phénomène a eu des conséquences sur le statut professionnel des salariés, notamment sur leurs droits en matière de protection sociale. Ainsi, la prévoyance d'entreprise étant liée à l'emploi salarié et attachée au contrat de travail, les interruptions de carrière – changement ou perte d'emploi – sont de nature à en faire perdre le bénéfice au salarié et à accentuer sa précarité. Cet état de fait a conduit le législateur français à réfléchir au développement de mécanismes de sauvegarde destinés à atténuer l'impact de la rupture de la relation de travail sur la prévoyance salariale et à prolonger la durée des garanties.

342. La loi Évin du 31 décembre 1989 a constitué la première étape de ce développement visant à éviter au salarié de perdre sa prévoyance en même temps que son contrat de travail. Son article 4 organise, au profit des anciens salariés bénéficiaires d'une rente d'incapacité ou d'invalidité, d'une pension de retraite ou d'allocations d'assurance chômage, le maintien de la couverture « *frais de santé* » applicable dans l'entreprise. Sans condition de durée, ce maintien est, toutefois, subordonné à la souscription, par l'ancien salarié, d'un contrat individuel dont le tarif, plafonné au cours des trois premiers mois, peut néanmoins s'avérer très élevé.

343. Une dynamique de sauvegarde des droits s'est alors enclenchée et a été prolongée par la jurisprudence qui a étendu, à la rupture du contrat de travail, le principe applicable en cas de résiliation du contrat d'assurance du maintien du versement des prestations immédiates ou différées nées ou acquises au cours de l'exécution du contrat.

344. Mais ces deux ensembles de règles ne répondaient qu'imparfaitement aux besoins des salariés ayant perdu leur emploi, le premier parce qu'il est limité à la fois quant à

la nature de la garantie maintenue et aux conditions de ce maintien, et le second parce qu'il ne concerne que les seules prestations⁴³².

345. Les partenaires sociaux ont saisi l'occasion de la négociation de l'ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail pour poursuivre le mouvement et proposer, dans une optique de gestion des mobilités et des transitions, une amélioration de la protection sociale des salariés venant de perdre leur emploi. Inspirés par les objectifs européens de flexicurité, ils ont développé un mécanisme de portabilité de la prévoyance salariale dont l'objet est de permettre aux anciens salariés pris en charge par l'assurance chômage de continuer à bénéficier de l'ensemble des garanties de prévoyance applicables dans leur ancienne entreprise. Davantage adapté aux situations de transition entre deux périodes d'emploi, ce dispositif s'inscrit parfaitement dans l'objectif de sécurisation des parcours professionnels. Repris par le législateur, il figure désormais à l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale.

346. Au final, il ressort de l'analyse du développement des dispositifs de sauvegarde des droits que, pour reprendre l'expression du Professeur Patrick Morvan, « *un faisceau de règles complexes converge, à cet endroit, dans le but d'offrir une meilleure couverture prévoyance (...) aux anciens salariés (particulièrement vulnérables puisque souvent au chômage)* »⁴³³. On relève également que le mécanisme de la portabilité et celui issu de l'article 4 de la loi Évin, bien que reposant sur des logiques différentes⁴³⁴, poursuivent le même objectif de proroger les garanties applicables dans l'entreprise et sont complémentaires, et que cela a conduit le législateur à organiser leur articulation. Témoigne d'ailleurs de cette complémentarité le fait que l'article L. 911-8 ne parle pas de portabilité, mais de « *maintien des garanties* » ou de la « *couverture* » et que certains auteurs utilisent le terme de « *portabilité* » pour qualifier le mécanisme de l'article 4⁴³⁵.

⁴³² Sans parler des difficultés d'interprétation qu'ils ont pu soulever, par exemple, sur les contours de la garantie maintenue (V. *infra*. n°434) ou sur la notion de prestation différée (V. *supra*. n°139)

⁴³³ Morvan P., *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2019, n° 1069, p. 1004.

⁴³⁴ Le maintien des droits à la garantie de l'article 4 suppose l'affiliation à un nouveau contrat individuel ce qui place l'ancien salarié en dehors du groupe assuré, alors que le bénéficiaire de la portabilité continue à faire temporairement partie de la collectivité de travail.

⁴³⁵ Briens G., « La nouvelle portabilité des garanties de protection sociale complémentaire », *Dr. soc.* 2013, p. 895. ; Serizay B., « La question de la portabilité des droits à prévoyance, une formule d'avenir ? », *Gaz. Pal.* n° 247, p. 32.

347. Toutefois, si ces deux dispositifs ont vocation à se conjuguer pour assurer une meilleure effectivité à la sauvegarde des droits à la prévoyance salariale en cas de rupture du contrat de travail, leur mise en œuvre se heurte à des difficultés pratiques qui n'avaient pas nécessairement été envisagées par les partenaires sociaux ou par le législateur et qui constituent autant de freins à leur efficacité.

DEUXIÈME PARTIE - LA PERSISTANCE DE FREINS A LA SAUVEGARDE DES DROITS

348. Destinés à sécuriser la situation des salariés ayant perdu leur emploi et à leur offrir une continuité du régime de prévoyance complémentaire en vigueur dans leur ancienne entreprise, les différents dispositifs de sauvegarde des droits se heurtent, en pratique, à de nombreuses difficultés. C'est que certains facteurs en freinent le développement et ne leur permettent pas d'atteindre le résultat recherché avec toute l'efficacité requise.

349. Cette affirmation doit sans doute être quelque peu relativisée dans la mesure où tous les dispositifs de sauvegarde ne sont pas affectés par ces freins. Ainsi en est-il de la règle du maintien des prestations en cours de service, qui ne soulève guère de difficultés à cet égard, hormis celles, déjà analysées dans la première partie et désormais nettement aplanies, relatives notamment à la détermination des contours de la notion de prestation différée.

350. Mais il reste que le droit au maintien des prestations, s'il constitue une avancée importante, n'offre cependant pas aux anciens salariés une protection aussi étendue que le maintien ou la portabilité des garanties. Or, ce sont ces deux dispositifs, indispensables pour que la protection sociale complémentaire d'entreprise soit une véritable protection sociale, qui voient leur efficacité fort malencontreusement entravée par divers obstacles.

351. Les freins au développement de ces dispositifs sont de deux ordres. Ils tiennent, d'abord, à leurs lacunes internes. Le constat est quasi général sur ce point. L'article 4 de la loi Évin relatif au maintien de la garantie frais de santé comme l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale relatif à la portabilité de la prévoyance souffrent de « *malfaçons* ». Ces dispositions manquent, en effet, de précision et soulèvent des difficultés d'interprétation qui n'en rendent pas l'application aisée (Titre 1).

352. Ces freins tiennent, ensuite, aux difficultés pratiques rencontrées sur le « *terrain* » et qui n'avaient pas été envisagées ou résolues par le législateur (Titre 2).

Titre 1 – Les freins inhérents aux lacunes des dispositifs de sauvegarde des droits

Titre 2 – Les freins inhérents aux difficultés de mise en œuvre de la sauvegarde des droits

TITRE 1 – LES FREINS INHÉRENTS AUX LACUNES DES DISPOSITIFS DE SAUVEGARDE DES DROITS

353. Les deux dispositifs de maintien et de portabilité des garanties comportent, dans leur conception même, des lacunes qui constituent autant de freins à leur efficacité. Ces lacunes sont de deux ordres. Elles tiennent, d'une part, à leurs conditions de financement qui sont non seulement complexes, mais peuvent aussi s'avérer très coûteuses soit pour l'ancien salarié lui-même soit pour la collectivité de travail (Chapitre 1). Elles tiennent, d'autre part, aux limites qui affectent l'étendue des droits sauvegardés (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Un financement complexe et coûteux

Chapitre 2 – La limitation des droits sauvegardés

CHAPITRE 1 – UN FINANCEMENT COMPLEXE ET COÛTEUX

354. Le financement du maintien de la garantie frais de santé institué par l'article 4 de la loi Évin est intégralement à la charge du salarié. D'un coût excessif, il rend le dispositif peu attractif (Section 1). Gratuite pour son bénéficiaire, la portabilité ne soulève pas les mêmes difficultés. Mais la gratuité a un coût, et son financement – par sa complexité et les frais qu'il engendre – est susceptible de produire des effets négatifs sur la protection des droits des salariés (Section 2).

Section 1 – Le coût excessif du maintien de la garantie frais de santé

Section 2 – La fausse gratuité de la portabilité

Section 1 - Le coût excessif du maintien de la garantie frais de santé

355. Les modalités de financement du maintien de la garantie frais de santé entraînent une majoration importante et insuffisamment encadrée de la prime d'assurance due par les bénéficiaires (I). Il en résulte un « *effet prix* » négatif (II) qui conduit le public visé par le dispositif à y renoncer.

I. Une majoration insuffisamment encadrée de la prime d'assurance

356. Afin de pallier le coût excessif induit par la majoration de la prime d'assurance liée à la fin de la participation de l'employeur à la garantie frais de santé lors du départ du salarié, le législateur a décidé d'encadrer la liberté de l'assureur dans la fixation du montant de la cotisation. Ce plafonnement est toutefois peu efficace car, en plus d'être limité dans le temps (A), il s'appuie sur la notion incertaine de « *tarifs globaux applicables* » (B).

A. Un plafonnement limité

357. L'article 4 de la loi Évin précise que la convention d'assurance doit prévoir, dès sa souscription par l'employeur, « *les modalités et les conditions tarifaires des nouveaux contrats ou conventions par lesquels l'organisme maintient cette couverture* ». Il appartient donc à l'employeur de négocier, en amont de la souscription du contrat d'assurance « *frais de santé* », le montant de la cotisation que l'ancien salarié devra verser à l'assureur s'il souhaite bénéficier du maintien de sa couverture. S'il revient à l'employeur de négocier et fixer ce montant, sa liberté dans la fixation des tarifs applicables est entravée par le dernier alinéa de l'article 4 qui dispose que « *les tarifs applicables aux personnes visées [...] peuvent être supérieurs aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs dans des conditions fixées par décret* ».

358. Cet encadrement tarifaire est, cependant, en partie remis en cause aujourd'hui (1), ce qui engendre, de façon indirecte, une certaine complexité et des coûts de nature à renchérir le montant de la cotisation versée par l'ancien salarié (2).

1. Une remise en cause de l'encadrement tarifaire

359. Pris sur le fondement de l'article 4, le décret du 30 août 1990⁴³⁶ disposait, dans sa version initiale, que les tarifs applicables aux bénéficiaires du maintien des droits ne pouvaient « *être supérieurs de plus de 50% aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs* ». Mais, en réalité, le prix à payer par le salarié était plus élevé, dans la mesure où – l'employeur n'étant plus tenu de participer au financement de la garantie après la rupture du contrat de travail – la majoration s'appliquait à la totalité de la cotisation, et non seulement à la part salariale. Ainsi, par exemple, pour un ancien salarié qui, lorsqu'il était en activité, versait, pour une cotisation totale de 100 euros, 40 euros complétés par 60 euros de l'employeur, le montant de la cotisation majorée pouvait atteindre 150 euros dès la première année⁴³⁷. La hausse des tarifs pouvait donc être très importante au point de réduire l'intérêt de ce dispositif pour les anciens salariés qui sont généralement, eu égard aux conditions nécessaires pour bénéficier de ce

⁴³⁶ D. n°90-769, 30 août 1990 *pris pour l'application des articles 4, 9 et 15 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, JO n°202 du 1 sept. 1990, art. 1.

⁴³⁷ Morvan P., *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2019, n°1079, p. 1010.

maintien, dans une situation de baisse de leurs revenus, ce qui accentuait d'autant plus le poids de cette majoration tarifaire⁴³⁸.

360. Afin d'accroître l'effectivité du dispositif mise à mal par l'accroissement important du coût de la couverture santé pour les personnes partant à la retraite, un décret du 21 mars 2017⁴³⁹ a institué un « *plafonnement progressif des tarifs* » pour l'ensemble des contrats souscrits à compter du 1^{er} juillet 2017. Désormais, l'évolution des tarifs applicables aux bénéficiaires du maintien de la couverture santé au titre de l'article 4 de la loi Évin fait l'objet d'un plafonnement au cours des trois premières années. Pour la première année de souscription au dispositif, le tarif ne peut pas être supérieur aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs. L'augmentation est ensuite limitée à 25% la deuxième année et à 50% la troisième année.

361. Ce nouveau dispositif permet d'abaisser le plafond du tarif applicable aux anciens salariés sollicitant le maintien de leur couverture santé, à tout le moins au cours des deux premières années qui sont désormais soumises à un plafond inférieur à celui existant sous l'empire du précédent décret. En revanche, à compter de la troisième année, l'ancien salarié se retrouve dans la situation décrite précédemment, ce qui limite la portée de la nouvelle règle.

362. Et cela d'autant plus que le décret du 21 mars 2017 ne prévoit aucun plafonnement au-delà de la troisième année, ce dont on déduit généralement que, à compter de la quatrième année, la liberté tarifaire doit prévaloir⁴⁴⁰.

363. Un certain nombre d'arguments auraient pourtant pu conduire à retenir une autre interprétation. Le déplafonnement peut, d'abord, paraître en contradiction avec les termes de l'article 4 de la loi Évin qui prévoit expressément – et sans limitation dans le temps – un encadrement réglementaire des tarifs applicables à la garantie maintenue⁴⁴¹. Un deuxième

⁴³⁸ En ce sens, seulement 12% des assurés de plus de 60 ans ayant atteint l'âge de la retraite bénéficient d'une couverture collective. DREES, *La complémentaire santé : Acteurs, bénéficiaires, garanties*, Panorama de la DREES, 2016, p. 59.

⁴³⁹ D. n° 2017-372 du 21 mars 2017 *relatif à l'application de l'article 4 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, JO n°0070 du 23 mars 2017.

⁴⁴⁰ Bertrand C. et Pascaud L., « La complémentaire santé en soins intensifs », *SSL*, 2017, n°1764, p. 7.

⁴⁴¹ V., en ce sens, Morvan, P., *op. cit.*, n°1079, p. 1012. – Institut des actuaires, *Article 4 de la Loi Évin – Décryptage du décret du 21 mars 2017*, document de travail du GT Santé, de la Commission Assurances de Personnes, 7 nov. 2018.

argument peut être tiré de la notice du décret du 21 mars 2017 qui précise que le texte organise un plafonnement progressif « *échelonné sur trois ans* », ce dont on pourrait déduire que le plafond atteint lors de la troisième année est définitif. Enfin, un dernier argument réside dans l'esprit du texte conforté par les propos de la ministre de la santé et des affaires sociales qui avait souligné que la hausse des tarifs serait « *lissée pour n'atteindre [le] plafond qu'au terme de 3 à 5 ans après la sortie de l'entreprise* »⁴⁴². Cet échelonnement était d'ailleurs également possible sous l'empire du précédent décret puisque le ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi avait affirmé⁴⁴³ que l'augmentation tarifaire pouvait « *également être lissée dans le temps* ». Tout cela pouvait faire penser que l'objectif de cette modification réglementaire consistait uniquement en une sanctuarisation du principe d'augmentation progressive des tarifs afin d'éviter l'augmentation brutale de 150% qui prévalait sous l'empire du précédent décret.

364. Cette interprétation semble cependant écartée, aujourd'hui, sur le fondement d'une lecture littérale du décret. Celui-ci ne fixant de limite que pour les trois premières années, le tarif devrait nécessairement être libre à compter de la quatrième année. D'autant plus que si le projet de décret prévoyait que, « *à compter de la troisième année* », les tarifs ne pourraient être supérieurs de plus de 50% aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs, l'expression « *à compter de* » ne figure plus dans le texte finalement adopté, ce qui indique clairement la volonté du gouvernement de limiter ce plafonnement aux trois premières années.

365. Apparaissent ainsi les limites du dispositif de l'article 4 tenant aux conditions de son financement. Si la situation s'est améliorée avec le nouveau décret et l'augmentation progressive du plafond jusqu'à la troisième année, l'intérêt du dispositif s'amenuise voire disparaît lors de la quatrième année. En effet, avec une cotisation totalement déplafonnée, les anciens salariés, qui ne présentent pas une sinistralité les empêchant de souscrire un contrat à un tarif abordable, n'auront plus d'intérêt à se maintenir dans le cadre de l'article 4⁴⁴⁴, qui apparaîtra, dès lors, comme une simple transition vers un nouveau contrat négocié soit avec un nouvel assureur soit avec l'ancien.

⁴⁴² Gouvernement, *Dossier de presse sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale*, présenté par Sapin M. et Touraine N. et Eckert C., 2016, p. 35.

⁴⁴³ Gouvernement, Rép. Min., QE n°47770, Grand J.-P., JOAN Q. 1^{er} juin 2010, p. 6086.

⁴⁴⁴ Sauf, peut-être, en ce qui concerne l'absence de sélection médicale à l'entrée dans le nouveau contrat.

366. Sans doute cette liberté tarifaire est-elle limitée par l'article 6 de la loi Évin qui régleme les modalités d'une hausse tarifaire pour les contrats individuels et s'applique aux contrats conclus dans le cadre de l'article 4. Mais il reste que, si l'article 6 constitue pour l'assureur « *la seule contrainte légale subsistante au-delà de la troisième année de vie du contrat* »⁴⁴⁵, celle-ci demeure de faible intensité. En effet, alors que, sous l'empire du précédent décret, l'augmentation des tarifs permise par l'article 6 était, en principe⁴⁴⁶, limitée par le plafond de 50% tout au long de la durée du contrat, désormais, l'absence de plafonnement à l'issue de la troisième année permet, de façon certaine, une augmentation plus importante de la cotisation.

367. L'application des nouvelles mesures de plafonnement progressif est, par ailleurs, source de difficultés qui sont susceptibles de renchérir le prix à payer par l'ancien salarié.

2. Une complexité génératrice de coûts

368. L'article 2 du décret du 21 mars 2017 dispose que les nouvelles règles « *s'appliquent aux contrats souscrits ou aux adhésions intervenues à compter du 1^{er} juillet 2017* ». Il en résulte que le nouvel encadrement tarifaire prévu par ce texte ne s'applique pas aux contrats des anciens salariés d'ores et déjà bénéficiaires du maintien de leur couverture santé, mais uniquement aux contrats signés à compter du 1^{er} juillet 2017. En l'absence de dispositions réglementaires contraires, les contrats reconduits annuellement par tacite reconduction ne donneront donc pas lieu à la création d'un nouveau contrat et ne se verront donc pas appliquer le principe du plafonnement échelonné.

369. Ceci étant, le choix du 1^{er} juillet, pour la mise en œuvre des nouvelles dispositions, soulève une première difficulté pour les assureurs en ce que nombre de contrats

⁴⁴⁵ Morvan P., *op. cit.*, n°1079, p. 1012.

⁴⁴⁶ Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, *Rapport d'activité*, 2006, p. 45-46 : Dans la mesure où l'article 6 de la loi Évin prévoit la possibilité concernant la garantie « *frais de santé* » d'effectuer une hausse du montant de la prime dès lors que la hausse est « *uniforme pour l'ensemble des assurés ou adhérents y souscrivant* », rien ne garantissait que le tarif global applicable à la relation post-contractuelle ne subisse pas d'augmentation ultérieure conduisant à un tarif dépassant le plafonnement initial de 150%. Telle était d'ailleurs l'interprétation retenue par l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution dans son rapport de 2006.

d'assurance débutent au 1^{er} janvier et se terminent au 31 décembre. Certains assureurs⁴⁴⁷ prévoient donc la possibilité, à l'avantage du bénéficiaire du maintien des droits, de proroger le terme de la première période d'encadrement tarifaire au-delà de la date anniversaire du contrat, autrement dit jusqu'au 31 décembre de l'année suivante afin de faire concorder la modification du plafond tarifaire avec l'année civile et la date de renouvellement des contrats.

370. Mais l'application de cet encadrement tarifaire uniquement aux profits des nouveaux contrats soulève une seconde difficulté. Elle implique, en effet, nécessairement de la part des assureurs, la gestion non plus d'un type de contrat particulier, mais de quatre types de contrats différents : les anciens contrats soumis au décret du 30 août 1990 ; les contrats soumis au décret du 21 mars 2017, qui se subdiviseront en deux catégories selon qu'ils se trouvent dans la première ou la deuxième année d'encadrement tarifaire, les contrats se trouvant dans la troisième année étant assimilables à ceux soumis au décret du 30 août 1990 ; Et, enfin, les contrats soumis à un tarif libre à partir de la quatrième année.

371. Il en résulte une certaine complexité, nécessairement génératrice de coût importants qui ne manqueront pas d'être répercutés sur les assurés. Cette complexité est accentuée par le fait que la majoration ne s'applique pas à l'ancien montant payé par le salarié, mais aux « *tarifs globaux applicables aux salariés actifs* ». Or, cette notion rend incertaine la détermination du montant réel de la majoration.

B. Un montant incertain

372. La détermination des « *tarifs globaux applicables aux actifs* » est source de difficultés depuis longtemps. Et la question n'est toujours pas réglée, car, malgré un renvoi à un avis du Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières en date du 12 janvier 2017⁴⁴⁸, qui suggérait que la notion de tarif global soit définie réglementairement, le décret du 21 mars 2017 n'apporte aucune précision sur ce point. Se pose donc toujours la question de savoir quels sont les tarifs à prendre en compte pour déterminer ce « *tarif global applicable* ». La notion fait débat puisque rien n'interdit à l'assureur de déterminer ce « *tarif* »,

⁴⁴⁷ V., par exemple : EEP Santé, Lettre de la Commission paritaire EEP Santé à destination des établissements adhérant aux organisations patronales signataires des accords du 18 juin 2015 et de leurs salariés, n°14, janv. 2018, p. 2.

⁴⁴⁸ Comité consultatif de la législation et de la réglementation financières, *Avis n°2017-02*, 12 janvier 2017.

en effectuant la moyenne des tarifs de l'ensemble des contrats des actifs, sans distinguer selon qu'il s'agit de contrats « *isolé* », « *adulte* », « *enfant* », *avec ou sans option, cadre ou non cadre* »⁴⁴⁹. Or, une telle moyenne est de nature à augmenter le montant du « *tarif global applicable* » au détriment du bénéficiaire du plafonnement, dans la mesure où cette méthode a pour effet de « *majorer le plafond pour les salariés dont les cotisations en période d'activité étaient inférieures au tarif moyen* »⁴⁵⁰ et, à l'inverse, de minorer le plafond des « *salariés qui payaient une cotisation plus élevée* »⁴⁵¹.

373. L'incertitude qui entoure la notion de tarif global soulève une autre difficulté. En effet, ainsi que le soulignait le Président Pierre Sargos, faute que cette notion soit définie, il est difficile « *pour les assurés de vérifier le respect [du] plafond tarifaire* »⁴⁵². Et cela d'autant plus que les « *effectifs de la population des cotisants actifs peuvent être modifiés de façon très sensible rendant impossible l'application du référentiel de comparaison* »⁴⁵³. Il en va de même en cas de résiliation du contrat des actifs qui entraînerait la suppression pure et simple du référentiel de comparaison⁴⁵⁴. Il est donc urgent que le législateur s'empare de cette difficulté afin de sécuriser le recours à l'article 4.

374. Si le décret du 21 mars 2017 permet de limiter l'augmentation tarifaire des trois premières années post-contractuelles en diminuant le plafond d'augmentation, d'une part, et en imposant le lissage de cette augmentation sur trois années, d'autre part, il ne règle absolument pas la problématique tenant à l'effectivité du dispositif et s'éloigne même de l'objectif initial du législateur. En déplaçant les majorations de tarifs à partir de la quatrième année et en ne précisant pas la notion de tarifs globaux applicables, il augmente encore les charges pesant sur l'assuré et le dissuade de recourir à l'article 4. Le financement du maintien de la garantie frais de santé apparaît donc comme un frein à l'efficacité de l'article 4. Un certain désintérêt des salariés en témoigne.

⁴⁴⁹ Delumeau M., chron. sous Cass. civ., 2^{ème}, 17 avril 2008, n°07-12.088, *JCP E* 2008, 2008.

⁴⁵⁰ Lautrette L. et Piau D., « Le maintien des obligations d'assurance en prévoyance collective », *Dr. soc.* 2007, p. 853.

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² Sargos P., « Le droit au maintien des prestations et des garanties dans l'assurance de prévoyance collective », *JCP G* 2001, I, 363

⁴⁵³ Lautrette L. et Piau D., art. préc.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

II. Un effet prix dissuasif pour les anciens salariés

375. « *L'effet prix* », qui s'entend de la modification des choix d'un agent économique à la suite de la variation du prix d'un bien ou d'un service – et qui se décompose en un « *effet revenu* » et en un « *effet substitution* » – pèse sur le comportement des anciens salariés confrontés au choix de souscrire ou non un contrat « *article 4* ».

376. Cet effet concerne essentiellement les salariés ayant quitté leur emploi pour prendre leur retraite. Ceux-ci ressentent tout particulièrement « *l'effet revenu* », c'est-à-dire la contrainte budgétaire qu'implique le passage de la vie active à la retraite et que la personne nouvellement retraitée doit prendre en compte, notamment, dans son choix d'une complémentaire santé. En effet, le retraité est contraint de « *réduire sa consommation de biens et services, et notamment sa demande d'assurance maladie complémentaire* »⁴⁵⁵. Or, la possibilité offerte par l'article 4 se heurte tant à la baisse du pouvoir d'achat des retraités, malgré le plafonnement des tarifs des trois premières années, qu'à l'absence de plafonnement à compter de la quatrième année.

377. S'ensuit un « *effet substitution* » qui se traduit, ici, par la volonté d'une majeure partie des retraités de compenser l'augmentation du prix de la complémentaire santé par une renonciation aux garanties de l'article 4 et la recherche d'« *un contrat plus bas de gamme* »⁴⁵⁶.

378. Mais ici les choses se compliquent. En effet, en raison de la guerre des prix qui fait rage sur le marché de la couverture collective, surtout depuis la généralisation de la complémentaire santé et la « *diminution corrélative du nombre de contrats individuels* »⁴⁵⁷, les assureurs ont reporté leur manque à gagner sur les cotisations de ces contrats, qui « *ne [concernent] plus qu'une population plus vulnérable* »⁴⁵⁸. En conséquence, les tarifs sont en constante augmentation⁴⁵⁹, et cette inflation risque fort de se poursuivre avec l'adoption du

⁴⁵⁵ Franc C. et Perronin M. et Pierre A., « Changer de couverture complémentaire santé à l'âge de la retraite. Un comportement plus fréquent chez les titulaires de contrats d'entreprise », *Questions d'économies de la santé*, n°126, octobre 2007, p. 3.

⁴⁵⁶ Colonna J., Renaux-Personnic V., *Le droit de la protection sociale face au vieillissement*, dans *Une nouvelle politique sociale du vieillissement : histoire et prospective d'un défi*, Viriot-Barrial D. (Dir.), PUAM, Collection Droit Social, 2016, p. 216.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 217.

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ DREES, *La complémentaire santé, acteurs, bénéficiaires, garanties*, Panorama de la DREES, éd. 2016, p. 83

« 100% santé »⁴⁶⁰ destiné à supprimer le reste à charge des assurés. Une étude⁴⁶¹ récente a ainsi estimé à 9,5%, le taux d'augmentation des cotisations des personnes de plus de 60 ans, ce qui conduirait à une dépense supplémentaire annuelle moyenne de plus de 190 euros pour un couple de retraités et pourrait les inciter à renoncer à souscrire un tel contrat.

379. Leur situation est d'autant plus problématique que tous les retraités ne peuvent pas bénéficier de la complémentaire santé solidaire⁴⁶², qui a vocation à offrir une protection complémentaire en matière de santé aux personnes dont les ressources sont trop faibles pour en supporter le coût⁴⁶³. En effet, fixé à 9032 euros par an pour une personne seule⁴⁶⁴, le plafond d'attribution de cette couverture est inférieur au montant annuel de l'allocation de solidarité aux personnes âgées, qui représente le « *minimum vieillesse* » et qui est de 10.838,40 euros⁴⁶⁵, ce qui fait qu'une majorité de retraités dispose de ressources excédant ce plafond.

380. Le risque est donc que « *l'effet prix* » n'aboutisse finalement à ce qu'un nombre important de retraités soient dépourvus de toute couverture complémentaire santé. Or, les retraités sont les plus exposés à une hausse du coût de la santé. Ainsi, alors que les dépenses de santé sont en moyenne de 1280 euros pour les individus entre 25 et 45 ans, elles s'élèvent à plus de 2000 euros pour les plus de 56 ans et à plus de 4000 euros pour les personnes de plus de 65 ans⁴⁶⁶. Il en résulte que le taux d'effort des ménages retraités, c'est-à-dire la part des dépenses de santé dans le revenu disponible, est de 5,6% en moyenne contre moins de 3% pour les ménages non retraités. Mais ce taux grimpe à plus de 10,8% pour les retraités les plus modestes. Autrement dit, les ménages retraités les moins aisés consacrent plus de 10% de leurs revenus à leurs dépenses de santé⁴⁶⁷.

381. On peut donc affirmer pour conclure sur ce point que, en dissuadant de nombreux salariés d'adhérer au maintien de la garantie frais de santé institué par l'article 4 de

⁴⁶⁰ D. n° 2019-21, 11 janv. 2019, *visant à garantir un accès sans reste à charge à certains équipements d'optique, aides auditives et soins prothétiques dentaires*, JO n°0010 du 11 janv. 2019.

⁴⁶¹ Cabinet de courtage Santiane, *Communiqué de presse*, 23 oct. 2008.

⁴⁶² DREES, préc. p. 14

⁴⁶³ Issue de la fusion de la couverture maladie universelle complémentaire (CMU-C) et de l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé (ACS) depuis le 1^{er} novembre 2019 (CSS., art. L. 861-1 et s. – L. n° 2018-1203, 22 déc. 2018, art. 52 : JO 23 déc. – D. n° 2019-621, 21 juin 2019 : JO 23juin).

⁴⁶⁴ CSS, art. D. 861-1. – A.

⁴⁶⁵ CSS, art. D. 815-1.

⁴⁶⁶ DREES, préc., p. 83 et s.

⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 85.

la loi Évin, « *l'effet prix* » constitue non seulement un frein important à l'efficacité de ce dispositif⁴⁶⁸, mais a aussi des conséquences sociales désastreuses en ce qu'il conduit de nombreux retraités à renoncer à une couverture santé⁴⁶⁹ ou à certains soins.

382. *A priori*, la portabilité ne devrait pas soulever de telles difficultés puisque le législateur a posé le principe d'un maintien à titre gratuit des garanties. Mais derrière cette gratuité affirmée, se cache en réalité un financement beaucoup plus complexe.

Section 2 - La fausse gratuité de la portabilité

383. L'ANI du 11 janvier 2008⁴⁷⁰ avait laissé le choix entre deux modes de financement alternatifs de la portabilité, soit conjointement par l'employeur et le salarié dans les mêmes conditions et proportions qu'antérieurement à la rupture du contrat de travail, soit par mutualisation, c'est-à-dire par l'ensemble des actifs. Mais le système de financement conjoint a soulevé de telles difficultés pratiques pour recouvrer les cotisations dues par l'ancien salarié postérieurement à la rupture du contrat de travail que les partenaires sociaux ont décidé, dès 2013,⁴⁷¹ dans le but d'améliorer l'effectivité de la portabilité, de « *généraliser, (...) le système de mutualisation* ».

384. Ce mode de financement apparaît, en effet, comme la solution la plus intéressante dans la mesure où il évite que des cotisations soient dues à l'employeur postérieurement à la rupture des relations de travail.

385. La loi du 14 juin 2013 n'a cependant pas repris le terme de mutualisation et lui a substitué l'expression de « *maintien à titre gratuit* » de la couverture prévoyance sans plus de précision⁴⁷², ce qui a suscité une certaine perplexité des commentateurs et des praticiens dans la mesure où – à la différence de la mutualisation – cette formule ne fait référence à aucun

⁴⁶⁸ En ce sens, Colonna J. et Renaux-Personnic, V., préc., p. 216.

⁴⁶⁹ DREES, préc., p. 14. – Pierre A. et Jusot F., *Une évaluation ex ante de la généralisation de la complémentaire santé d'entreprise sur les inégalités et les déterminants de la non-couverture*, IRDES, Document de travail, n°67, juill. 2015, p. 27.

⁴⁷⁰ Tel que modifié par l'avenant n° 3 du 18 mai 2009. V. *supra* n°319 et s.

⁴⁷¹ Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 *pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés*.

⁴⁷² V. *supra*, n°204 et s.

concept juridique et encore moins à un concept assurantiel. En effet, une assurance ne peut être gratuite dans la mesure où l'assureur a l'obligation d'effectuer des provisions techniques⁴⁷³ qui sont le miroir de la garantie qu'il octroie. Dès lors, la question s'est posée de savoir ce que recouvre exactement la référence légale au « *maintien à titre gratuit* »⁴⁷⁴. L'interprétation généralement retenue est que cette gratuité affirmée dissimule en réalité un financement mutualisé (I), qui soulève quelques difficultés et contribue à complexifier le traitement social et fiscal de la portabilité (II).

I. Un financement mutualisé

386. L'utilisation de l'expression « *à titre gratuit* » a soulevé une première difficulté d'ordre sémantique et conduit à s'interroger sur la possibilité, ou non, de maintenir le principe d'un financement mutualisé de la portabilité. Certains auteurs se sont d'ailleurs demandé s'il « *s'agit d'une gratuité au jour de la rupture du contrat de travail ou d'une absence totale de participation du salarié au financement de la portabilité pendant toute la durée de la couverture prévoyance* »⁴⁷⁵. Le rapport rédigé au nom de la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale⁴⁷⁶ apporte un éclairage sur cette notion de gratuité. Il précise que le « *maintien à titre gratuit* » constitue une reprise de la mutualisation prévue par l'ANI du 11 janvier 2008 et exclut le financement conjoint entre l'employeur et l'ancien salarié. Il faut donc comprendre que la portabilité n'est gratuite que pour l'ancien salarié, qui n'a aucune cotisation à payer une fois parti de l'entreprise, mais que son financement pèse sur les actifs.

387. Mais si financement mutualisé il y a, c'est en réalité une nouvelle forme de mutualisation et donc de solidarité entre les salariés qui a été instituée par le législateur comme par les partenaires sociaux avant lui⁴⁷⁷. On rappellera, en effet, que la notion de mutualisation repose nécessairement sur l'existence d'un groupe identifié au sein duquel est mise en œuvre

⁴⁷³ Briens G., « La nouvelle portabilité des garanties de protection sociale complémentaire », *Dr. Soc.* 2013, p. 895.

⁴⁷⁴ Bach P.-O. et Brivois D., « La portabilité des couvertures de frais de santé et de prévoyance », *JCP S* 2015, 1033.

⁴⁷⁵ Bach P.-O. et Brivois D., préc.

⁴⁷⁶ Germain J.-M., *Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2013, n°847.

⁴⁷⁷ Ginon A.-S. et Guiomard F., « Les nouvelles formes de mutualisation – Réflexion sur la portabilité des droits issue de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 », *Dr. soc.* 2009, p. 1054.

une solidarité qui se traduit par une compensation des charges et des coûts⁴⁷⁸, ce qui suppose que les droits des bénéficiaires soient fondés sur leur appartenance objective à ce groupe. Or, ici, la mutualisation instituée opère une déconnection des cotisants et des bénéficiaires, les salariés devant prendre en charge la prévoyance des anciens salariés, dont l'appartenance au groupe repose sur une fiction, si bien qu'il n'y a « *plus d'équivalence entre l'assise collective de la mutualisation et la détermination des bénéficiaires de la garantie* »⁴⁷⁹.

388. Ce constat a pu faire penser que la portabilité repose sur une illusion : croire qu'il est possible de faire reposer la couverture de risques nouveaux, qui surviennent pendant la période post contractuelle, uniquement sur des financements d'ores et déjà existants⁴⁸⁰ et destinés initialement à financer les risques se présentant au cours de la période contractuelle.

389. Il reste que la portabilité est financée par les actifs (A), et que ce mode de financement, associé à la méthode d'affiliation des bénéficiaires, est à l'origine de difficultés en cas de changement d'assureur (B).

A. Le financement par les actifs

390. Ce financement est à l'origine d'une hausse de la cotisation des actifs (1) et peut également conduire certaines entreprises à réduire le niveau des garanties proposées (2), ce qui n'est pas sans conséquence sur l'efficacité du dispositif,

1. Une hausse des cotisations

391. Le « *maintien à titre gratuit* » de la couverture prévoyance affirmée par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale a un impact direct sur les actifs, qui en supportent seuls le financement. Le coût de la portabilité, qui doit inclure les frais de gestion supplémentaires que le dispositif impose aux assureurs, est nécessairement répercuté sur le taux des cotisations payées par les actifs, ce qui en entraîne automatiquement l'augmentation.

⁴⁷⁸ Alland D. et Rials S. (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, PUF, 2003, pp. 106 et s.

⁴⁷⁹ Ginon A.-S. et Guiomard F., préc.

⁴⁸⁰ *Ibid.*

392. Mais la gratuité peut, de façon moins directe, accentuer encore cette hausse par l'effet d'aubaine qu'elle est susceptible de créer. Conjuguée au caractère temporaire de la portabilité, elle est, en effet, susceptible d'inciter les anciens salariés à une surconsommation des garanties portées⁴⁸¹. Le rapport précité⁴⁸² de la Commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale évoquait ainsi, à la différence des estimations initiales des assureurs⁴⁸³, un surcoût de 18.5% des cotisations « *à la charge des salariés et des employeurs* » du seul fait de la mise en place de la portabilité à neuf mois. Cette dernière ayant été portée à douze mois, on peut penser que le surcoût a également augmenté.

393. La gratuité de la portabilité soulève une autre difficulté. Elle pose, en effet, la question de savoir qui de l'employeur ou des salariés doit supporter la majoration des cotisations. Deux interprétations s'opposent à cet égard.

394. La première consiste à faire supporter le coût de la portabilité par l'employeur seul. Madame Muriel Delumeau⁴⁸⁴ considère, ainsi, que l'expression « *à titre gratuit* » recouvre l'obligation pour l'employeur de prendre en charge la totalité du financement de la portabilité.

395. Si tel devait être le cas, se poserait alors la question de savoir si « *l'obligation de financement de 50 % de la couverture frais de santé issue de l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale s'entend « dont » financement de la portabilité ou « hors » financement de la portabilité, auquel cas un partage des cotisations correspondant strictement à 50 % ne remplirait plus l'objectif visé* »⁴⁸⁵.

396. La seconde interprétation retient que la « *gratuité* » ne doit pas conduire « *à isoler le financement du dispositif de portabilité et le faire supporter exclusivement par la part « employeur* » »⁴⁸⁶, et que la solution doit résider dans l'augmentation de la cotisation des

⁴⁸¹ Lardy S. et Graujeman E., « Faut-il croire à la portabilité des droits ? », *RDT* 2009, p. 352.

⁴⁸² Assemblée nationale, rapp. préc.

⁴⁸³ Les estimations initiales des assureurs évoquaient une hausse de 3 à 4% des cotisations des actifs : Lardy S. et Graujeman E., préc.

⁴⁸⁴ Delumeau M., « Généralisation de la couverture santé et portabilité prévoyance : les apports de la loi relative à la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 », *SSL*, 2013, n°1601, p. 8.

⁴⁸⁵ Bach, P.-O. et Brivois, D., préc.

⁴⁸⁶ *Ibid.*

actifs⁴⁸⁷, c'est-à-dire de l'employeur et des salariés. Cette interprétation semble conforme à la volonté du législateur telle qu'exprimée par le rapporteur du projet de loi⁴⁸⁸ qui, en précisant que le surcoût est « *à la charge des salariés et des employeurs* », avait laissé entendre que la hausse des cotisations induite par la portabilité pourrait être supportée par l'employeur mais également par l'ensemble des salariés actifs.

397. La pratique révèle des comportements différenciés des entreprises. On constate, en effet, que si certains employeurs ont fait le choix de prendre intégralement en charge le coût de la portabilité « *coup par coup* »⁴⁸⁹, c'est-à-dire à chaque départ de l'entreprise y ouvrant droit, afin d'éviter un renchérissement des cotisations globales de l'entreprise, d'autres ont pu négocier des contrats pour lesquels le surcoût induit par le dispositif est partagé entre l'employeur et les salariés, voire ne repose que sur ces derniers. Ainsi, malgré la position de nombreux auteurs considérant que le financement de la portabilité ne doit pas être répercuté sur la cotisation des salariés, on observe que, en réalité, le financement repose sur les actifs au moyen d'une hausse de leurs cotisations, ce qui relativise fortement le caractère « *gratuit* » de la portabilité.

398. Nul doute que la hausse des cotisations payées par les actifs, puisse être à l'origine d'une baisse du niveau des garanties.

2. Une baisse du niveau des garanties

399. Afin d'éviter d'augmenter les cotisations payées par les actifs, les employeurs peuvent être tentés de réduire le niveau des garanties souscrites par l'entreprise. Mais, ce faisant, ils font perdre à la prévoyance collective une partie de son intérêt pour les salariés, qui peuvent être amenés – pour maintenir leur niveau de couverture – à souscrire une assurance surcomplémentaire en plus de celle dont ils disposent déjà.

⁴⁸⁷ Franciscus-Calzati L., « Portabilité des garanties et résiliation du contrat d'assurance », *SSL*, 2015, n°1662, p. 6.

⁴⁸⁸ Assemblée nationale, rapp. préc.

⁴⁸⁹ Briens G., préc.

400. Il s'agit là d'un effet pervers des modalités de financement de la portabilité qui, en faisant peser sur l'entreprise la charge de la protection sociale des anciens salariés au chômage, conduisent à réduire les couvertures dont bénéficient les actifs et, en définitive, nuisent à l'efficacité du dispositif lui-même.

401. En définitive, on peut considérer que la hausse des cotisations et/ou la réduction du niveau des garanties rapprochent la portabilité des mécanismes assurantiels de base et réduisent, de ce fait, une partie de son intérêt dans la mesure où, loin de la gratuité affirmée par le législateur, elle apparaît comme la contrepartie d'un financement préalable effectué par les actifs. En effet, quel que soit le choix opéré lors de la négociation du contrat collectif entre un financement par l'employeur ou par l'ensemble des actifs, les salariés sont contraints de payer le prix de cette gratuité soit directement par la hausse de leurs cotisations, soit indirectement par la baisse de leurs garanties.

402. À ces difficultés réduisant l'intérêt et, de fait, l'efficacité de la portabilité, s'ajoutent celles relatives aux conséquences de son mode de financement en présence d'un changement d'assureur.

B. Les difficultés de financement en cas de changement d'assureur

403. Les garanties maintenues durant la période de portabilité sont « *celles en vigueur dans l'entreprise* » sans que ne soit d'ailleurs précisée la date qu'il convient de retenir pour cela. Or, en cas de changement d'organisme assureur, de nouvelles garanties négociées postérieurement à la résiliation du contrat de travail viendront remplacer celles en vigueur tant pour les salariés actifs que pour les bénéficiaires de la portabilité. On peine à croire que ces derniers accepteront une diminution de leurs garanties alors que leurs droits ont été calculés sur la base des anciennes garanties, et cela, d'autant plus que les nouvelles garanties sont susceptibles de ne plus correspondre à leurs besoins. Cette situation obligerait alors l'ancien salarié à souscrire une nouvelle complémentaire santé adaptée à sa situation, ce qui supprimerait ainsi totalement l'intérêt de la portabilité.

404. Mais, la principale difficulté soulevée par le financement mutualisé concerne la détermination de l'organisme assureur qui devra prendre en charge la portabilité dans la mesure

où le nouvel assureur est susceptible de refuser de verser les prestations afférentes aux garanties du salarié porté. Il peut, en effet, soutenir que le préfinancement de la portabilité ayant été effectué auprès de l'assureur précédent, il n'a pas à couvrir un risque pour lequel ce dernier a perçu des cotisations. À l'inverse, le premier assureur est, quant à lui, susceptible d'invoquer la date du fait générateur qui, s'il se produit au cours de l'exécution du second contrat, impose au nouvel assureur de couvrir le risque garanti. En effet, l'article 2 de la loi Évin, relatif à la non-sélection des risques⁴⁹⁰, ayant été étendu à la portabilité, la prise en charge par le second assureur du risque garanti apparaît comme une obligation.

405. Le plus simple serait de permettre au second assureur de tarifer le coût de la portabilité, mais cette solution ne serait, en réalité, pas cohérente dans la mesure où elle conduirait nécessairement à une double tarification pour un même risque. Le changement d'organisme assureur est donc susceptible d'être à l'origine d'une hausse du coût de la complémentaire santé qui est supporté par les salariés actifs, et dont les primes sont déjà augmentées par la création du dispositif de l'article L. 911-8. Ce qui, encore une fois, pourrait inciter à une réduction du niveau des garanties. La solution s'impose donc de considérer que la portabilité n'est pas financée, selon la technique de la répartition, par les cotisations en cours, mais préfinancée par la constitution de capitaux de couvertures⁴⁹¹, c'est-à-dire, par les cotisations passées. Il appartiendrait alors au premier assureur de prendre en charge les risques garantis et réalisés pendant la période de portabilité avec les fonds perçus au cours de la période du contrat résilié. De nature à régler la problématique du financement de la portabilité lors du changement d'assureur, cette solution se heurte néanmoins au principe de l'article L. 911-8 selon lequel les garanties applicables aux salariés sont celles en vigueur au profit des salariés actifs, une telle formulation impliquant que ce sont les garanties délivrées par le nouvel assureur qui doivent être octroyées au bénéficiaire de la portabilité. Il faudrait, alors, soit modifier cet article afin que les salariés portés demeurent affiliés auprès du premier assureur en cas de changement d'assureur en cours de période de portabilité, soit permettre la prise en charge des sinistres par le nouvel assureur, à qui les capitaux de couverture du dispositif seraient transférés. Néanmoins, dans ce dernier cas, il conviendrait, malgré tout, de prévoir que ce dernier ne soit tenu qu'à hauteur des garanties du précédent contrat, sur lesquels les provisions ont été calculées.

⁴⁹⁰ V. *supra*. n°98 et s.

⁴⁹¹Franciscus-Calzati L., « Portabilité des garanties et résiliation du contrat d'assurance », *SSL*, 2015, n°1662, p. 6.

406. Il apparaît donc nécessaire que le législateur s’empare de ces difficultés afin de sécuriser la situation des bénéficiaires de la portabilité et d’éviter qu’ils se heurtent à un refus de prise en charge par les assureurs successifs et ne doivent se lancer dans un contentieux à l’issue incertaine.

407. Le financement mutualisé est également source de difficultés en ce qui concerne le traitement social et fiscal des cotisations « *portabilité* », qui s’avère défavorable pour le salarié.

II. Un traitement social et fiscal défavorable

408. Afin de favoriser le développement de la prévoyance collective, le législateur a institué « *des règles de déductibilité fiscale et d'exonération de charges sociales* »⁴⁹² applicables au financement de la prévoyance. Ces règles s’appliquent bien évidemment au financement de la portabilité, mais leur mise en œuvre a pour effet d’augmenter les charges sociales du salarié (A) et d’élargir sa base d’imposition (B).

A. Des charges sociales alourdies

409. Les cotisations « *portabilité* » versées par l’employeur, qu’il s’agisse des contributions patronales ou des cotisations salariales prises en charge par lui, bénéficient des mêmes exonérations sociales que celles finançant le régime de prévoyance de l’entreprise⁴⁹³. Et cela même si le maintien des garanties se poursuit au-delà de la période légale de portabilité⁴⁹⁴.

410. Tout comme en matière de prévoyance, les cotisations des salariés ne bénéficient, en revanche, d’aucune exonération. Étant précomptées, elles sont intégralement soumises aux charges sociales qui pèsent sur le salaire.

⁴⁹² De Calbiac J. et Wismer F., « Régimes de retraite et de prévoyance d'entreprise – Fiscalité et charges sociales », dans *J.-Cl. Protection sociale Traité*, Fasc. 830, n°1, 2018.

⁴⁹³ Cass. soc., 4 avril 1996, n°94-15.497. – Lettre circulaire ACOSS n° 2011-0000036 du 24 mars 2011, *Régime social des contributions patronales de retraite et de prévoyance*, Question n° 38.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, Question n° 14.

411. Or, la « *gratuité* » de la portabilité étant financée par les actifs, les salariés en activité vont devoir supporter, outre l'augmentation de leurs cotisations prévoyance, le poids des charges sociales, sauf à ce que l'employeur prenne en charge la totalité de la majoration liée à la portabilité, comme c'est parfois le cas. Mais alors le risque serait que l'employeur ne compense le surcoût qui en résulterait pour lui, malgré les exonérations dont il bénéficie, par une réduction du niveau des garanties proposées⁴⁹⁵.

412. Le traitement fiscal de ses cotisations est également susceptible de réserver de mauvaises surprises au salarié.

B. Une base d'imposition élargie

413. Les articles 12 et 156 du Code général des impôts disposent que l'impôt sur le revenu est assis sur l'ensemble des revenus dont bénéficie le contribuable chaque année. L'article 82 du même code précise que « *les avantages en argent ou en nature accordés aux [salariés] en sus des traitements* » entrent dans la base d'imposition de l'impôt sur le revenu. Il en résulte que la cotisation de prévoyance complémentaire, dont le montant est accru par le financement de la portabilité, devrait être intégrée dans l'assiette de l'impôt sur le revenu.

414. Néanmoins, afin d'encourager le développement des systèmes de protection sociale complémentaire, le législateur a mis en place des mécanismes d'exonération des cotisations versées aux régimes de prévoyance complémentaire⁴⁹⁶, à condition qu'ils revêtent un caractère obligatoire et collectif au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale.

415. Ainsi, les contributions patronales et salariales sont exclues de l'assiette de l'impôt sur le revenu dans la limite de 5% du PASS auquel s'ajoute 2% de la rémunération annuelle brute, sans que le total ne puisse excéder 2% de 8 fois le montant du PASS⁴⁹⁷. Toutefois, à la suite de la généralisation de la complémentaire santé, le législateur a supprimé la déductibilité des cotisations patronales destinées au financement des régimes de remboursement de frais de santé⁴⁹⁸. Ainsi, l'article 83 du Code général des impôts, inclut

⁴⁹⁵ V. *supra*. n°399 et s.

⁴⁹⁶ CGI, art. 83, 1° *quater*.

⁴⁹⁷ CGI, art. 83, 1° *quater*.

⁴⁹⁸ L. n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, JO n°0303 du 30 déc. 2013, art. 4

désormais la contribution patronale destinée à financer la complémentaire santé des salariés dans l'assiette de l'impôt sur le revenu du salarié dès le premier euro versé.

416. L'application de ces règles aux cotisations versées pour financer la portabilité ne s'est pas faite sans difficultés.

417. En effet, dans un premier temps, sous l'empire de l'article 14 de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 modifié par l'avenant n°3 du 18 mai 2009, l'administration fiscale avait posé le principe de la perte du droit à déductibilité des cotisations versées au titre de la portabilité⁴⁹⁹. Elle considérait que la part patronale constituait un complément de rémunération imposable et que la part salariale n'était pas non plus déductible des revenus soumis à l'impôt. Bien que fondée sur la possibilité offerte au salarié de renoncer au dispositif de la portabilité et donc sur son caractère facultatif, cette mise à l'écart du régime fiscal de faveur, n'en était pas moins discutable. En effet, la position adoptée par l'administration sous-entendait que le mécanisme de portabilité « *transforme l'opération de prévoyance en une opération individuelle* »⁵⁰⁰ nonobstant le mode de financement de ce dispositif. Cette position qui ne tenait pas compte du rattachement du salarié au régime collectif et obligatoire qui perdure lors de la mise en œuvre de la portabilité a été abandonnée.

418. L'administration admet, en effet, désormais la déductibilité des cotisations versées aux régimes de prévoyance complémentaires « *dès lors que le maintien de la couverture complémentaire correspond à la poursuite du contrat obligatoire et collectif* »⁵⁰¹ dont bénéficient les salariés avant la rupture de leur contrat de travail pendant une durée maximum de douze mois⁵⁰² conformément à l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale. Cette position n'ayant pas été remise en question⁵⁰³, on peut penser que les cotisations destinées à financer la portabilité de la prévoyance complémentaire collective facultative, ne sont, quant à elles, pas déductibles du revenu imposable du salarié.

⁴⁹⁹ Rescrit n°2009/60(FP), 20 oct. 2009.

⁵⁰⁰ Del Sol M., « Régime fiscal – Sort fiscal de sommes finançant la portabilité », *JCP E* 2010, 1597.

⁵⁰¹ Rescrit n° 2011/25 (FP), 2 août 2011.

⁵⁰² V. BOI-RSA-BASE-30-10-20, §220, 4 fév. 2014.

⁵⁰³ V. BOI-RSA-BASE-30-10-20, §220, 21 juin 2017.

419. Il en résulte que lorsqu'une disposition collective ouvre droit à une durée de portabilité supérieure à douze mois, les règles fiscales imposent que la part de cotisation destinée à financer le maintien des garanties au-delà de la durée légale n'est pas déductible du revenu salarial.

420. Or, le mode de financement de la portabilité complique l'application de ces règles fiscales. En effet, la mutualisation entraînant une simple hausse de la cotisation, sans ventilation et donc sans affectation des sommes, la fiche de paie ne distingue pas nécessairement la quote-part de cotisation destinée au financement de la prévoyance obligatoire et celle affectée à la prévoyance facultative, empêchant ainsi une application distincte de leurs régimes fiscaux respectifs⁵⁰⁴.

421. Dans ces conditions, il apparaît difficile d'empêcher le salarié de déduire l'intégralité de la contribution, qu'elle soit patronale ou salariale, destinée au financement de la portabilité, c'est-à-dire y compris la part correspondant au maintien des garanties au-delà des douze mois prévus par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale. Cette impossibilité expose donc le salarié à un redressement en cas de contrôle par l'administration fiscale.

422. On constate ainsi que le financement de la portabilité, en plus d'induire une augmentation de l'assiette d'imposition du salarié, fait également peser sur un lui, un risque fiscal qu'il apparaît nécessaire de régler afin de lui garantir la sécurité juridique à laquelle il doit pouvoir prétendre en la matière.

423. Enfin, à la différence de la sécurité sociale, l'administration fixe le régime fiscal de la CSG. En effet, elle affirme dans son dernier rescrit fiscal en la matière que la CSG payée sur les contributions patronales relatives aux dispositifs de la portabilité n'est pas déductible du revenu imposable des salariés⁵⁰⁵. Ainsi, la hausse des cotisations, qu'elle implique le financement de la portabilité, est, une nouvelle fois, de nature à accroître la base d'imposition du salarié et donc à réduire l'intérêt de la prévoyance d'entreprise et de fait, celui de sa portabilité.

⁵⁰⁴ De même, il résulte de l'absence de déductibilité de la contribution patronale destinée au financement d'un régime « *frais de santé* » collectif et obligatoire que la hausse de la cotisation patronale inhérente à la mutualisation du financement de la portabilité suit le même régime fiscal et demeure imposable dès le premier euro.

⁵⁰⁵ BOI-RSA-BASE-30-30-20 §130, 24 juill. 2017.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

424. Le financement des dispositifs de maintien des garanties s'avère constituer un frein important à la sauvegarde des droits des salariés à la prévoyance collective d'entreprise.

425. Ainsi, le mécanisme de l'article 4 de la loi Évin destiné à maintenir la garantie « *frais de santé* » prévoit un financement exclusivement à la charge de l'ancien salarié. Or, malgré l'encadrement des tarifs, souhaité par le législateur, et les plafonds mis en place, le prix à payer reste très élevé, et cela n'est pas de nature à inciter les anciens salariés à solliciter ce maintien. Et cela d'autant moins que les nouvelles dispositions, issues du décret du 21 mars 2017, ouvrent la voie à un déplaçonnement des tarifs à l'issue des trois premières années, réduisant encore davantage l'intérêt du dispositif.

426. À l'inverse, s'agissant de la portabilité, l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale retient un système de mutualisation qui en répartit le financement sur l'ensemble de la collectivité des actifs. S'il présente l'avantage de libérer l'ancien salarié au chômage du financement du maintien des garanties de prévoyance, ce mode de financement est à l'origine d'un certain nombre de difficultés qui en altèrent l'efficacité. En faisant supporter le coût de la portabilité à l'employeur et aux salariés en activité, il a pour conséquence inévitable une hausse des cotisations prévoyance ou une réduction des couvertures souscrites par l'entreprise voire les deux à la fois. A cela, il faut ajouter que la mutualisation imposant que le régime fiscal et social des cotisations destinées au financement de la portabilité suive celui de la prévoyance complémentaire des salariés actifs, ces derniers doivent subir une augmentation de leurs cotisations de sécurité sociale ainsi que de leur assiette d'imposition.

427. Au moins aurait-on pu espérer qu'à ce financement complexe et coûteux correspondent des droits sauvegardés étendus. La réalité est toute autre.

CHAPITRE 2 - LA LIMITATION DES DROITS SAUVEGARDÉS

428. L'étendue des garanties sauvegardées est au cœur des dispositifs de sauvegarde des droits et joue un rôle primordial dans leur attractivité. En conséquence, les limites affectant le niveau (Section 1) comme la durée de ces garanties (Section 2), sont susceptibles de constituer de véritables freins au développement de ces dispositifs.

Section 1 – Les contraintes affectant le niveau des garanties

Section 2 – Les limites affectant la durée des garanties

Section 1 - Les contraintes affectant le niveau des garanties

429. Deux types de contrainte affectent le niveau des garanties maintenues. Les premières tiennent à leur inadaptation à la situation et aux besoins des anciens salariés (I). Les secondes tiennent à leur plafonnement (II).

I. L'inadaptation des garanties maintenues

430. L'imprécision de l'article 4 de la loi Évin sur le niveau des garanties maintenues a suscité un certain nombre de difficultés d'interprétation que la jurisprudence a tranchées en posant le principe d'un maintien des garanties à l'identique (A). Ce choix est à l'origine de nombreux inconvénients (B) au détriment des bénéficiaires de ce maintien.

A. Le principe du maintien des garanties à l'identique

431. L'article 4 – dont on rappellera qu'il impose le maintien de la garantie frais de santé aux anciens salariés qui en font la demande et en remplissent les conditions – dispose que l'organisme assureur doit mentionner les « *les modalités [...] des nouveaux contrats* » par lesquels il « *maintient cette couverture* ». Faute d'être suffisamment précis, ce texte a donné lieu à de nombreuses difficultés pour déterminer à la fois le contenu du nouveau contrat à la

conclusion duquel est subordonné le maintien des garanties et la liberté dont bénéficient les parties (assureur et salarié) pour définir l'étendue de ces garanties. La solution est venue de la jurisprudence qui, procédant à une interprétation rigoureuse de la loi, a posé, après quelques hésitations, le principe de l'identité des garanties maintenues avec celles dont bénéficiait l'ancien salarié dans l'entreprise (1). Si elle peut paraître sécurisante en permettant une meilleure visibilité, cette solution n'en est pas moins discutable (2).

1. Une interprétation rigoureuse

432. L'article 4 de la loi Évin se borne à énoncer le principe permettant de solliciter un maintien de la garantie « *frais de santé* » après la rupture du contrat de travail, mais reste silencieux quant au contenu des garanties maintenues. Cette lacune est regrettable car elle rend malaisée l'application de cette règle qui est pourtant d'ordre public. Il est, en effet, indispensable pour l'assureur de connaître le niveau des garanties à maintenir et, le cas échéant, la marge de liberté contractuelle dont il dispose en la matière.

433. L'article 4 prévoyant uniquement qu'il revient à l'organisme de maintenir la couverture, c'est la jurisprudence qui a précisé les modalités de ce maintien à l'occasion d'une affaire portée en 2004 devant le tribunal de grande instance de Lyon, et dans laquelle un salarié licencié sollicitait le maintien de son contrat « *frais de santé* » sur le fondement de l'article 4. Or, en application de l'accord collectif en vigueur dans l'entreprise, qui prévoyait que le maintien s'effectue sur la base « *du régime le plus proche* », l'assureur avait proposé un contrat « *Santé 500* » dont les garanties différaient de son précédent contrat « *Santé 1000* ». Après avoir dans un premier temps accepté ce nouveau contrat, l'ancien salarié avait assigné l'assureur en justice afin d'obtenir le maintien intégral des garanties prévues dans son précédent contrat. Dans une décision du 19 octobre 2004⁵⁰⁶, les juges du fond affirment que « *si la loi a entendu garantir aux anciens salariés le maintien de la couverture des risques santé, il ne s'agissait pas d'un maintien intégral automatique de cette couverture et qu'elle a laissé au contrat collectif d'adhésion obligatoire le soin de préciser, outre les conditions tarifaires dans les limites fixées par les textes, les modalités de ce maintien, autorisant ainsi une certaine latitude à l'organisme assureur pour proposer une couverture non pas identique, mais forcément, si l'esprit du texte*

⁵⁰⁶ TGI Lyon, 4e ch., 19 oct. 2004, RG n° 03/04547.

veut être respecté, de nature sensiblement similaire à celle du contrat collectif». Par un arrêt du 9 mars 2006⁵⁰⁷, la Cour d'appel de Lyon confirme la décision des juges de première instance et déboute le requérant de ses prétentions quant à l'identité des garanties. Les juges du second degré estiment en effet que l'objet de l'article 4 est de garantir « *non pas le maintien intégral et automatique de la couverture offerte par le contrat collectif, mais une couverture similaire* ». L'affaire a finalement été portée devant la Cour de cassation qui a dû s'interroger sur le niveau des garanties auxquelles les bénéficiaires de l'article 4 peuvent prétendre.

434. Dans un arrêt « *Azoulay* » du 7 février 2008⁵⁰⁸, la Cour de cassation censure l'interprétation des juges lyonnais qui avaient considéré que le maintien pouvait s'effectuer sur la base d'un régime « *proche* » ou « *similaire* »⁵⁰⁹ de celui prévu par le contrat collectif. La Haute juridiction pose, au contraire, le principe selon lequel « *il ne peut être dérogé par voie de convention aux dispositions d'ordre public de la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 qui prévoient le maintien [...] de l'assurance de groupe souscrite par l'employeur* ». Bien que l'article 4 ne pose pas le principe d'un maintien à l'identique, il faut comprendre, par un raisonnement *a contrario* de l'arrêt, que la couverture « *frais de santé* » maintenue doit être identique à celle octroyée antérieurement à la rupture du contrat de travail.

435. Par un arrêt du 13 janvier 2009, la cour d'appel de renvoi⁵¹⁰ semble se plier à l'interprétation de la Cour de cassation. Elle énonce que les « *dispositions d'ordre public imposent le maintien à l'ancien salarié privé d'emploi de la couverture de l'assurance de groupe souscrite par l'employeur pour la garantie des frais de santé, sans qu'il puisse y être dérogé par voie de convention* ». La cour d'appel ne fait, cependant, à aucun moment référence à une obligation de maintien à l'identique des garanties par l'organisme assureur débiteur du maintien des droits. En effet, elle considère que, à « *supposer même que l'article 4 de la loi du 31 décembre 2009 ne prévoit que le maintien de garanties similaires, le contrat Santé 500 ne répond pas à cette exigence* ». On peut même penser que la décision n'est, en réalité, pas très

⁵⁰⁷ CA Lyon, 1^{ère} civ., 9 mars 2006, n°05/00395.

⁵⁰⁸ Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *Gaz. Pal.* 2008, n°227, p. 30, note Cochet J. ; *RGDA* 2009, n°2, p. 549, note Kullmann J. ; *Gaz. Pal.* 2010, n°247, p. 32, note Serizay B. ; *D.* 2008, p. 2703, note Bugada A. ; *Dr. soc.* 2008, p. 1021, note Barthélémy J. et Lautrette L. ; *JCP G* 2008, II, 10059, note Noguero D. ; *JCP S* 2008, 1227, note Kessler F. et Logeais Y.-E. ; *JCP E* 2008, 1611, note Lautrette L. et Piau D. ; *JCP E* 2008, 2008, chron. Casson P.

⁵⁰⁹ CA Lyon, préc.

⁵¹⁰ CA Lyon, 13 janv. 2009, n°08/02875, *JSL*, 2009, n°249, p. 4, note Vincens F. et Laffont G.-B. ; *JSL*, 2009, n°251, p. 24, note Haller M.-C. ; *JCP E* 2009, 1430, chron. 8, Delumeau M.

différente de celle de l'arrêt cassé⁵¹¹, qui avait considéré que les garanties du régime maintenues étaient suffisamment proches des garanties prévues par contrat collectif antérieur. La cour de renvoi semble en effet opérer un raisonnement identique, mais aboutissant néanmoins à la conclusion que le niveau des garanties du nouveau contrat n'est pas suffisamment proche de celui de l'ancien sans jamais lui reprocher ne pas être identique⁵¹².

436. Le rapport annuel⁵¹³ de la Cour de cassation a néanmoins levé le doute pesant sur l'interprétation de l'arrêt du 7 février 2008. Il y est expressément indiqué que la « *Cour de cassation tranche donc dans le sens d'un maintien à l'identique de la couverture santé à l'ancien salarié* ». Le rapport poursuit en affirmant que « *l'assureur a donc l'obligation de proposer aux catégories d'adhérents énumérés à l'article 4 de la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989, à titre de contrat individuel, la même couverture santé que celle prévue au contrat collectif* ». Il semble ainsi, *a priori*, que la liberté de l'assureur dans la rédaction des « *modalités* » du nouveau contrat dans le contrat collectif d'origine soit extrêmement réduite. Cette solution n'emporte cependant pas pleinement la conviction.

2. Une solution discutable

437. En plus d'être un obstacle à la bonne articulation des différents dispositifs de sauvegarde (b), l'interprétation retenue par la Cour de cassation demeure contraire à la volonté du législateur (a)

a) Une solution contraire à la volonté du législateur

438. La solution retenue par la Cour de cassation n'est conforme ni à la lettre ni à l'esprit de la loi.

439. L'article 4 dispose, en effet, seulement que l'organisme assureur détermine dans le contrat collectif les « *les modalités et les conditions tarifaires* » du nouveau contrat par lequel il « *maintient cette couverture* ». Mais alors qu'il encadre la fixation des tarifs par des plafonds

⁵¹¹ CA Lyon, 1^{ère} civ., 9 mars 2006, préc.

⁵¹² En ce sens, Kullmann J., note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *RGDA* 2009, n°2, p. 549.

⁵¹³ Cour de cassation, *Rapport annuel*, 2008, p. 327.

déterminés par voie réglementaire, il ne prévoit rien de tel en ce qui concerne les « modalités », ce qui semble laisser à l'assureur toute liberté pour les déterminer. Mais encore aurait-il fallu que le législateur précise ce que recouvre la notion de « modalités ». On rappellera, à cet égard, que, d'un point de vue juridique, les « modalités » du contrat désignent non pas « l'objet des obligations respectives des parties »⁵¹⁴, c'est-à-dire, ici, la nature et l'étendue des garanties, mais les éléments qui leur permettent de former le contrat et d'exécuter leurs obligations (forme, termes, conditions ...) ⁵¹⁵. L'article 4 ne laisserait ainsi à l'assureur que la liberté de fixer ces éléments dans le nouveau contrat, mais non le contenu des garanties. Cette interprétation n'est cependant pas certaine car, ainsi que le relève le Professeur Jérôme Kullman, « rien ne dit que le législateur ait su ce que recouvre la notion de modalité dans un contrat ! »⁵¹⁶.

440. Quant à l'expression « maintien de cette couverture », elle n'est guère plus éclairante. En admettant que la « couverture » visée par le législateur corresponde en réalité aux « garanties » dont bénéficient les salariés actifs⁵¹⁷, la notion de « maintien » est plus incertaine et n'est pas dénué d'ambiguïté⁵¹⁸. En effet, cette notion peut tout aussi bien renvoyer à l'idée de poursuite d'une situation à l'identique⁵¹⁹, qu'à celle de continuité d'une situation comparable⁵²⁰.

441. Non corroborée par l'analyse de la lettre du texte, qui ne permet pas de déterminer avec précision la volonté initiale du législateur, le maintien « à l'identique » des garanties retenu par la Cour de cassation n'est pas, non plus, conforme à l'esprit de la loi⁵²¹.

⁵¹⁴ *Ibid.*

⁵¹⁵ *Ibid.*

⁵¹⁶ *Ibid.*

⁵¹⁷ En ce sens, Courtieu G., note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *Resp. civ. assur.* 2008, 151.

⁵¹⁸ Kullmann J., préc.

⁵¹⁹ Pour exemple : C. ass., L. 241-1 : « tout contrat d'assurance souscrit en vertu du présent article est, nonobstant toute stipulation contraire, réputé comporter une clause assurant le maintien de la garantie pour la durée de la responsabilité décennale [...] ».

⁵²⁰ V. pour un exemple : L'obligation faite à l'employeur et rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt du 21 avril 2017, n°15-28.640 « d'assurer l'adaptation du salarié à son poste de travail et de veiller au maintien de sa capacité à occuper un emploi pendant toute la durée de la relation de travail ». Il s'agit non pas de maintenir à l'identique les capacités du salarié, mais bien de permettre que ces dernières puissent évoluer parallèlement à l'évolution de l'emploi occupé.

⁵²¹ Ferreira A. et Hallopeau M. et Rault-dubois O., « Vingt années d'application de la loi Évin », *SSL*, 2010, n°1443, p. 5.

442. En effet, le projet de loi Évin (présenté par le ministre de la solidarité de la santé et de la protection sociale) précisait que l'article 4 vise « *le plus souvent* »⁵²² un « *maintien de la couverture antérieure* »⁵²³. Cette formulation empêche donc d'affirmer que la loi avait pour objet de permettre, dans tous les cas de figure, un maintien à l'identique des garanties. La poursuite de l'étude des travaux parlementaires conforte ce constat, et particulièrement le rejet d'amendements préconisant un maintien identique des garanties⁵²⁴. Le rapporteur du texte, Monsieur Claude Huriet, estimait que permettre « *le maintien intégral de la couverture au profit* »⁵²⁵ des bénéficiaires de l'article 4 aurait pour effet de « *condamner à l'asphyxie les organismes intervenant en ce domaine* »⁵²⁶. Et il ajoutait, en ce qui concerne les amendements qui tendaient « *au maintien intégral de la couverture* »⁵²⁷, que la Commission ne pouvait « *être que défavorable* »⁵²⁸ à leur adoption. Un amendement similaire qui tendait à modifier l'article 4 afin de permettre « *le maintien intégral* »⁵²⁹ de la couverture avait également été rejeté⁵³⁰ par l'Assemblée Nationale.

443. De plus, alors que le projet de loi ambitionnait de permettre le maintien des garanties en matière de frais de santé au profit des salariés dont le contrat de travail est rompu, tout en laissant la détermination des modalités du nouveau contrat dans les mains tant des partenaires sociaux que des assureurs, le compte n'y est pas. En effet, on se trouve dans une situation où la marge de manœuvre des partenaires sociaux est réduite à néant, tout comme celle des assureurs qui se trouvent dans l'obligation de proposer des « *contrats types* »⁵³¹ en se calquant sur le modèle du contrat collectif applicable aux actifs.

⁵²² Gouvernement, *Projet de loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, présenté au nom de Rocard M., enregistré à la Présidence du Sénat le 17 août 1989, n°474. p. 5.

⁵²³ *Ibid.*

⁵²⁴ Tel était le cas de l'amendement n°58 du Sénateur Paul Souffrin qui avait pour « *objet de garantir réellement et sans condition le maintien de l'intégralité de la couverture prévue au contrat* ». Tel était également le cas de l'amendement n°60 qui visait à ce qu'il ne « *soit en aucun cas procédé à un réexamen des garanties [...] lors de la rupture du contrat de travail du salarié* » - Souffrin P., *Débats parlementaires du Sénat*, Compte rendu intégral, 18ème séance, 6 nov. 1989, JO n°74, 7 nov. 1989. p. 3009.

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ *Ibid.*, p. 3010.

⁵²⁸ *Ibid.*

⁵²⁹ Lefor J.-C., *Débats parlementaires de l'Assemblée nationale*, Compte rendu intégral, 3ème séance, 11 déc. 1989, JO n°108, 12 déc. 1989., p. 6331.

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 6332.

⁵³¹ Kullmann J., préc.

444. Cette solution se justifie d'autant moins qu'il ressort clairement des débats parlementaires que le législateur n'entendait pas fixer lui-même le niveau des garanties. Au contraire, le ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale affirmait⁵³² que le « *principe général qui sous-tend l'ensemble de ce projet* » est que « *l'État fixe [...] des règles minimales de protection qui constituent déjà une avancée notable* » tout en laissant « *aux partenaires sociaux, dans le cadre de la négociation collective, le soin d'obtenir des garanties meilleures encore* ». De la même manière, le rapporteur⁵³³ insistait sur le fait que si le projet de loi prévoit le « *maintien de la couverture* », celui-ci s'effectue « *selon les modalités et dans des conditions définies par l'accord collectif* ». Or, la position de la Cour de cassation exclut les partenaires sociaux de la détermination des modalités du maintien de la couverture, et *a fortiori* de la détermination du niveau de garantie.

445. Contrairement à la position adoptée par la Cour de cassation, il résulte donc clairement des travaux préparatoires de la loi du 31 décembre 1989 que le maintien de la couverture complémentaire au profit des anciens salariés ne s'entendait pas d'un « *maintien intégral* ».

446. La position de la Cour de cassation est d'autant plus problématique qu'elle semble aller à l'encontre de l'objectif de renforcement des droits des assurés. En effet, en considérant l'obligation de maintien des garanties comme imposant une poursuite du contrat collectif dans son intégralité, elle fait naître un lien entre les garanties des anciens salariés et celles des salariés en activité. Un auteur⁵³⁴ estime, à cet égard, qu'il sera difficile pour la Cour de cassation de considérer, après avoir établi un tel lien, que l'évolution ou la disparition du contrat des actifs n'aient pas d'impact sur les contrats des anciens salariés. Sous couvert de protection de l'assuré, une telle interprétation serait susceptible d'entraîner une suppression pure et simple de la couverture pour les anciens salariés en cas de suppression similaire pour les actifs. Une telle solution, bien que manifestement contraire à l'esprit du texte, ne peut pas être exclue à la lumière de l'attendu de principe de la Cour de cassation. En effet, les Haut magistrats évoquent le « *maintien* » de la « *couverture résultant de l'assurance de groupe* », ce qui laisse à penser qu'en cas de disparition de l'assurance de groupe pour les actifs, le contrat

⁵³² Évin C., *Débats parlementaires du Sénat*, Compte rendu intégral, 18ème séance, 6 nov. 1989, JO n°74, 7 nov. 1989, p. 2995.

⁵³³ *Ibid.*, p. 3010.

⁵³⁴ Serizay B., « La portabilité des droits de protection sociale », *SSL*, 15 sept. 2008, n° 1366, p. 7.

de l'inactif est également voué à disparaître, ce qui ne respecte évidemment pas l'intention du législateur. Cette solidarité entre les actifs et les anciens salariés serait de plus susceptible d'engendrer un surcoût pour les actifs compte tenu du petit effectif de certaines entreprises et du vieillissement de la population. L'assureur pourrait augmenter les primes d'assurance, ce qui pourrait conduire à ce qu'elles ne puissent plus, à terme, être financièrement assumées par les actifs qui pourraient alors changer d'assureur et priver ainsi les anciens salariés de protection⁵³⁵.

447. Cette solution n'est cependant pas certaine car si le principe de l'identité des garanties maintenues laisse à penser que celles-ci s'apprécient au regard des garanties en vigueur dans l'entreprise, deux obstacles s'opposent à ce que la couverture santé maintenue suive la même évolution que celle appliquée dans l'entreprise⁵³⁶ : le caractère viager du contrat et le nécessaire « *amenuisement du lien unissant l'assuré à l'entreprise* »⁵³⁷, d'une part, et le caractère synallagmatique du contrat conclu entre l'organisme délivrant les garanties et les anciens salariés, d'autre part.

448. En plus d'être contraire à la volonté du législateur, le maintien à l'identique des garanties constitue un obstacle à l'articulation de ce dispositif avec celui de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale.

b) Un obstacle à l'articulation des dispositifs de sauvegarde

449. Les bénéficiaires de la portabilité demeurent fictivement rattachés au groupe d'actifs durant la portabilité et subissent les éventuelles modifications de garanties affectant celui-ci. Une difficulté⁵³⁸ apparaît donc lors de la transition entre la portabilité et le maintien des droits de l'article 4. A la différence des garanties de l'article L. 911-8 qui sont susceptibles d'évoluer, les garanties maintenues par l'article 4 sont identiques à celles en vigueur dans l'entreprise au moment de la rupture du contrat de travail sans qu'aucune modification

⁵³⁵ *Ibid.*

⁵³⁶ Sargos P., « Prévoyance complémentaire », *RGDA* 2010, n°2, p. 269.

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ Ferreira A. et Hallopeau M. et Rault-Dubois O., préc.

ultérieure ne soit opposable au bénéficiaire⁵³⁹. L'article 4 ne permet donc pas d'assurer la continuité des garanties, en matière de frais de santé, entre la période de portabilité et la période de maintien des droits.

450. En effet, le salarié dont les garanties ont évolué au cours de la période de portabilité, en subira une nouvelle modification en cas de souscription du contrat proposé par l'assureur au titre de l'article 4. Si l'évolution a été négative, il retrouvera avantageusement celles dont il bénéficiait à la date de la rupture. À l'inverse, si l'évolution a été positive, l'ancien salarié subira une baisse des garanties puisqu'il retrouvera celles dont il bénéficiait à la date de la rupture. Une telle différence empêche la continuité des garanties entre les deux dispositifs successifs et rend difficile la détermination du niveau des garanties auquel peut prétendre l'ancien salarié.

451. Il conviendrait donc de réformer l'article 4 de sorte que les garanties maintenues soient celles existant à la date de la rupture des relations de travail ou, le cas échéant, à la fin de la période de portabilité. Une telle rédaction est néanmoins susceptible de faire obstacle au jeu de la loi Évin en cas de disparition des garanties, dans l'ancienne entreprise, au cours de la période de portabilité. Il serait donc nécessaire de préciser que, dans un tel cas, les garanties maintenues sont celles qui étaient en vigueur au jour précédant leur disparition. Plus que discutable d'un point de vue strictement juridique, le principe du maintien des garanties à l'identique est aussi et surtout à l'origine de différents inconvénients qui participent du désintérêt observé à l'égard de l'article 4.

B. Les inconvénients du maintien à l'identique

452. Si la solution d'un maintien à l'identique des garanties au profit des bénéficiaires de l'article 4 paraît, de prime abord, leur assurer un haut niveau de protection, elle aboutit à priver les retraités, visés principalement par l'article 4⁵⁴⁰, d'une nécessaire adaptation du niveau de garantie aux risques auxquels ils sont exposés. C'est ainsi que, inadapté au public

⁵³⁹ Briens G., « La nouvelle portabilité des garanties de protection sociales complémentaire », *Dr. soc.* 2013, p. 895.

⁵⁴⁰ Gouvernement, *Projet de loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, présenté au nom de Rocard M., enregistré à la Présidence du Sénat le 17 août 1989, n°474. p. 11.

principalement visé (1), le maintien d'un niveau de garantie « à l'identique » est à l'origine du faible taux de recours au dispositif (2).

1. L'inadaptation à la situation des retraités

453. L'inadaptation du dispositif de l'article 4 à la situation des retraités s'explique par le blocage du niveau des garanties (a), qui rend impossible un maintien du contrat avec des garanties adaptées aux risques nouveaux auxquels ils sont exposés. Cette situation est d'autant plus regrettable qu'elle est juridiquement injustifiée (b).

a) Un blocage du niveau des garanties

454. Le principe du maintien à l'identique des garanties au profit des bénéficiaires de l'article 4 de la loi Évin implique la poursuite du financement de l'ensemble des risques pour lesquels l'assuré bénéficiait d'une couverture antérieurement à la rupture de la relation de travail. Or, certains risques, pour lesquels une couverture semble appropriée pour un salarié jeune, ont disparu à l'âge de la retraite. A titre d'exemple, si le contrat collectif applicable aux salariés actifs prévoit une prise en charge de l'orthodontie⁵⁴¹, de la maternité ou encore une prise en charge des moyens de contraception, le salarié, bénéficiant du maintien des droits de l'article 4, continuera de bénéficier de ces garanties et à les financer par ses cotisations.

455. De la même manière que des risques s'estompent voire disparaissent totalement à l'âge de la retraite, d'autres sont susceptibles d'apparaître. C'est ce que rappelait, lors des travaux parlementaires de la loi du 31 décembre 1989⁵⁴², le ministre de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale qui soulignait que « *les anciens salariés, notamment les retraités, n'ont pas forcément besoin des mêmes garanties que les actifs* », mais qu'ils pouvaient avoir un besoin de « *protection accrue dans certains domaines* » tels que « *la kinésithérapie, les soins dentaires, les lunettes* ».

⁵⁴¹ 85% des patients ayant recours à des soins d'orthodontie ont moins de 16 ans : Sécurité sociale, *Rapport à la Commission des comptes de la sécurité sociale*, Juillet 2017, p. 144.

⁵⁴² Évin C., *Débats parlementaires, Ass. Nat., séance du 11 décembre 1989, JO n°108, 12 déc. 1989, p. 6332.*

456. Cette situation est d'autant moins justifiée qu'elle s'éloigne non seulement de la volonté du législateur, mais également de la jurisprudence de la Cour de cassation, elle-même.

b) Un blocage juridiquement injustifié

457. Le maintien à l'identique des garanties imposé par la Cour de cassation est en contradiction avec le principe d'adéquation des risques à la situation du souscripteur qu'elle retient en matière d'assurance emprunteur. En effet, en ce domaine, la jurisprudence rappelle de façon constante que la banque est tenue d'éclairer le client « *sur l'adéquation du risque couvert par le contrat avec sa situation personnelle d'emprunteur* »⁵⁴³. En voici un exemple tiré d'un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 29 mars 2017⁵⁴⁴ concernant un emprunteur qui avait, concomitamment à la souscription d'un prêt immobilier, adhéré à un contrat d'assurance de groupe « *décès incapacité* ». Contraint de cesser son activité pour des raisons de santé, l'emprunteur sollicite la prise en charge de ses échéances par l'assureur, qui la lui refuse au motif que son taux d'invalidité est inférieur au taux minimal de prise en charge fixé par le contrat. L'emprunteur assigne alors la banque pour obtenir réparation du préjudice subi en raison de l'absence d'information relative aux risques garantis et exclus. L'arrêt de la Cour d'appel d'Orléans l'ayant débouté est censuré par la Cour de cassation, qui rappelle que l'établissement bancaire est tenu d'éclairer l'emprunteur « *sur l'adéquation du risque couvert par le contrat* » à sa situation personnelle. Cette jurisprudence amène le Professeur Jérôme Kullmann à considérer que le contrat que l'assureur est tenu de présenter à l'ancien salarié devrait tenir compte de sa situation, ou à tout le moins, « *de la situation prévisible du groupe assuré par le contrat collectif initial, pour la partie de la vie qui sera la leur quand ils quitteront l'entreprise* »⁵⁴⁵. Cette observation apparaît d'autant plus pertinente qu'elle s'inscrit dans l'obligation faite aux intermédiaires en matière d'assurance de « *préciser les exigences et les besoins du souscripteur éventuel ainsi que les raisons qui motivent le conseil fourni quant à un*

⁵⁴³ Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267 : *D.* 2008, p. 120, note Groutel H. ; *RDI* 2007, p. 319, note Grynbaum L. ; *RTD Com.* 2007, p. 433, note Legeais D. ; *D.* 2007, p. 863, note Avena-Robardet V. ; *D.* 2007, p. 985, note Piedelièvre S. ; *D.* 2008, p. 871, note Martin D. et Synvet H. ; *JCP G* 2007, II, 10098, note Gourio A. ; *RD bancaire et fin.* 2007, 93, note J. Crédot F. ; *Resp. civ. et assur.* 2007, 8, note Courtieu G. ; *Procédures*, 2007, 88, note Croze H. ; *JCP E* 2007, 1375, note Legeais D. ; *JCP G* 2007, 127, note Parance B. ; *RD bancaire et fin.* 2007, 55, note Legeais D. ; *RLDC* 2007, n°39, p. 15, note Bicheron N. ; *LPA* 2007, n°169, p. 9, note Prigent S. ; *LPA* 2007, n°105, p. 14, note Gossou S. ; *LPA* 2007, n°94, p. 16, note Markhoff P. ; *RGDA* 2007, n°2, p. 397, note Kullmann J. ; *Lexbase hebdo – éd. soc.* 19 avr. 2007, n°256, note Routier R. ;

⁵⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 29 mars 2017, n°15-23.324 : *Gaz. Pal.* 2017, n°22, p. 78, note Bury B.

⁵⁴⁵ Kullmann J. note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *RGDA* 2009, n°2, p. 549.

produit d'assurance déterminé »⁵⁴⁶. Il résulte de la jurisprudence imposant le caractère identique des garanties lors de la souscription d'un contrat au titre de l'article 4, que l'assureur ne peut en aucun cas respecter son obligation de vérification de l'adéquation entre les garanties souscrites et la situation personnelle du salarié. Aussi, il serait extrêmement intéressant de lire la décision de la Cour de cassation en cas d'assignation d'un assureur par un assuré en raison de l'inadéquation entre les garanties souscrites et sa situation personnelle.

458. Cette situation ubuesque conduit certains assureurs à ne pas respecter cette jurisprudence. En effet, comme le souligne le Comité consultatif du secteur financier, l'intérêt du dispositif repose sur « *l'application pragmatique et une interprétation large des dispositions de la loi par les organismes assureurs* », ce qui implique un « *non-basculement systématique sur un contrat dont les garanties sont identiques à celles du contrat collectif, mais [un] passage à des garanties adaptées aux besoins des retraités* »⁵⁴⁷. À cet égard, l'absence de jurisprudence significative mettant en cause le non-respect de l'identité des garanties entre le contrat collectif et le contrat individuel souscrit au titre de l'article 4 de la loi Évin, témoigne du faible taux d'utilisation de ce dispositif, les bénéficiaires ayant davantage intérêt à souscrire un contrat adapté à leurs nouveaux besoins. Le dispositif de maintien des droits n'apparaît donc pas comme ayant les faveurs des anciens salariés.

2. Un faible taux de recours au dispositif

459. Les différentes études d'impact concernant l'article 4 de la loi Évin témoignent d'un faible taux de recours à ce dispositif, qui confirme l'inadéquation du maintien « *à l'identique* » avec le public visé.

460. L'article 4 avait initialement pour vocation principale de protéger les retraités qui, compte tenu de l'accroissement du risque lié à leur âge, se voyaient contraints de souscrire, postérieurement à leur départ en retraite, des contrats dont la prime augmentait de façon exponentielle concomitamment à la fin de la prise en charge partielle de cette couverture complémentaire par leur employeur. Cette situation explique, au demeurant, très certainement que les personnes de plus de 65 ans soient les « *plus nombreuses à être peu ou pas*

⁵⁴⁶ C. assur., art. L. 520-1.

⁵⁴⁷ Comité consultatif du secteur financier, *Avis*, 8 avril 2009, p. 1.

couvertes »⁵⁴⁸ avec un taux de couverture de 48% seulement contre 62% pour la tranche d'âge de 40 à 64 ans⁵⁴⁹. C'est pour mettre fin à cette situation que la loi Évin a entendu leur permettre de conserver leur couverture complémentaire santé moyennant des tarifs encadrés.

461. Or, on constate que, lors de la cessation de la relation de travail et plus particulièrement lors du passage à la retraite, les anciens salariés sont nombreux à opter pour un changement de complémentaire santé. L'étude des statistiques, selon le type de contrat dont bénéficiaient les retraités antérieurement à leur départ à la retraite, est intéressante dans la mesure où elle permet de mesurer l'impact des modalités de la loi Évin sur l'utilisation du maintien de la garantie. Ces études montrent que 51% des nouveaux retraités qui étaient titulaires d'un contrat d'entreprise obligatoire changent d'organisme assureur lors de la cessation de la relation de travail contre 39% et 23% des retraités qui bénéficiaient respectivement d'un contrat collectif facultatif et d'un contrat individuel⁵⁵⁰. On observe donc que plus le contrat est individualisé, moins les assurés sont enclins à changer d'organisme. Ces chiffres confirment que l'inadéquation du niveau de garantie offert par l'article 4 participe du faible recours à ce dernier par les assurés.

462. Au regard de l'échec de l'article 4 accentué par l'interprétation jurisprudentielle⁵⁵¹, une intervention législative semble souhaitable. Pour permettre à cet article de trouver une réelle efficacité, il serait opportun de prévoir le maintien d'une couverture dans des conditions permettant une adéquation des garanties à la situation personnelle de l'assuré. Pour ce faire, il conviendrait de créer un droit d'option pour l'ancien salarié. Ce dernier devrait pouvoir choisir soit le maintien à l'identique de sa garantie « *frais de santé* » assorti d'une hausse de tarif encadrée, soit, à défaut d'adéquation entre les garanties de sa couverture antérieure et sa situation personnelle, le maintien de sa couverture avec des garanties adaptées à sa nouvelle situation. Dans ce dernier cas, se poserait la question de savoir de quelle marge d'appréciation disposerait l'assureur dans la détermination des nouvelles garanties. En effet, il est délicat de fixer par avance les conditions de la similarité des garanties à laquelle devrait être

⁵⁴⁸ Bocagnano A. et Couffinhal A. et Dumesnil S. et Grignon, M., « La complémentaire maladie en France : qui bénéficie de quels remboursements ? », *Bulletin d'information en économie de la santé*, n°32, Octobre 2000, p. 4.

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 6.

⁵⁵⁰ Franc C. et Perronin M. et Pierre A., « Changer de couverture complémentaire santé à l'âge de la retraite. Un comportement plus fréquent chez les titulaires de contrats d'entreprise », *Question d'économie de la santé*, IRDES, oct. 2007, n° 126, p. 1.

⁵⁵¹ V. *supra*. n°434 et s.

tenu l'assureur, d'où l'intérêt de permettre à l'assuré d'exercer un droit d'option. En effet, l'assureur n'ayant aucun intérêt au maintien à l'identique des garanties, il aura tout intérêt à proposer des garanties adaptées à la situation personnelle de l'ancien salarié, qui sera, quant à lui, apte à décliner cette offre au profit d'un maintien à l'identique.

463. A la différence de l'article 4 de la loi Évin, l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale ne fige pas les garanties portées à la date de la rupture du contrat de travail, mais limite les prestations auxquelles ces dernières ouvrent droit, ce qui est source d'autres difficultés.

II. Le plafonnement des prestations portées

464. La mise en place de la portabilité par l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 ne prévoyait aucune limitation des prestations offertes. Le dispositif concernant aussi bien les garanties « *frais de santé* » que la prévoyance, des difficultés étaient susceptibles d'apparaître en matière d'indemnisation de l'incapacité temporaire du salarié. C'est pour les éviter que les partenaires sociaux ont modifié le dispositif initial et intégré un plafonnement des prestations portées. Limité à la seule incapacité, ce plafonnement peut néanmoins paraître excessif à certains égards (A). Mais son extension, qui semble résulter de la rédaction de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, à l'ensemble des prestations portées nous paraît injustifiée (B).

A. Un plafonnement excessif des prestations incapacité

465. L'institution d'un plafonnement des prestations portées avait pour objectif de lutter contre l'effet d'aubaine dont auraient pu bénéficier, en cas d'arrêt maladie, les anciens salariés indemnisés par le régime de l'assurance chômage. Si l'objectif est légitime (1), le caractère arbitraire de ce plafonnement constitue un obstacle à la portabilité des prestations liées à l'incapacité (2)

1. Un objectif légitime

466. Comme le souligne fort justement Monsieur Jacques Barthélémy⁵⁵², la rédaction de l'ANI du 11 janvier 2008 était susceptible de conduire à un effet d'aubaine pour les potentiels bénéficiaires de la portabilité. On sait que le montant de la garantie incapacité ou de « *maintien de salaire* », susceptible d'être allouée à l'assuré en cas de réalisation d'un tel risque, est proportionnelle au salaire et peut atteindre 100% de celui-ci. Or, compte tenu du mode de calcul de l'allocation chômage, qui induit une baisse des revenus, le montant de la prestation incapacité est susceptible d'être supérieur à l'indemnité chômage à laquelle le bénéficiaire de la portabilité aurait pu prétendre en l'absence d'incapacité. D'où le risque d'une augmentation du nombre d'incapacités de travail pour permettre aux salariés portés de bénéficier d'une prise en charge supérieure à celle prévue par l'assurance chômage.

467. Aussi, afin de déjouer cet effet d'aubaine, les organisations patronales ont proposé, dès le mois de mars 2009, un plafonnement de l'indemnité perçue au titre d'une éventuelle incapacité temporaire pendant la durée de la portabilité. La loi du 14 juin 2013 a repris l'idée, et l'a inscrite à l'article L. 911-8, 4° du Code de la sécurité sociale.

468. Il est toutefois à craindre que ce plafonnement n'entrave la portabilité des prestations incapacité.

2. Un obstacle à la portabilité

469. Les modalités de calcul de l'indemnisation de l'incapacité sont prévues par le Code de la sécurité sociale. Elles prennent en compte le salaire à la date de l'incapacité. Aussi, l'article L. 323-4 du Code de la sécurité sociale dispose que « *l'indemnité journalière est égale à une fraction du gain journalier de base* ». Or, dans le cas d'une rupture de contrat de travail et *a fortiori* en cas de bénéfice de l'assurance chômage, l'ancien salarié ne bénéficie plus d'un salaire, mais d'une allocation chômage constitutive d'une substitution de revenu. Se pose alors la question de savoir sur quelle base l'indemnisation de l'incapacité doit être calculée. Doit-elle être maintenue, le cas échéant, sur la base du niveau de l'allocation chômage perçue par le

⁵⁵² Barthélémy J., « Portabilité des garanties de prévoyance », *CDRH*, 2009, n°158, p. 13.

salarié à la date de l'arrêt maladie ou en fonction du salaire de base sur laquelle la cotisation a été calculée ? Pour le savoir, il convient de se tourner vers les solutions dégagées par l'assurance maladie. En effet, l'article R. 323-7 du Code de la sécurité sociale dispose que si l'assuré « *tombe malade au cours d'une période de chômage involontaire, le gain journalier servant de base au calcul de l'indemnité journalière est celui dont [il] bénéficiait avant la date de la cessation effective du travail* ».

470. Le régime de prévoyance ayant vocation à compléter les prestations versées par l'organisme d'assurance maladie, il convient de s'intéresser aux modalités de maintien des garanties de ce régime. L'étude de différents contrats de prévoyance⁵⁵³ montre que les organismes de prévoyance effectuent une démarche similaire à celle de l'assurance maladie. Ils considèrent que le salaire de référence servant de base au calcul des prestations est constitué par la moyenne des salaires bruts des douze mois ayant précédé la cessation du contrat de travail. On constate, une nouvelle fois, que l'indemnisation est contractuellement fondée sur les salaires qui précèdent la rupture de la relation de travail.

471. Le plafonnement s'oppose donc au respect du contrat de prévoyance qui forme pourtant la loi des parties. Il met en cause la prise en charge *in integrum* à laquelle devrait pouvoir prétendre le salarié dans les limites des garanties souscrites auprès de l'assureur. On s'interroge sur les fondements juridiques permettant le plafonnement d'une indemnité dont le provisionnement a d'ores et déjà été effectué sur la base d'une réparation intégrale conforme au contrat. Comment expliquer à un ancien salarié qu'il a versé des cotisations correspondant à une prestation de « 100 » et que lui est finalement versée seulement « 50 »⁵⁵⁴ ? Un tel plafonnement conduit ainsi l'assureur à bénéficier d'une forme d'enrichissement sans cause dans la mesure où il a provisionné des capitaux de couvertures des droits sur le fondement du salaire du salarié et non sur le montant de son allocation chômage. Rien ne justifie donc qu'un bénéficiaire de la portabilité bénéficie d'une moindre indemnisation qu'un allocataire de l'assurance chômage ne bénéficiant pas de ladite portabilité.

472. En plus de ne pas respecter la loi des parties, l'article L. 911-8 ne tient pas compte de l'existence d'un délai d'attente et/ou d'un délai de carence au cours duquel les

⁵⁵³ Malakoff Médéric, Prévoyance conventionnelle : notice d'information n°2826/2, 1^{er} janv. 2016, p. 9.

⁵⁵⁴ Barthélémy J., préc.

anciens salariés ne perçoivent aucune allocation, en dépit de l'acceptation de leur prise en charge par l'organisme d'assurance chômage. En effet, dans une pareille situation, l'ancien salarié n'est pas indemnisé au titre de l'assurance chômage. Cette disposition a donc pour conséquence d'empêcher la portabilité de la garantie incapacité durant cette période. Cela ne correspond pas, *a priori*, à la volonté des partenaires sociaux qui, s'ils souhaitaient éviter une dérive, n'entendaient pas faire obstacle à l'octroi des garanties pour le bénéficiaire, ce qui reviendrait à vider le mécanisme de son sens.

473. Cette insécurité juridique est encore accentuée par l'absence de précision dans l'article L. 911-8 sur la nature des indemnités qui font l'objet du plafonnement. Ce texte dispose en effet que « *le maintien des garanties ne peut conduire l'ancien salarié à percevoir des indemnités d'un montant supérieur à celui des allocations chômage* ». Or, rien ne permet de déterminer si le législateur considère que le montant des indemnités perçues par l'ancien salarié comprend ou non, en sus des garanties versées par l'organisme de prévoyance, celles prévues par le Code de la sécurité sociale. L'enjeu est important car si l'on considère qu'il convient de prendre en compte uniquement le montant des sommes versées par l'organisme de prévoyance, le bénéficiaire de la portabilité peut espérer avoir une indemnité qui, une fois cumulée avec les garanties légales de base, serait supérieure à son allocation chômage. Cette interprétation ne semble, cependant, pas pouvoir être retenue. Et c'est donc bien la totalité des sommes versées au salarié par les organismes légaux de sécurité sociale et par les organismes complémentaires qui doit être prise en considération afin que le total des deux ne soit pas supérieur à l'allocation chômage à laquelle l'intéressé peut prétendre. En effet, considérer que le plafonnement ne concerne que les indemnités versées par les organismes complémentaires irait à l'encontre de la volonté du législateur d'empêcher l'effet d'aubaine qui conduit le bénéficiaire de la portabilité à préférer l'indemnisation de l'incapacité plutôt que celle de l'assurance chômage.

474. Il convient d'ajouter que le plafonnement des garanties, notamment de la garantie incapacité, repose sur le principe indemnitaire selon lequel le jeu de l'assurance ne doit pas être une source de profit pour la personne victime d'un sinistre. Or, si ce principe est valable en matière d'assurance de dommage, il ne trouve pas à s'appliquer en matière d'assurance de personnes⁵⁵⁵. En effet, bien que l'assureur puisse tout à fait prévoir de verser les prestations,

⁵⁵⁵ Courtieu G. Assurance terrestres. – Assurances de personnes. – Assurance vie, dans *J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 15-10, n°7-8, 2013 (mise à jour 25 mai 2020).

sous conditions de ressources, et ainsi agir en répétition de l'indu contre le salarié⁵⁵⁶, rien n'interdit, en l'absence de clause contractuelle contraire, que la prestation prévue par le contrat soit supérieure à la rémunération du salarié. C'est ce que rappelle la Cour de cassation dans un arrêt du 7 juin 1995⁵⁵⁷ concernant une salariée classée en invalidité qui percevait, d'une part, des indemnités journalières de sécurité sociale et, d'autre part, un complément de salaire de son employeur qui, lui-même, recevait d'une institution de prévoyance des prestations au nom et pour le compte de la salariée. Considérant que ces prestations ne pouvaient excéder le montant de la rémunération normale de la salariée, l'employeur conservait les sommes dépassant cette rémunération. La Cour de cassation approuve la cour d'appel de l'avoir condamné au paiement de ces sommes, dès lors, « *qu'en vertu des contrats souscrits auprès des organismes de prévoyance, les sommes versées par eux à l'employeur constituaient des avantages au profit des salariés* ».

475. On comprend donc encore moins les raisons ayant motivé le plafonnement des prestations incapacité au niveau du montant de l'allocation chômage. Et cela prive également de toute justification l'extension de ce plafonnement à l'ensemble des prestations portées.

B. Un plafonnement injustifié de l'ensemble des prestations portées

476. Lors de la transposition du mécanisme de la portabilité, le législateur a fait disparaître la référence à l'incapacité temporaire de l'article L. 911-8, 4^e du Code de la sécurité sociale, qui dispose que « *le maintien des garanties ne peut 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* ». Ainsi rédigé, ce texte semble étendre le plafonnement, initialement limité au seul cas d'incapacité temporaire, à l'ensemble des garanties visées par la portabilité. Or, un tel plafonnement s'avère incompatible avec la portabilité de la garantie « *frais de santé* » (1) et inadapté à celle de la garantie invalidité (2).

⁵⁵⁶ Le Lamy Rémunérations complémentaires, 541-67.

⁵⁵⁷ Cass. soc., 7 juin 1995, n°91-45.216.

1. Un plafonnement incompatible avec la garantie « frais de santé »

477. Si le plafonnement peut se comprendre en présence d'une incapacité temporaire quelle qu'en soit l'origine, dès lors que l'incapacité survient postérieurement à la rupture du contrat de travail, il en va différemment en matière de garantie « *frais de santé* ». En effet, à la différence des garanties incapacité ou encore invalidité, l'étendue de la garantie « *frais de santé* » n'est pas liée aux revenus de l'assuré qu'il soit salarié ou non. Or, une telle limitation est de nature à empêcher l'assuré, bénéficiant de la portabilité, d'obtenir le remboursement de ses soins à hauteur des sommes contractuellement prévues. A titre d'exemple, en cas d'hospitalisation grave sans prise en charge intégrale au titre d'une affection de longue durée, le montant du ticket modérateur, augmenté du forfait journalier peut rapidement dépasser le montant d'un salaire mensuel. On peine alors à comprendre ce qui justifie un plafonnement du remboursement de ces soins au niveau du montant de l'allocation chômage. En effet, bien que dépassant éventuellement le montant de l'indemnisation par l'assurance chômage, un remboursement du ticket modérateur et du forfait journalier par la prévoyance conformément au contrat, n'est pas de nature à opérer un enrichissement de l'assuré qu'il soit salarié ou bénéficiaire de l'assurance chômage. Si l'objectif du plafonnement est de limiter l'effet d'aubaine en matière d'incapacité, il apparaît, en matière de frais de santé, non seulement inutile, mais, au surplus, contraire à l'objectif poursuivi par le législateur au titre du dispositif de la portabilité.

478. Il semble donc nécessaire que le législateur procède à la modification de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale et procède à la suppression de la disposition permettant le plafonnement des garanties. En effet, ce plafonnement n'apparaît justifié par aucune disposition eu égard à l'absence d'application du principe indemnitaire en matière d'assurance de personne⁵⁵⁸. Quant à la volonté de limiter l'effet d'aubaine, elle doit s'opérer par différents moyens de contrôle dont disposent des caisses primaires d'assurance maladie, sans aller à l'encontre de la force obligatoire des contrats de prévoyance.

479. Le plafonnement apparaît également inadapté à la garantie invalidité.

⁵⁵⁸ Courtieu G., Assurance terrestres. – Assurances de personnes. – Assurance vie, dans *J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 15-10, n°7-8, 2013 (mise à jour 25 mai 2020).

2. Un plafonnement inadapté à l'invalidité

480. En plus de ne pas être en cohérence avec les principes qui régissent les assurances de personnes, le plafonnement des indemnités versées au bénéficiaire de la portabilité ne semble pas adapté, non plus, à la notion d'invalidité, notamment aux modalités de sa prise en charge. En effet, l'assuré qui, après la guérison ou la consolidation de ses blessures, souffre encore d'une incapacité partielle ou totale se trouve en état d'invalidité⁵⁵⁹. Or, à la différence de l'incapacité dont le contrôle *a posteriori* et éventuel⁵⁶⁰ est de nature à faire naître un effet d'aubaine, la prise en charge de l'invalidité fait quant à elle l'objet d'un contrôle *a priori*. Ainsi, l'assuré désirant solliciter sa mise en invalidité est tenu de constituer un dossier d'invalidité qui fait ensuite l'objet d'une instruction aboutissant à une acceptation ou un refus de la part de la caisse d'assurance maladie⁵⁶¹. En présence d'une telle procédure, l'effet d'aubaine est totalement absent et l'intéressé ne peut en aucun cas solliciter une mise en invalidité de complaisance auprès de son médecin traitant. De plus, conformément au Code de la sécurité sociale⁵⁶², le montant de la pension d'invalidité se détermine au regard du salaire annuel moyen du bénéficiaire. Il en est de même du montant de la garantie complémentaire. Dès lors, comme pour l'incapacité temporaire, il est difficile de comprendre pourquoi la garantie invalidité peut être plafonnée au montant de l'allocation chômage alors même que la cotisation pour cette garantie s'est effectuée en référence au salaire antérieur du salarié et non pas en référence au montant de son allocation chômage.

481. En l'absence de précision législative et jurisprudentielle, la prudence semble malgré tout commander une application du plafond à l'ensemble des garanties de prévoyance y compris à celle afférente à l'invalidité.

482. L'efficacité des dispositifs de sauvegarde des droits à la prévoyance collective d'entreprise est également limitée par la durée du maintien des garanties.

⁵⁵⁹ Morvan, P., *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2019, n°350, p. 355.

⁵⁶⁰ CSS., art. L.315-1.

⁵⁶¹ CSS., art. R. 341-8.

⁵⁶² CSS., art. R.341-4.

Section 2 - Les limites affectant la durée des garanties

483. La durée de la sauvegarde des droits est une condition essentielle de son efficacité. Or, malgré le caractère viager du maintien de la garantie frais de santé et l'accroissement de la durée de la portabilité, ces dispositifs n'offrent qu'une protection lacunaire à leurs bénéficiaires (I). Et cela d'autant plus que, destinée à permettre une continuité de la protection, l'articulation entre ces deux dispositifs appelés à se succéder dans le temps s'avère encore difficile malgré les améliorations qui ont pu lui être apportées (II).

I. La protection lacunaire des droits des bénéficiaires

484. Les mécanismes de sauvegarde des droits comportent des limites qui laissent subsister des « trous » dans la protection de leurs bénéficiaires, soit qu'ils les exposent à un risque d'absence de couverture (A), soit qu'ils n'organisent qu'une survie provisoire des garanties (B).

A. Le risque d'absence de couverture

485. L'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale fixe le point de départ de la portabilité à la « *cessation du contrat de travail* », ce qui ne soulève pas de difficulté compte tenu du maintien des avantages et particulièrement de la prévoyance du salarié pendant la durée du préavis⁵⁶³. C'est donc à l'issue de ce dernier, si le salarié l'effectue ou s'il en est dispensé par l'employeur, que débute la portabilité des garanties.

486. Il en va différemment du maintien de la garantie frais de santé prévu par l'article 4 de la loi Évin, qui est susceptible d'être retardé par rapport à la date de rupture du contrat de travail ou de la fin de la portabilité. Ce texte impose, en effet, aux anciens salariés souhaitant bénéficier du dispositif d'en faire « *la demande dans les six mois qui suivent la rupture de leur contrat de travail ou, le cas échéant, dans les six mois suivant l'expiration de la période durant laquelle ils bénéficient à titre temporaire du maintien de ces garanties* ». Il prévoit également que l'organisme délivrant la garantie, dispose d'un délai de deux mois pour adresser une

⁵⁶³ C. trav., art. L. 1234-5.

proposition de maintien de la couverture aux intéressés. C'est donc seulement à compter de la réception de la proposition de maintien que l'ancien salarié est susceptible d'accepter ou non l'offre qui lui est faite.

487. À cet égard, l'article 4 dispose que « *le nouveau contrat ou la nouvelle convention doit prévoir que la garantie prend effet, au plus tard, au lendemain de la demande* ». À la différence de la portabilité qui prend effet dès le jour qui suit celui au cours duquel cesse le préavis, le maintien des droits peut donc, quant à lui, débiter le lendemain du jour de la demande. Ce délai s'ajoute au délai maximum de deux mois sans couverture, pendant lequel l'assureur peut adresser une proposition d'assurance, à la suite de la rupture du contrat de travail ou de la fin de la période de portabilité, ainsi qu'au délai maximum de six mois dont dispose l'ancien salarié pour solliciter le maintien de la garantie. Ces dispositions sont donc de nature à faire naître une période sans assurance au détriment de l'ancien salarié. Ainsi, les éventuels risques survenant pendant ces délais de deux ou de six mois, ainsi que ceux survenant au jour de la demande, ne peuvent faire l'objet d'une prise en charge, faute de couverture durant ces périodes.

488. La fixation du point de départ du maintien de la garantie frais de santé par l'article 4 ne permet donc pas d'assurer une continuité de couverture au profit de l'ancien salarié, et réduit donc, de fait, l'étendue et l'efficacité de ce dispositif de sauvegarde. Cette situation est encore aggravée pour les ayants droit du salarié, pour lesquels ce maintien peut n'être que provisoire.

B. La survie provisoire des garanties

489. Les deux dispositifs de sauvegarde des droits ont des durées extrêmement différentes. Alors que la portabilité est limitée dans le temps et se traduit seulement par un maintien à durée déterminée des droits à la prévoyance (1), l'article 4 prévoit que le maintien de la garantie « *frais de santé* » est sans condition de durée. Cette affirmation doit, cependant, être relativisée pour les personnes garanties du chef de l'ancien salarié, pour lesquels la durée de ce maintien n'est pas assurée (2).

1. Le maintien à durée déterminée des garanties portées

490. La durée de la portabilité apparaît comme une donnée éminemment importante dans le mécanisme de la loi du 14 juin 2013. Elle en constitue même l'intérêt principal. Alors que l'ANI du 11 janvier 2008 prévoyait une durée de portabilité qui ne pouvait être ni inférieure à trois mois ni supérieure au tiers de la durée d'indemnisation de l'assuré par l'assurance chômage, l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale dispose que le maintien des garanties est applicable « *pendant une durée égale à la période d'indemnisation du chômage, dans la limite de la durée du dernier contrat de travail ou, le cas échéant, des derniers contrats de travail lorsqu'ils sont consécutifs chez le même employeur. Cette durée est appréciée en mois, le cas échéant arrondie au nombre supérieur, sans pouvoir excéder douze mois* ». À cet égard, il faut préciser que, contrairement au projet de loi initial⁵⁶⁴ qui prévoyait que la durée des contrats de travail était appréciée en « *mois entiers* », la loi retient la notion de « *mois, le cas échéant arrondi au nombre supérieur* », ce qui traduit la volonté du législateur de favoriser une durée de la portabilité supérieure. En effet, la nouvelle formulation devrait permettre aux salariés bénéficiant d'un contrat d'une durée inférieure à un mois de bénéficier de la portabilité pendant *a minima* un mois et à ceux dont le contrat s'est interrompu en cours de mois de bénéficier d'une durée de leur portabilité prorogée au mois suivant.

491. Toutefois, malgré ces efforts, la durée de la portabilité reste toujours insuffisante. En effet, la durée moyenne du chômage en France est de 388 jours soit 13 mois⁵⁶⁵, ce qui révèle un premier défaut du mécanisme de portabilité qui, ainsi, ne peut pas remplir son objectif d'assurer une continuité des droits entre deux périodes d'activités au profit des salariés privés d'emploi. Pour les personnes dont la période de chômage se prolonge au-delà de douze mois, le dispositif permet uniquement de retarder l'entrée dans une période de précarité en matière de santé, sans atteindre l'objectif de sécuriser la situation des assurés entre deux périodes de travail.

492. On peut également se demander si l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale institue une vraie portabilité, surtout si on la compare à la portabilité d'autres dispositifs. Ainsi, l'ancien droit individuel à la formation permettait au salarié, à la suite de la rupture de

⁵⁶⁴ Assemblée nationale, *Projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi*, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 9 avril 2013, n°103.

⁵⁶⁵ Pôle emploi, *Statistiques, études et évaluation*, Juillet 2020, n°20.017, p. 1 – La durée oscillant entre 182 et 649 jours.

son contrat de travail, d'utiliser chez son nouvel employeur le solde d'heures non utilisées de son droit à la formation⁵⁶⁶. Quant au compte personnel de formation qui l'a remplacé, il est attaché à la personne du salarié⁵⁶⁷ qui le conserve tout au long de sa carrière, les droits inscrits sur ce compte demeurant acquis en cas de changement de situation professionnelle ou de perte d'emploi⁵⁶⁸. On constate que, alors que le droit individuel à la formation peut facilement être exercé chez le nouvel employeur, l'importation chez celui-ci des garanties « portées » par l'ancien salarié serait contraire au caractère collectif des garanties⁵⁶⁹. On peut donc penser que l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale organise une survie provisoire des droits, limitée à la période « *inter-contrats* »⁵⁷⁰ et s'éloigne de la notion de portabilité qui impliquerait la possibilité d'une utilisation de ces droits chez le nouvel employeur.

493. La situation des bénéficiaires de l'article 4 de la loi Évin est différente puisque leur droit au maintien de la garantie « *frais de santé* » n'est soumis à aucune condition de durée, en revanche celle de leurs ayants droit est empreinte d'une certaine précarité.

2. Le maintien précaire de la garantie frais de santé des ayants droit

494. L'article 4 de la loi Évin prévoit le maintien de la garantie « *frais de santé* » des anciens salariés « *sans condition de durée* ». Et, l'article 6 de la même loi, applicable aux garanties maintenues au titre de l'article 4, dispose « *que l'organisme ne peut refuser de maintenir aux intéressés le remboursement ou l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident* ». La combinaison de ces deux textes confirme le principe de l'absence de limitation de durée du maintien de l'assurance « *frais de santé* » au profit de l'ancien salarié. Ce caractère viager constitue selon le Professeur Patrick Morvan le seul avantage de l'article 4 de la loi Évin⁵⁷¹.

495. À l'inverse, lorsque la demande est formulée par les ayants droit du salarié décédé, la pérennité du maintien n'est pas certaine au-delà d'une certaine durée. En effet, l'article 4 pose le principe selon lequel la garantie doit être maintenue pendant une durée

⁵⁶⁶ C. trav., art. L. 6323-18 ancien (L. n°2009-1437, 24 nov. 2009.)

⁵⁶⁷ C. trav., art. L. 6323-1 et L. 5151-2.

⁵⁶⁸ C. trav., art. L. 6323-3.

⁵⁶⁹ Lardy S. et Graujeman E. « Faut-il croire à la portabilité des droits ? », *RDT* 2009, p. 352.

⁵⁷⁰ *Ibid.*

⁵⁷¹ Morvan P., *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 9^{ème} éd. 2019, n°1073, p. 1006.

minimale de douze mois. Mais, le texte ne fixant pas de durée maximale, l'assureur dispose de la possibilité de résilier le contrat⁵⁷² une fois le terme des douze mois atteint. Cette interprétation est confortée par l'article 6⁵⁷³ qui dispose expressément que ses dispositions sont inapplicables au contrat souscrit par les personnes garanties du chef de l'assuré décédé. Ainsi, bien que ne visant pas l'ancien salarié, cette mesure destinée à restreindre la durée du maintien, constitue une limite supplémentaire à l'étendue et donc à l'efficacité du dispositif de maintien des droits.

496. La différence de durée entre le maintien des droits de l'article 4 et la portabilité peut, en outre, être à l'origine de difficultés d'articulation entre les deux dispositifs.

II. Les difficultés d'articulation de la portabilité et du maintien des droits

497. Jusqu'à la loi du 14 juin 2013, l'article 4 de la loi Évin disposait que le salarié ou les ayants droit de l'assuré décédé qui souhaitaient bénéficier du dispositif de maintien de la garantie « *frais de santé* » étaient tenus d'en faire la demande respectivement dans « *les six mois qui suivent la rupture de leur contrat de travail* » ou bien dans les « *six mois suivant le décès* » de l'assuré. Compte tenu de la durée de la portabilité, qui peut s'étendre jusqu'à douze mois, l'article 4 était alors susceptible d'être dépourvu de toute efficacité pour les anciens salariés bénéficiant d'une durée de portabilité supérieure à six mois. Aussi, afin de pallier cette incompatibilité, le législateur a profité de la consécration du dispositif de la portabilité par la loi du 14 juin 2013 pour tenter d'apporter une solution (A). Pour ce faire, le point de départ du délai au cours duquel la demande de maintien des droits doit s'effectuer a été reporté, ce qui n'a, semble-t-il, pas éliminé l'ensemble des obstacles pour les potentiels bénéficiaires du maintien des droits (B).

⁵⁷² Briens, G., « La nouvelle portabilité des garanties de protection sociale complémentaire », *Dr. soc.* 2013, p. 895.

⁵⁷³ Article 6 de la loi Évin qui empêche l'organisme assureur de refuser « de maintenir aux intéressés le remboursement ou l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident ».

A. La solution apportée

498. Les travaux parlementaires illustrent le cheminement du législateur pour parvenir à une articulation correcte des deux dispositifs. En effet, le projet de loi, déposé à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 6 mars 2013, prévoyait de modifier l'article 4 de la loi Évin afin que l'ancien salarié puisse en solliciter le bénéfice « *dans les six mois qui suivent la rupture* » du contrat de travail « *ou le cas échéant, avant l'expiration de la période durant laquelle ils bénéficient à titre temporaire du maintien de ces garanties* »⁵⁷⁴, c'est-à-dire avant l'expiration de la période de portabilité. En effet, la portabilité des droits permettant d'étendre la poursuite des garanties de prévoyance, jusqu'à un an après la rupture du contrat, « *il convient donc logiquement de permettre un déplacement d'un an du curseur, afin que les modalités d'une couverture ultérieure dans de nouvelles conditions puissent bien s'appliquer à l'issue du dispositif de portabilité* »⁵⁷⁵. Le Sénat a retenu une formulation différente, finalement inscrite dans la loi. La possibilité de bénéficier de l'article 4 de la loi Évin est désormais ouverte non pas avant l'expiration de la période de portabilité, mais dans les « *six mois suivant l'expiration de la période durant laquelle ils bénéficient à titre temporaire du maintien de ces garanties* »⁵⁷⁶. Si cette formulation semble, de prime abord, permettre une articulation temporelle parfaite entre les deux dispositifs, la pratique est en réalité moins aisée.

B. Les difficultés persistantes

499. Si l'article 4 de la loi Évin ne pose pas expressément une condition de durée minimale d'affiliation pour bénéficier du dispositif, la nécessaire éligibilité à un revenu de remplacement rend toutefois la tâche plus complexe. En effet, selon l'article 3 de l'Annexe A du décret du 26 juillet 2019 relatif au régime d'assurance chômage, l'ancien salarié est tenu de justifier d'au moins six mois de travail pour bénéficier d'une indemnisation⁵⁷⁷. Autrement dit,

⁵⁷⁴ Gouvernement, *Projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi*, présenté au nom de Ayrault J.-M., enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 6 mars 2013, n°774. p. 24.

⁵⁷⁵ Assemblée nationale, Germain J.-M., *Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2013, p. 56.

⁵⁷⁶ Sénat, *Projet de loi modifié par le Sénat relatif à la sécurisation de l'emploi*, adopté par le Sénat le 20 avril 2013, n°139. p. 7.

⁵⁷⁷ Annexe A du décret n°2019-797 du 26 juillet 2019 relatif au régime d'assurance chômage. La durée d'affiliation doit être au moins égale à 130 jours travaillés (contre 88 jours précédemment) ou 910 heures travaillées (contre 640 heures précédemment) au cours des 24 mois (au lieu de 28 mois antérieurement) qui

en dehors des cas où l'ancien salarié bénéficie d'une rente ou d'une pension de retraite, celui-ci est tenu de justifier d'une durée minimale de travail pour bénéficier d'un revenu de remplacement, et donc du maintien des droits. Cela pose la question de l'efficacité de la nouvelle disposition permettant à l'ancien salarié de solliciter le maintien de sa garantie frais de santé au terme de la période de portabilité. En effet, l'exigence, qui semble posée par l'article 4, que la perception d'un revenu de remplacement soit concomitante à la demande du salarié aggrave une difficulté déjà rencontrée lorsque cette demande est formulée directement après la rupture du contrat de travail. Une durée d'indemnisation par l'assurance chômage inférieure à six mois raccourcit le délai imparti au salarié pour solliciter l'application de l'article 4 et peut être susceptible sinon de l'empêcher, du moins de restreindre ses possibilités de le faire.

500. La situation est plus difficile encore lorsque la demande du salarié intervient à l'issue de la période de portabilité car – compte tenu de la durée moyenne d'indemnisation du chômage qui est de 388 jours⁵⁷⁸ – il risque d'avoir alors épuisé ses droits à l'assurance chômage.

501. Ainsi, un salarié bénéficiant d'une indemnisation pendant une durée de 388 jours (soit 12 mois et 22 jours), peut prétendre dans un premier temps à une portabilité au titre de la loi du 14 juin 2013 d'une durée de douze mois. À l'issue de celle-ci, il dispose, en théorie, de six mois pour effectuer sa demande de maintien des droits au titre de l'article 4. Or, passé un délai de vingt-deux jours à l'issue de la portabilité, soit 388 jours après la rupture du contrat de travail, l'ancien salarié ne bénéficiera plus d'un revenu de remplacement. Il ne pourra donc solliciter l'application de l'article 4 que pendant une période de vingt-deux jours. Cette conséquence, apparaît pourtant contraire à la volonté du législateur, lequel a volontairement modifié cet article afin de pallier cette difficulté. L'éventualité de la fin des droits à l'assurance chômage, au cours de la période de six mois qui fait suite à la fin de la portabilité n'ayant pas été prise en compte, il conviendrait de modifier l'article 4 de telle sorte que l'ancien salarié puisse solliciter le maintien des droits dans « *les six mois suivant la rupture de son contrat de travail ou, le cas échéant, dans les six mois suivant l'expiration de la période durant laquelle ils bénéficient à titre temporaire du maintien de ces garanties* [dès lors que les conditions d'ouverture des droits à un revenu de remplacement étaient réunies à la date de la rupture du contrat de travail] ». Une telle formulation permettrait de sécuriser les anciens salariés qui

précèdent la fin du contrat de travail pour les salariés âgés de moins de 53 ans à la date de la fin de leur contrat de travail.

⁵⁷⁸ Pôle emploi, *Statistiques, études et évaluation*, Juillet 2020, n°20.017, p. 1.

seraient ainsi assurés que leur demande, exercée dans les six mois suivant la rupture de leur contrat de travail ou de la fin de leur période portabilité, ne soit pas rejetée pour défaut de perception d'un revenu de remplacement.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

502. La mesure des droits sauvegardés est révélatrice des limites des dispositifs de maintien ou de portabilité des droits, que celles-ci tiennent de leur imprécision ou de leur conception même.

503. Ainsi, souvent critiquée, l'imprécision de l'article 4 de la loi Évin est à l'origine d'un certain nombre de freins à son efficacité, dont le principal est sans doute qu'elle a conduit la Cour de cassation à retenir une interprétation certes conforme à la lettre de la loi, mais aux conséquences contraires au but recherché. La protection des anciens salariés ne sort, en effet, nullement renforcée de l'obligation imposée par cette jurisprudence de leur maintenir sans modification la couverture « *frais de santé* » applicable aux actifs, alors que l'adaptation des garanties à l'évolution des risques auxquels ils sont soumis apparaît pourtant comme indispensable. Inadaptée à leur situation, cette solution a nécessairement engendré un désintérêt pour cette disposition à l'origine de l'échec du dispositif.

504. Quant à la portabilité, si elle concerne l'ensemble des garanties prévoyance et non, comme l'article 4, la seule couverture complémentaire santé, elle comporte néanmoins deux limites importantes qui constituent autant de freins à son efficacité. La première est relative au plafonnement des prestations portées au niveau du montant des allocations chômage perçues par l'ancien salarié. Outre que son champ d'application est mal précisé et sujet à interprétation, cette limite est de nature à réduire l'intérêt et l'intelligibilité de la portabilité en empêchant un maintien des garanties à un niveau similaire à celui des actifs. La seconde limite tient au caractère seulement provisoire du maintien des garanties, qui fait douter que le dispositif institué par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale puisse s'analyser en une véritable portabilité. En effet, non seulement « *les anciens salariés ne porteront jamais leur garantie nulle part* »⁵⁷⁹, mais, avec une durée moyenne de recherche d'emploi oscillant entre 182 et 649 jours⁵⁸⁰, la durée maximale de la portabilité ne permet pas de sécuriser l'intégralité de la période sans emploi des anciens salariés.

⁵⁷⁹ Serizay B., « La portabilité des droits de protection sociale », *SSL*, n° 1366, 2010, p.7.

⁵⁸⁰ Pôle emploi, *Statistiques, études et évaluation*, Juillet 2020, n°20.017, p. 2.

505. Enfin, malgré la tentative d'articulation des deux dispositifs, des difficultés perdurent et sont susceptibles d'empêcher la mise en œuvre de l'article 4 de la loi Évin tout en ne réglant pas la problématique de la durée limitée de la portabilité.

CONCLUSION DU TITRE 1

506. Les dispositifs de sauvegarde des droits comportent de nombreuses lacunes qui en altèrent l'efficacité.

507. Coût prohibitif de la couverture complémentaire santé maintenue par le jeu de l'article 4 de la loi Évin et inadaptation de son contenu à la situation nouvelle des anciens salariés... dissuadent les bénéficiaires potentiels d'en demander le bénéfice, et, soit, les jettent sur le marché de la prévoyance complémentaire où ils pourront souscrire un contrat plus adapté à leurs besoins, mais cher, ou un contrat « *low cost* » soit, pire, les laissent sans couverture santé.

508. Il s'agit d'une portabilité, certes gratuite pour ses bénéficiaires, mais financée par la collectivité des actifs au prix soit d'une augmentation de leurs charges y compris fiscales soit d'une baisse du niveau des garanties. Pour quel résultat ? Une survie temporaire des garanties le temps de l'indemnisation de l'intéressé par l'assurance chômage, et encore dans la limite maximale de douze mois.

509. Dans les deux cas, les résultats ne sont pas satisfaisants. Dans son état actuel, l'article 4 de la loi Évin ne répond pas à la finalité poursuivie par le législateur d'organiser un régime très protecteur permettant aux anciens salariés, tout particulièrement aux retraités, de conserver, à des tarifs encadrés, la garantie « *frais de santé* » dont ils bénéficiaient antérieurement, bien au contraire même, puisque le public principalement visé par ce texte s'en détourne.

510. Quant à la portabilité, elle ne répond qu'imparfaitement à la volonté du législateur et des partenaires sociaux d'assurer une sécurisation des transitions professionnelles dans la mesure où le chômeur ne sera couvert que pendant une durée limitée.

511. Une réflexion s'impose sur l'évolution de ces dispositifs afin de parvenir à une meilleure efficacité. Encore faudrait-il y inclure les obstacles auxquels ils se heurtent lors de leur mise en œuvre.

TITRE 2 - LES FREINS INHÉRENTS AUX DIFFICULTÉS DE MISE EN ŒUVRE DE LA SAUVEGARDE DES DROITS

512. Tout dispositif nouveau se trouve inévitablement confronté lors de sa mise en œuvre « *sur le terrain* » à des obstacles qui n’avaient pas été envisagés ou aplanis par ses concepteurs.

513. La portabilité des droits à la prévoyance⁵⁸¹ s’inscrit tout à fait dans ce schéma alors même que l’on aurait pu penser que les attentions conjuguées des partenaires sociaux et du législateur étaient de nature à éviter ces écueils et à permettre une heureuse « *sécurisation des conditions de sa mise en œuvre* »⁵⁸². La pratique révèle, au contraire, que les premières applications de l’article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale se heurtent à une double série de difficultés sur certaines desquelles les tribunaux ont commencé à se prononcer.

514. Ces difficultés de mise en œuvre sont de deux ordres. Les premières sont relatives à la situation du bénéficiaire de la portabilité lui-même. De façon quelque peu abstraite, il a été prévu que tout salarié dont la rupture du contrat de travail ouvre droit aux allocations d’assurance chômage serait éligible à la portabilité de ses droits. Mais il a été oublié au passage que le régime d’assurance chômage comporte ses propres règles qui constituent autant de contraintes techniques et juridiques dont l’articulation avec la portabilité est source de difficultés. Et il n’a pas été envisagé non plus que les circonstances dans lesquelles intervient la rupture du contrat de travail peuvent être susceptibles de complexifier encore la situation (Chapitre 1).

515. La seconde difficulté est relative à l’entreprise. Il n’a pas été tenu compte, ou insuffisamment⁵⁸³, des vicissitudes pouvant affecter la vie de l’entreprise. Or, bien que l’ancien

⁵⁸¹ Les difficultés de mise en œuvre de la sauvegarde des droits ne concernent que la portabilité qui, pour cette raison, sera l’objet exclusif de ce titre.

⁵⁸² Roulet V., « La portabilité des droits de prévoyance au vu de la sécurisation de l’emploi », *Dr. soc.* 2013, p. 901.

⁵⁸³ En réalité, le législateur avait perçu le problème – ou du moins une partie de celui-ci – puisqu’il avait demandé au gouvernement de lui remettre un rapport (avant le 1^{er} mai 2014) sur les modalités de prise en charge

salarié bénéficiaire de la portabilité n'ait plus de lien juridique avec son ancienne entreprise, il reste néanmoins – pour la mise en œuvre de ce droit – temporairement considéré comme faisant toujours partie de la collectivité de travail. Les garanties maintenues à son bénéfice « *sont celles en vigueur dans l'entreprise* »⁵⁸⁴. Leur financement repose sur un système de mutualisation par cotisations versées par les actifs. Il en résulte que la disparition de l'entreprise à la suite de sa restructuration ou de sa mise en liquidation est susceptible de remettre en cause les garanties portées soit directement soit par tarissement de leur financement (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Les freins tenant à la situation du salarié

Chapitre 2 – Les freins tenant à la situation de l'entreprise

du maintien des garanties en cas de liquidation judiciaire de l'employeur (L. n° 2013-504, 14 juin 2013, JO n°0138 du 16 juin 2013, art. 4).

⁵⁸⁴ CSS, art. L. 911-8.

CHAPITRE 1 - LES FREINS TENANT A LA SITUATION DU SALARIÉ

516. L'exercice par l'ancien salarié de son droit à la portabilité est subordonné à la condition qu'il soit pris en charge par l'assurance chômage sans plus de précision. Or, les règles d'indemnisation de ce régime n'ont pas été adaptées, et leur application à la portabilité soulève des difficultés qui en perturbent la mise en œuvre (Section 1).

517. Une autre difficulté est susceptible d'apparaître en cas de suspension du contrat de travail antérieure ou concomitante à la rupture. Cette situation complexifie encore la mise en œuvre de la portabilité (Section 2).

Section 1 – L'effet perturbateur des règles d'indemnisation du chômage

Section 2 – L'effet perturbateur des incidents liés au contrat de travail

Section 1 - L'effet perturbateur des règles d'indemnisation du chômage

518. Les délais d'indemnisation par l'assurance chômage peuvent retarder voire empêcher la mise en œuvre de la portabilité des droits (I). A cette première difficulté s'ajoutent celles susceptibles de survenir en cas de reprise d'une activité au cours de la période de portabilité (II).

I. Les délais d'indemnisation

519. En subordonnant le bénéfice de la portabilité à une « *cessation du contrat de travail [...] ouvrant droit à prise en charge par le régime d'assurance chômage* » et en n'exigeant pas, comme le faisait l'avenant du 18 mai 2009⁵⁸⁵, que le salarié justifie « *de sa prise*

⁵⁸⁵ Avenant n°3 du 18 mai 2009 à l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 *sur la modernisation du marché du travail*.

en charge » par ce régime, l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale neutralise les différés d'indemnisation et le délai d'attente imposés par l'assurance chômage.

520. L'ancienne formulation avait laissé penser que le bénéfice de la portabilité devait être suspendu jusqu'à la date d'ouverture effective des droits aux allocations chômage, ce qui pouvait en retarder de plusieurs semaines voire de plusieurs mois l'entrée en vigueur et engendrer une rupture de prise en charge⁵⁸⁶.

521. La position retenue par le Ministre du travail, qui avait déclaré que « *le dispositif entre en vigueur dès la cessation du contrat de travail et non au moment où le salarié est indemnisé par l'assurance chômage* »⁵⁸⁷, n'était pas de nature à faire disparaître la difficulté et pouvait même être à l'origine d'une certaine insécurité juridique eu égard à son absence de portée contraignante.

522. L'article L. 911-8 clarifie la situation et met fin à cette difficulté. Désormais, le salarié doit justifier, non de sa prise en charge, mais seulement de l'ouverture de ses droits à l'assurance chômage, ce qui, dans la mesure où celle-ci est soumise à des conditions objectives⁵⁸⁸, peut se vérifier dès la rupture du contrat de travail.

523. Si la difficulté liée aux différés d'indemnisation a disparu, il en va différemment de celle liée aux éventuelles reprises d'activité susceptibles de survenir au cours des périodes de portabilité.

II. La reprise d'une activité

524. La loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi⁵⁸⁹ ne prévoit aucune disposition au profit des salariés qui reprennent une activité pendant la période de portabilité. La reprise de cette activité entraîne en principe la fin de la période d'indemnisation par

⁵⁸⁶ Bistondi C., « La portabilité des droits santé et prévoyance : de quelques difficultés pratiques », *Gaz. Pal.* 2015, n°258, p. 13.

⁵⁸⁷ Gouvernement, Rép. min. QE n°71072, Colombier G., JOAN, 23 mars 2010. p. 3484.

⁵⁸⁸ Annexe A du décret n°2019-797 du 26 juillet 2019 *relatif au régime d'assurance chômage*, Art. 1 à 8.

⁵⁸⁹ L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JO n°0138 du 16 juin 2013.

l'assurance chômage et *ipso facto* la fin de la période de portabilité de la prévoyance⁵⁹⁰. Ainsi, dans l'hypothèse où cette reprise de travail ne se concrétiserait pas dans la durée et où il serait mis fin au contrat de travail avant une ouverture de nouveaux « *droits à remboursement* »⁵⁹¹ chez son nouvel employeur, l'ancien salarié ne bénéficierait plus de la portabilité. De plus, quand bien même de nouveaux droits à remboursement auraient été ouverts, le salarié pourrait tout à fait ne pas avoir droit à une durée de portabilité équivalente au reliquat de celle acquise chez son précédent employeur. Il serait ainsi lésé dans le bénéfice de ce droit dont il n'aurait pas profité intégralement malgré sa cotisation en tant qu'actif⁵⁹² (A). A cette première difficulté s'ajoute une seconde liée au fait que la reprise d'activité n'est pas nécessairement exclusive du versement de l'allocation de retour à l'emploi ; et que, dans une telle hypothèse, elle devra s'articuler avec la poursuite de la portabilité (B).

A. La perte des droits à portabilité

525. Du fait de la nécessité pour le salarié de justifier « *auprès de son organisme assureur, à l'ouverture et au cours de la période de maintien des garanties* » des conditions prévues à l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, et donc du versement de l'allocation de retour à l'emploi, la reprise d'activité, sans poursuite du versement de cette allocation, entraîne *ipso facto* la fin de la portabilité des droits. Pourtant, ce texte, qui dispose que « *le maintien des garanties est applicable [...] pendant une durée égale à la période d'indemnisation du chômage* », ne fait aucune référence ni au caractère continu de cette durée d'indemnisation ni à une quelconque reprise d'activité. On peut donc penser que la reprise d'une activité salariée devrait permettre au travailleur n'ayant pas épuisé l'ensemble de ses droits à portabilité d'en solliciter la poursuite en cas de « *reprise* » de son indemnisation par l'assurance chômage après la rupture de son nouveau contrat de travail. Cette analyse se heurte néanmoins à une difficulté liée à la généralisation de la complémentaire santé par l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale, selon lequel les employeurs « *[...] sont tenus de faire bénéficier leurs salariés [...]* » d'une complémentaire santé sans « *qu'aucun salarié* » ne puisse

⁵⁹⁰ CSS, art. L. 911-8 : « Le maintien des garanties est applicable à compter de la date de cessation du contrat de travail et pendant une durée égale à la période d'indemnisation du chômage ».

⁵⁹¹ CSS, art. L. 911-8 : « Le bénéfice du maintien des garanties est subordonné à la condition que les droits à remboursements complémentaires aient été ouverts chez le dernier employeur ».

⁵⁹² Roulet V. « La portabilité des droits de prévoyance au vu de la sécurisation de l'emploi », *Dr. soc.* 2013, p. 901.

en être exclu « *au titre d'une clause d'ancienneté* »⁵⁹³. Il en résulte que, si les conditions sont réunies, la seule portabilité à laquelle pourra prétendre l'ancien salarié, sera celle liée aux nouveaux droits acquis lors de la reprise d'activité. Mais, la couverture des autres risques n'ayant pas été généralisée, l'ancien salarié perdrait alors ses droits à portabilité de la prévoyance lourde non utilisés, dans le cas où aucune garantie de ce type n'aurait été instituée chez son dernier employeur.

526. Prenons l'exemple d'un salarié ayant une ancienneté de plus d'un an au titre d'un précédent emploi et qui bénéficie d'un droit à portabilité de douze mois. S'il retrouve un emploi après six mois d'indemnisation et le perd deux mois plus tard, il devrait normalement perdre le bénéfice du reliquat des six mois de droit à portabilité non utilisés lors de la première période d'indemnisation par l'assurance chômage. Une telle situation, préjudiciable au salarié, pourrait être évitée par la mise en place d'un dispositif de reprise et de rechargement des droits à portabilité inspiré des solutions de l'assurance chômage (1). Un tel mécanisme étant impossible à mettre en œuvre en l'état, la solution pourrait résider dans un cumul d'assurance (2).

1. Vers une reprise et un rechargement des droits à portabilité ?

527. Bien que l'article L. 911-8 n'en évoque nullement la possibilité, un report des droits non utilisés par le salarié serait de nature à garantir l'effectivité du dispositif en permettant que la portabilité s'exerce pendant toute « *la période d'indemnisation* »⁵⁹⁴. Un tel mécanisme existe en matière d'assurance chômage et permet d'éviter que les chômeurs qui retrouvent un emploi en cours d'indemnisation n'aient plus de droit en cas de perte de ce nouvel emploi avant d'avoir acquis de nouveaux droits au chômage⁵⁹⁵. Ce dispositif permet à l'allocataire qui n'a pas épuisé la totalité de ses droits lors de la période d'indemnisation précédemment ouverte, de bénéficier d'une reprise de ses droits c'est-à-dire du reliquat des droits antérieurs⁵⁹⁶. Ainsi, un salarié bénéficiant d'un droit à 365 jours d'indemnisation et qui est indemnisé pendant 200 jours avant de reprendre une activité pendant deux mois, peut bénéficier à l'issue de cette activité, d'une reprise de ces droits à hauteur du reliquat de sa

⁵⁹³ Circ. ACOSS 2015-45 du 12 août 2015, Contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de retraite et de prévoyance - Respect du caractère collectif et obligatoire : apports du décret n° 2014-786 du 8 juillet 2014.

⁵⁹⁴ CSS, art. L. 911-8.

⁵⁹⁵ Annexe A du décret n°2019-797 du 26 juillet 2019 *relatif au régime d'assurance chômage*, art. 26.

⁵⁹⁶ *Ibid.*

période d'indemnisation initiale soit 165 jours⁵⁹⁷. Notons que cette reprise n'est possible qu'à l'intérieur d'un délai maximum⁵⁹⁸ au-delà duquel le salarié est déchu de ses droits. Le salarié ne doit pas, non plus, renoncer volontairement à sa dernière activité professionnelle⁵⁹⁹. La transposition de ce dispositif de « *reprise des droits* » pourrait permettre, en cas de rupture du contrat de travail postérieurement à une reprise d'emploi en cours d'indemnisation, une reprise des droits à portabilité non utilisés.

528. Une fois le reliquat de droits épuisé, l'ancien salarié pourrait ensuite prétendre, comme en matière d'assurance chômage, à un rechargement de ses droits. Ce mécanisme permet de prendre en compte toutes les périodes d'activité du salarié pour déterminer la durée d'indemnisation à laquelle il peut prétendre⁶⁰⁰. Il ne remplace pas la reprise des droits, mais en prend la suite. Le mécanisme est le suivant : lors de la rupture du dernier contrat de travail, l'organisme de gestion de l'assurance chômage totalise l'ensemble des périodes d'activité du chômeur depuis la perte d'emploi initiale afin de calculer sa nouvelle durée d'indemnisation⁶⁰¹. Ainsi, un salarié qui bénéficierait d'une allocation de retour à l'emploi pour une durée de 200 jours et qui n'en utiliserait que 100 avant de reprendre un emploi pendant 200 jours, rechargerait ses droits de 200 jours d'allocations. En conséquence, il bénéficierait, à l'issue de cette activité, d'une reprise du versement de l'allocation pour une durée de 100 jours (reprise des droits), au terme desquels s'ouvrirait une nouvelle période d'indemnisation de 200 jours au titre du rechargement. Toutefois pour bénéficier de ce dispositif le chômeur doit justifier « *d'une durée d'affiliation au régime d'assurance chômage [...] d'au moins 910 heures travaillées ou 130 jours travaillés au titre d'une ou plusieurs activités exercées antérieurement à la date de fin des droits* »⁶⁰² et seules les activités exercées sur une période maximale de 24 mois précédant la dernière fin de contrat de travail sont prises en compte pour le rechargement⁶⁰³. Enfin, cela suppose qu'il remplisse toujours l'ensemble des conditions d'attribution d'une allocation chômage.

⁵⁹⁷ Droits initiaux – Droits utilisés = droits restants soit en l'espèce : 365 – 200 = 165 jours.

⁵⁹⁸ Annexe A, préc., art. 26, §1, a) : Le temps écoulé depuis la date d'admission à la période d'indemnisation considérée n'est pas supérieur à la durée de cette période augmentée de trois ans de date à date.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, art. 26, §1, a), art. 26, §1, b).

⁶⁰⁰ Accord national interprofessionnel du 22 mars 2014, *relatif à l'indemnisation du chômage*, art. 1, p. 2.

⁶⁰¹ Unédic, *Droits rechargeables*, Fiches thématique, Novembre 2017, p. 2-3 ; Unédic, *Droits rechargeables : élargissement de l'accès au droit d'option pour prendre en compte les difficultés d'application*, Dossier d'information, Mars 2015, p. 4.

⁶⁰² Annexe A, préc., art. 28.

⁶⁰³ *Ibid.*

529. Ce dispositif, parfaitement complémentaire de la reprise des droits, s'intègre pleinement dans l'objectif de sécurisation des parcours professionnels en incitant les demandeurs d'emploi à ne pas renoncer à leurs initiatives professionnelles, de peur de perdre leurs allocations⁶⁰⁴. Ce dispositif permet donc de prolonger les droits au chômage des salariés et de leur éviter les déperditions liées à la reprise d'un emploi durant la période d'indemnisation.

530. Les droits à portabilité s'appuyant sur les droits au chômage, on pourrait envisager de les faire bénéficier du même dispositif de rechargement. Ainsi, à l'issue du dernier contrat de travail, le salarié bénéficierait, d'abord, du reliquat de la portabilité initiale non utilisée, puis, après épuisement de celui-ci, de la portabilité de la couverture en vigueur chez son dernier employeur.

531. Dans notre exemple, à l'issue du contrat de travail de deux mois, l'ancien salarié retrouverait l'assureur de son premier employeur afin d'épuiser les six mois de portabilité inutilisés, puis bénéficierait des deux mois de droit qui auraient été « *rechargés* » auprès de l'assureur de son dernier employeur. Cette situation apparaît néanmoins difficilement envisageable et ne semble pas correspondre à la volonté du législateur qui vise à sécuriser les parcours professionnels au moyen d'une simple formalité par le salarié.

532. Une deuxième possibilité est néanmoins envisageable. Elle consisterait à laisser l'ancien salarié bénéficier, d'abord, de la portabilité afférente à son dernier contrat de travail, puis à le renvoyer vers l'assureur de son précédent employeur pour le reliquat de portabilité initiale non utilisé. Dans notre exemple, le salarié pourrait ainsi prétendre au maintien de couverture pendant une durée de deux mois minimum au titre de son dernier emploi, le précédent assureur prenant ensuite le relais afin d'épuiser le reliquat de six mois non utilisé des droits à portabilité correspondant au précédent emploi. Cette seconde hypothèse paraît plus praticable d'un point de vue technique dans la mesure où elle réduit au minimum le nombre de changement d'assureur et assure une meilleure continuité des garanties. En effet, il suffirait au salarié d'informer l'organisme assureur qu'il remplit de nouveau les conditions requises pour bénéficier du dispositif à l'issue de l'épuisement de ses droits à portabilité « *rechargés* ».

⁶⁰⁴ Unédic, *Droits rechargeables : élargissement de l'accès au droit d'option pour prendre en compte les difficultés d'application*, préc.

533. Il reste qu'aucune de ces situations n'a été envisagée par le législateur et qu'il est exclu que ces solutions soient retenues par les juges. Il serait néanmoins opportun que le législateur travaille sur cette difficulté eu égard à sa volonté de sécuriser les parcours professionnels caractérisés par une succession de contrats courts. En effet, le résultat n'est pas à la hauteur des attentes. Si le dispositif est efficace en cas de longue période de chômage suivie d'une période d'emploi se prolongeant dans le temps, il devient totalement inefficace en cas de successions de plusieurs contrats courts.

534. Une reprise des droits à portabilité apparaît donc possible. Néanmoins, eu égard à la complexité de sa mise en œuvre, liée aux difficultés d'information des assureurs successifs par l'ancien salarié et à la succession de contrats aux garanties susceptibles de différer, une autre voie est envisageable, qui écarterait ces difficultés et permettrait une reprise du reliquat des droits à portabilité non utilisés. Néanmoins, à la différence du mécanisme de reprise où se succèdent deux périodes de portabilité successives, il s'agirait de poursuivre le reliquat de droits non utilisés, lors de la reprise d'activité, sans pour autant annihiler la portabilité liée aux nouveaux droits « *rechargés* » par le dernier contrat de travail. En effet, cette situation conduirait à un cumul de contrats et l'on pense alors immédiatement à l'application des principes applicables en cas de « *concours d'assurances* ».

2. Vers un cumul d'assurances ?

535. On parle « *d'assurances multiples cumulatives lorsque plusieurs assurances sont prises simultanément sur un même risque* »⁶⁰⁵. Ces assurances multiples sont uniquement régies par l'article L. 121-4 du Code des assurances qui dispose qu'il y a cumul d'assurances lorsque l'on est « *assuré auprès de plusieurs assureurs par plusieurs polices, pour un même intérêt, contre un même risque* »⁶⁰⁶. Ce principe s'applique uniquement « *aux assurances de dommages, aux assurances de responsabilité comme aux assurances de choses* »⁶⁰⁷ et non aux assurances de personnes dont relève la prévoyance complémentaire⁶⁰⁸, lesquelles ne sont pas

⁶⁰⁵ Lambert-Faivre Y. et Leveneur L., *Droit des assurances*, 14ème éd., Dalloz, 2017, n° 589, p. 426.

⁶⁰⁶ C. ass., art. L. 121-4 : « Celui qui est assuré auprès de plusieurs assureurs par plusieurs polices, pour un même intérêt, contre un même risque, doit donner immédiatement à chaque assureur connaissance des autres assureurs [...] »

⁶⁰⁷ Lambert-Faivre Y. et Leveneur L., *op. cit.*, n° 540, p. 416.

⁶⁰⁸ Bigot J., (dir.), *Les assurances de personnes* : t. 4, 2007, n°9, p. 7.

« régies par le principe indemnitaire »⁶⁰⁹. Pour autant, elles ne sont pas nécessairement exclues de ce principe⁶¹⁰. En effet, la Cour de cassation considère qu'il y a lieu de rechercher la nature de chaque prestation pour déterminer si celle-ci possède ou non un caractère indemnitaire⁶¹¹.

536. Le principe du cumul d'assurances est donc susceptible de s'appliquer en matière de prévoyance à la condition de démontrer que la garantie en question possède un caractère indemnitaire. Or, l'article 9 de la loi Évin a posé en principe que « *les remboursements ou les indemnités des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident ne peuvent excéder le montant des frais restant à la charge de l'assuré ou de l'adhérent après les remboursements de toute nature auxquels il a droit et avant la prise en charge instaurée par l'article L. 861-3 du code de la sécurité sociale* ». Dans la mesure où cette disposition consacre le caractère indemnitaire des prestations versées dans le cadre d'une garantie « *frais de santé* », l'article L. 121-4 du Code des assurances devrait pouvoir s'appliquer. Or, ce texte dispose qu'en cas de concours, le bénéficiaire de l'assurance peut s'adresser à l'assureur de son choix avec la possibilité de réclamer le surplus auprès de l'autre assureur, à la condition qu'il y ait identité de souscripteur⁶¹². En revanche, en cas de cumul ne remplissant pas ces conditions, le bénéficiaire est tenu de choisir l'assureur qui supportera seul le sinistre sauf à ce qu'il existe une clause de subsidiarité dans le contrat d'assurance. Dans notre hypothèse, le souscripteur du contrat d'assurance étant l'employeur, il y a nécessairement une absence d'identité de souscripteur rendant inapplicable l'article L. 121-4 du Code des assurances. C'est donc un cumul qui permettrait uniquement au salarié de solliciter la prise en charge du sinistre auprès d'un des deux assureurs sans espérer que le surplus puisse être réclaté auprès de l'autre assureur.

537. Il faut toutefois préciser que pour régler ce cumul d'assurances en matière de garanties collectives et accentuer la sécurité juridique des bénéficiaires d'assurances multiples, la loi Évin a laissé le soin au pouvoir réglementaire d'en déterminer « *les modalités d'application [...] en cas de pluralité d'organismes garantissant l'assuré ou l'adhérent* » en

⁶⁰⁹ Bigot J., (dir.), *op. cit.*, n° 590, p. 427.

⁶¹⁰ Bigot J., (dir.), *op. et loc. cit.*

⁶¹¹ Cass. 1^{ère} civ., 3 avr. 1973, n° 71-13.350, *Bull. civ.*, I, n°124, p. 113 ; Cass. ass. plén., 19 déc. 2003, n°01-10.670, Rapport de Madame Tric, Conseiller rapporteur ; *Resp. civ. et assur.*, 2004, 7, note Groutel H. ; *RTD civ.* 2004, p. 303, note Jourdain P.

⁶¹² Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2000, n°98-11.891 ; *RGDA* 2000, n°4, p. 1052, note Kullmann J.

matière de garanties « *frais de santé* ». Or, il ressort du décret du 30 août 1990⁶¹³, pris en application de cette loi, que les « *garanties de même nature contractées auprès de plusieurs organismes produisent leurs effets dans la limite de chaque garantie* »⁶¹⁴, mais surtout que le « *bénéficiaire du contrat peut obtenir l'indemnisation en s'adressant à l'organisme de son choix* »⁶¹⁵. Cette disposition permet de sécuriser le remboursement en cas de cumul de garanties « *frais de santé* », tout en le facilitant. En effet, alors que l'assuré est contraint de choisir un assureur pour bénéficier du remboursement en cas de cumul non conforme à l'article L. 121-4 du Code des assurances, le décret du 30 août 1990 lui permet non seulement de choisir l'assureur de son choix parmi ceux auprès desquels il est affilié, mais également de solliciter le second assureur afin d'obtenir un complément de remboursement en respectant la limite de l'intégralité de la dépense.

538. Cette possibilité, applicable en matière de cumul de complémentaires santé, n'est pas dépourvue d'intérêt. Elle permettrait au bénéficiaire de la portabilité, à l'issue de son dernier contrat, de conserver ses droits à portabilité sans que cela ne le prive des nouveaux droits acquis grâce au second contrat de travail. En effet, l'ancien salarié bénéficierait de droits à portabilité acquis au titre de sa dernière activité, et pourrait solliciter concomitamment la reprise du reliquat de ses droits antérieurs qui auraient été suspendus pendant l'exécution du second contrat de travail. Il en résulterait un cumul de portabilité sans que cela ne puisse entraîner un cumul de la durée des différentes périodes de portabilité. En effet, ce cumul perdurerait seulement jusqu'à l'épuisement, soit du reliquat des droits à portabilité lié au précédent contrat, soit des nouveaux droits, le salarié ne bénéficiant plus ensuite que des droits non épuisés.

539. Comme en matière de rechargement et de reprise des droits, une intervention législative apparaît nécessaire afin de mettre en place un tel dispositif qui aurait pour avantage de permettre au salarié de conserver ses droits à remboursement pendant la durée initialement prévue et malgré une reprise d'emploi sans maintien de l'allocation de retour à l'emploi. Elle permettrait, en outre, d'éviter la difficulté liée à la succession d'assureurs en cas d'application d'un dispositif de reprise des droits.

⁶¹³ D. n°90-769 du 30 août 1990, JO n°202 du 1 sept. 1990, *pris pour l'application des articles 4, 9 et 15 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, art. 2.

⁶¹⁴ *Ibid.*

⁶¹⁵ *Ibid.*

540. Si la question des droits inutilisés se pose, c'est parce que la reprise d'une activité engendre, en l'état du droit positif, automatiquement la perte des droits à portabilité inutilisés. Cette perte des droits est à l'opposé de ce que l'on observe en matière de droit à l'assurance chômage où, non seulement la reprise d'une activité n'est pas à l'origine d'une perte des droits acquis, mais n'est pas non plus nécessairement à l'origine d'un arrêt d'indemnisation au cours de la reprise d'activité. Cette possibilité permet ainsi d'envisager une poursuite de la portabilité malgré la reprise d'une activité professionnelle, ce qui n'est pas sans soulever de nouvelles difficultés.

B. L'articulation avec la poursuite de la portabilité

541. En matière d'assurance chômage, le retour à une activité professionnelle est régi par l'article 25 du décret n°2019-797 du 26 juillet 2019 qui dispose que « *l'allocation d'aide au retour à l'emploi n'est pas due lorsque l'allocataire retrouve une activité professionnelle salariée ou non* »⁶¹⁶. Néanmoins, dans une logique d'incitation à la reprise d'emploi, l'article 30 institue une exception à la fin du versement de l'allocation de retour à l'emploi en cas de reprise d'activité du bénéficiaire et autorise le cumul de l'allocation avec les revenus tirés de cette activité, que celle-ci soit salariée ou non⁶¹⁷, dans la limite du montant du salaire brut antérieurement perçu par l'allocataire⁶¹⁸.

542. Dans la mesure où l'élément déterminant de la mise en œuvre de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale est la perception par l'ancien salarié d'une indemnisation par l'assurance chômage et où la portabilité de la prévoyance est prévue pour s'appliquer « *pendant une durée égale à la période d'indemnisation du chômage* »⁶¹⁹, il paraît logique que le cumul de revenus d'activité avec l'allocation de retour à l'emploi n'ait pas pour conséquence d'empêcher une poursuite du dispositif de la portabilité⁶²⁰. Alors que la reprise d'une activité non salariée ne pose aucune difficulté dans la mesure où les travailleurs non-salariés ne sont pas concernés par la généralisation de la complémentaire santé, il en va différemment en cas de reprise d'une activité salariée qui implique que les droits portés soient, alors, articulés avec les

⁶¹⁶ Décret n°2019-797 du 26 juillet 2019 *relatif au régime d'assurance chômage*, art. 25.

⁶¹⁷ Décret préc., art. 30.

⁶¹⁸ Décret préc., art. 31. Les articles 30 à 34 énoncent quant à eux les conditions nécessaires à un tel cumul.

⁶¹⁹ CSS, art. L. 911-8

⁶²⁰ Barthélémy J. et Béal S. et Le Meur J.-R., « Portabilité en matière de prévoyance : regards croisés », *CDRH*, 2010, n°161/162, p. 25.

garanties liées au nouvel emploi. La portabilité de la prévoyance lourde soulèvera, à cet égard, des difficultés plus importantes (1) que celle des frais de santé (2).

1. La portabilité de la garantie frais de santé

543. Le chômeur qui reprend une activité bénéficie nécessairement, eu égard à sa généralisation, de la complémentaire santé, en vigueur dans sa nouvelle entreprise. S'il a conservé son droit à portabilité, il se trouvera dans une situation de cumul d'assurance. Ce cumul étant régi par le décret du 30 août 1990, il pourra non seulement choisir l'assureur de son choix parmi ceux auprès desquels il est affilié, mais également solliciter le second assureur afin d'obtenir un complément de remboursement dans la limite de l'intégralité de la dépense. Ainsi, si la complémentaire santé souscrite par le nouvel employeur offre des prestations inférieures à celles de la garantie portée, il pourrait être intéressant pour le salarié de se prévaloir de cette dernière afin d'augmenter le montant de ses remboursements. À l'inverse, si la complémentaire santé souscrite par son nouvel employeur offre des garanties supérieures, un cumul des deux complémentaires n'offrirait aucun avantage. Le choix pour l'assuré de ne pas cumuler ses deux complémentaires permettrait ainsi de conserver le reliquat de droits à portabilité non utilisés pendant la période de reprise d'activité et de pouvoir en solliciter la reprise en cas d'une éventuelle rupture du contrat ouvrant droit à portabilité. Mais il faudrait que l'article L. 911-8 soit modifié en ce sens⁶²¹.

544. Si la création d'un droit d'option au profit du salarié bénéficiant de la portabilité apparaît comme une solution en cas de reprise d'emploi avec un maintien de l'indemnisation chômage, une autre solution pourrait être mise en œuvre. En effet, le salarié pourrait se prévaloir d'une des possibilités de dispense d'affiliation, offertes en matière de complémentaire santé, afin de conserver uniquement la complémentaire santé portée.

545. Parallèlement à la généralisation de la couverture complémentaire santé, l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale prévoit la faculté pour les salariés concernés d'être « dispensés, à leur initiative, de l'obligation de couverture, eu égard [...] au fait qu'ils disposent par ailleurs d'une couverture complémentaire »⁶²². L'article D. 911-2 précise les différentes

⁶²¹ V. *supra*. n°529 et s.

⁶²² CSS, art. L. 911-7.

catégories de salariés pouvant bénéficier d'une dispense d'adhésion. Il s'agit notamment des « *salariés couverts par une assurance individuelle de frais de santé au moment de la mise en place des garanties ou de l'embauche si elle est postérieure* »⁶²³, et ce « *jusqu'à échéance du contrat individuel* »⁶²⁴. Le salarié bénéficiaire de la portabilité devrait pouvoir invoquer cette disposition lors de sa reprise d'emploi. En effet, dès lors que le bénéficiaire de la portabilité conserve sa complémentaire santé lors de la reprise d'une activité ne mettant pas fin à l'indemnisation du chômage, il serait légitime qu'il puisse user de la faculté offerte par le Code de la sécurité sociale pour être dispensée de l'affiliation à la couverture complémentaire obligatoire chez son nouvel employeur. Cette faculté lui permettrait de ne pas se retrouver dans une situation de cumul d'assurances et lui éviterait les difficultés administratives afférentes à un tel cumul. Cette solution apparaît d'autant plus logique que, comme en matière de cumul d'assurances complémentaires, le bénéficiaire de la portabilité n'aurait aucune démarche à effectuer et verrait simplement son affiliation auprès du nouvel assureur retardée jusqu'à la fin de sa période de portabilité.

546. Cette opportunité de poursuite de la portabilité au-delà de la période sans-emploi aurait pour avantage de véritablement calquer le régime de la portabilité sur celui de l'assurance chômage. Néanmoins, ce cumul d'emploi et d'assurance chômage étant soumis à différentes conditions, il est susceptible de cesser avant le terme de la période de portabilité initialement prévue. Dans cette situation, la cessation de la prise en charge par l'assurance chômage aurait pour effet de mettre un terme à la période de portabilité et d'entraîner l'affiliation auprès du nouvel assureur. Et en cas de perte de ce nouvel emploi, une éventuelle reprise des droits serait possible si l'intégralité des droits à portabilité n'a pas été consommée⁶²⁵. Plus importantes sont les difficultés soulevées à cet égard par la prévoyance lourde.

2. La portabilité de la prévoyance lourde

547. À la différence de l'article 4 de la loi Évin qui permet uniquement un maintien de la garantie « *frais de santé* », le mécanisme de la portabilité permet un maintien non seulement de la couverture santé obligatoire, mais également de l'ensemble de la prévoyance

⁶²³ CSS, art. D. 911-2.

⁶²⁴ CSS, art. D. 911-2.

⁶²⁵ V. *supra*. n°529 et s.

du salarié. Or, l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale ne prévoit pas la généralisation de la prévoyance complémentaire d'entreprise autre que celle garantissant les « *frais de santé* ». Le salarié peut donc se trouver dans deux situations.

548. La première est celle où la nouvelle entreprise dispose d'un contrat de prévoyance lourde. Dans cette hypothèse, le salarié devrait pouvoir, comme en matière de garantie « *frais de santé* », disposer de plusieurs options et ainsi pouvoir choisir de cumuler sa prévoyance portée avec la prévoyance en place chez son nouvel employeur ou bien d'en solliciter une dispense.

549. En revanche, en l'absence de contrat de prévoyance dans la nouvelle entreprise, le salarié devrait pouvoir conserver sa prévoyance sans que la question du cumul ne se pose, sauf pour la garantie « *frais de santé* ». Ainsi, on peut envisager une divisibilité des risques portés au titre du précédent contrat. Autrement dit, le bénéficiaire de la portabilité devrait pouvoir choisir d'opter pour le cumul ou la dispense en ce qui concerne sa garantie « *frais de santé* », sans que cela n'affecte la continuité de la portabilité de la prévoyance lourde, qui ne serait pas confrontée à la problématique du cumul dans cette hypothèse. Cela permettrait à l'assuré de ne pas subir de rupture de couverture de sa prévoyance lourde lors de sa reprise d'emploi tout en conservant son droit d'option au titre de la garantie « *frais de santé* ».

550. Les difficultés qui viennent d'être exposées, liées à la reprise d'une activité au cours de la période de portabilité, pourraient être aplanies par l'application des mécanismes de reprise et de rechargement des droits de l'assurance chômage, moyennant des adaptations techniques pour tenir compte de l'éventuelle succession d'organismes assureurs au fil des changements d'employeurs. En tout cas, à défaut de solution, ces difficultés constituent autant de freins à l'efficacité de la portabilité et sont, de surcroît, de nature à éloigner ce dispositif de son objectif de sécurisation des parcours professionnels.

551. Pour ces raisons, il serait opportun que le législateur adopte, en matière de portabilité, des solutions inspirées de l'assurance chômage de sorte que la reprise d'un emploi en cours de portabilité ne soit pas à l'origine d'une perte des droits mais permette la conservation des droits acquis.

552. Cela ne résoudra cependant pas toutes les difficultés. En effet, la situation contractuelle du salarié peut également être de nature à entraver la sauvegarde de ses droits à prévoyance.

Section 2 - L'effet perturbateur des incidents liés au contrat de travail

553. Le contrat de travail étant un contrat à exécution successive « *dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps* »⁶²⁶, son exécution est susceptible d'être affectée par différents événements de nature à avoir une incidence sur la sauvegarde des droits du salarié à la prévoyance. Tel est le cas de l'arrêt de travail survenant au cours de l'exécution du préavis (I), ou encore de la suspension du contrat en cours d'exécution (II).

I. L'arrêt de travail en cours de préavis

554. Le dispositif de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale a vocation à s'appliquer lors de la cessation de la relation de travail. Or, conformément à l'article L. 1234-1 du Code du travail, le salarié dont le contrat est rompu pour un motif autre qu'une faute grave ou lourde bénéficie d'un préavis dont la durée est susceptible de varier selon son ancienneté. Ainsi, bien que les droits à portabilité naissent à la date de la notification du licenciement, c'est en revanche l'expiration du préavis, au cours duquel le salarié conserve l'ensemble de ces avantages y compris ceux afférents à sa prévoyance⁶²⁷, qui entraîne la mise en œuvre du dispositif⁶²⁸. Or, il peut arriver que le salarié soit placé en arrêt de travail au cours du préavis à la suite d'un accident ou d'une maladie. Cette circonstance est susceptible d'affecter tant la mise en œuvre de la portabilité (A) que le plafonnement des droits portés institué par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale (B).

⁶²⁶ C. civ., art. 1111-1.

⁶²⁷ Cass. soc., 10 nov. 2016, n°15-10.936, *Gaz. Pal.* 2017, n°10, p. 62, note Roulet V. ; *JCP S* 2017, 1072, note Anfray O.

⁶²⁸ V. *supra*. n°323 et s.

A. L'incertitude sur la date de prise d'effet de la portabilité

555. L'arrêt de travail d'origine professionnelle a pour effet de suspendre le préavis pendant la durée totale de l'absence du salarié⁶²⁹. Il en résulte que le salarié doit exécuter la période de préavis à l'issue de la période d'arrêt de travail restant à courir.

556. On peut donc en conclure que la survenance d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle en cours de préavis n'a aucune incidence sur les droits à portabilité. En effet, le mécanisme de la portabilité, nécessitant la « *cessation du contrat de travail* », il n'a pas vocation à se mettre en place avant l'expiration du préavis.

557. Si l'arrêt de travail d'origine professionnelle suspend le préavis évitant ainsi toute difficulté d'application de la portabilité de la prévoyance, il en va différemment en matière d'arrêt de travail d'origine non professionnelle.

558. Conformément au droit commun qui considère le préavis comme un délai préfix courant de date à date et ne pouvant faire l'objet ni d'une suspension ni d'une interruption⁶³⁰, la survenance d'un accident ou d'une maladie « *ordinaire* » n'a pas pour effet d'en reculer l'échéance.

559. On pressent ainsi immédiatement la difficulté que peut soulever, pour la mise en œuvre de la portabilité, l'arrêt de travail qui se prolonge au-delà du terme du préavis. En effet, l'article 1 de l'annexe A du décret n°2019-797 du 26 juillet 2019 relatif au régime d'assurance chômage⁶³¹ dispose que le salarié privé d'emploi doit « *être à la recherche effective et permanente d'un emploi* » tout en étant « *physiquement apte à l'exercice d'un emploi* ». Ces conditions sont manifestement incompatibles avec la situation du salarié en arrêt de travail à la

⁶²⁹ Cass. soc., 15 fév. 2006, n°04-42.822 : « Mais attendu, d'une part, que si le préavis s'était trouvé suspendu pendant la durée de l'arrêt de travail provoqué par l'accident du travail [...] », *SSL*, 2006, n°1252, p. 10, note Champeaux F. ; *SSL*, 2006, n°1276, p. 61, note Champeaux F. ; *JSL*, 2006, n°187, p. 13, note Haller M.-C. ; *JCP S* 2006, 1279, note Frouin J.-Y. ; *Lexbase hebdo – éd. soc.* 2006, n°204, note Martin-Cuenot S.

⁶³⁰ Cass. soc., 21 nov. 1973, n°72-40.547, *Bull. soc.* 1973, n°590, p. 545 : « [...] Qu'en statuant ainsi alors, d'une part, que le congé régulièrement notifié a pour effet de faire courir un délai non susceptible de suspension [...] » ; Cass. soc., 28 juin 1989, n°86-42.931, *Bull.* 1989, V, n°473, p. 287 : « [...] un préavis qui, en raison de son caractère préfix, ne pouvait être prolongé de la durée d'indisponibilité médicale de la salariée [...] » ; Cass. soc., 19 mars 2014, n°12-28.206 : « [...] Qu'en statuant ainsi alors que le délai de préavis est un délai préfix [...] ».

⁶³¹ Décret n°2019-797 du 26 juillet 2019 *relatif au régime d'assurance chômage*.

suite d'un accident ou d'une maladie d'origine non professionnelle dans la mesure où ce dernier ne peut en aucun cas percevoir les allocations chômage tant qu'il demeure en arrêt de travail.

560. Cette situation est-elle de nature à le priver du bénéfice de la portabilité ?⁶³² Une réponse positive semblait devoir s'imposer sous l'empire de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 qui subordonnait l'accès au dispositif à deux conditions cumulatives : la « *rupture du contrat de travail* », d'une part, et la justification d'une « *prise en charge par le régime d'assurance chômage* », d'autre part. Ainsi, le salarié toujours en arrêt maladie à l'issue du préavis ne pouvait pas justifier d'une telle prise en charge faute d'avoir pu s'inscrire comme demandeur d'emploi.

561. Le Ministre du Travail de l'époque avait adopté une position différente dans une réponse ministérielle⁶³³ du 23 mars 2010. Affirmant que les salariés en arrêt maladie pendant le préavis sont éligibles à la portabilité, il avait invité les organismes de prévoyance à différer l'exigibilité des justificatifs d'inscription à Pôle emploi. La consécration du dispositif de la portabilité par l'article L. 911-8 n'a pas permis d'éclaircir la difficulté dans la mesure où les conditions cumulatives de « *cessation du contrat de travail ouvrant droit à prise en charge par le régime d'assurance chômage* » demeurent. En effet, si ce texte a pu résoudre les difficultés liées aux différés d'indemnisation ainsi qu'aux délais d'attente de l'assurance chômage dans la mesure où, dans ces cas particuliers, il est tout à fait possible de considérer que la rupture ouvre droit à l'allocation chômage, il en va différemment en présence d'un arrêt maladie lors de la cessation du contrat de travail. Dans cette hypothèse, l'ancien salarié en arrêt maladie ne peut considérer que, à la date de la rupture, celle-ci ouvre droit aux allocations chômage conformément à l'article 1 de l'annexe A du décret n°2019-797 du 26 juillet 2019 précité. On peut néanmoins continuer à se référer à la solution préconisée par la réponse ministérielle qui reste d'actualité, sachant toutefois qu'elle n'est dotée d'aucune force contraignante. Il en résulte que la sécurité juridique des potentiels bénéficiaires de la portabilité n'est, en l'état actuel de la législation, pas assurée.

⁶³² Cette situation n'a aucun effet sur l'application de l'article 4 de la loi Évin. L'assureur ne peut prendre prétexte de l'arrêt de travail pour refuser le maintien de la garantie à l'ancien salarié.

⁶³³ Gouvernement, Rép. min. QE n°71072, Colombier G., JOAN, 23 mars 2010, p. 3484.

562. Il conviendrait que le législateur se saisisse de cette difficulté afin de permettre aux anciens salariés, dont l'arrêt de travail perdure postérieurement à la rupture du contrat de travail, de bénéficier d'une dérogation quant à la nécessité de fournir les justificatifs de prise en charge par l'assurance chômage. L'ancien salarié devrait pouvoir fournir une simple attestation démontrant son éligibilité à l'assurance chômage dès la fin de son arrêt de travail.

563. Si l'arrêt de travail en cours de préavis constitue un écueil à l'origine d'une insécurité juridique pour les bénéficiaires de la portabilité, il est également à l'origine d'une incertitude quant aux modalités d'application du plafonnement des garanties portées.

B. L'incertitude sur le plafonnement des droits

564. L'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale dispose que « *le maintien des garanties ne peut 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* ».

565. Cette règle est à l'origine d'une nouvelle difficulté. En effet, se pose la question de savoir si l'indemnisation du salarié, dont l'accident ou la maladie est survenu en cours de préavis ou avant, sera plafonnée à la suite de la mise en œuvre de la portabilité de ses droits. Dans la mesure où la maladie ou l'accident survient pendant une période où le bénéficiaire de la portabilité est encore salarié, les montants afférents à l'indemnisation des accidents ou maladies ne devraient pas être impactés par cette règle de plafonnement⁶³⁴. En effet, ce plafonnement ne devrait trouver à s'appliquer qu'aux accidents ou maladies dont le fait générateur est postérieur à la mise en œuvre de la portabilité, tandis que les prestations versées au titre d'un sinistre survenu au cours du préavis devraient être maintenues au titre du mécanisme de maintien des prestations en cours. Ainsi, malgré l'absence de disposition législative ou réglementaire en ce sens, il apparaît possible de considérer qu'en pareille situation, ces prestations ne seront pas soumises au plafonnement correspondant au montant des allocations chômage pendant toute la durée de la portabilité. Néanmoins, en l'absence de précision législative, rien ne permet d'affirmer, avec la sécurité juridique qui s'impose pourtant en la matière, ni que les prestations versées au titre d'événements survenus en cours de préavis

⁶³⁴ En ce sens : Briens G. « Analyse critique de l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008, *SSL*, 2009, n°1409, p. 9.

ne seront pas soumises au plafonnement correspondant au montant de l'allocation chômage, ni que les organismes de prévoyance n'invoqueront pas ce plafonnement afin de limiter le montant de l'indemnisation des bénéficiaires de la portabilité.

566. La survenance d'un accident ou d'une maladie en cours de préavis est donc de nature à freiner l'efficacité de la portabilité. En effet, en n'en garantissant pas la mise en œuvre pour les salariés en arrêt de travail d'origine non professionnelle, et en ne précisant pas l'étendue du champ d'application du plafonnement des prestations, l'article L. 911-8 est à l'origine d'une insécurité juridique pour les potentiels bénéficiaires de la portabilité. De la même manière, la survenue d'une période de suspension du contrat de travail, au cours de son exécution, est susceptible d'impacter la mise en œuvre des dispositifs de sauvegarde des droits.

II. La suspension du contrat de travail antérieurement à la rupture

567. La suspension du contrat de travail est une technique visant à préserver le lien contractuel entre l'employeur et le salarié « *lorsqu'un élément extérieur ou non aux parties rend son exécution momentanément impossible* »⁶³⁵. Cette période est ainsi susceptible d'avoir des conséquences sur la rémunération du salarié puisqu'elle s'accompagne, en principe, de la suspension du versement du salaire. Elle délie également l'employeur de ses obligations relatives au versement des avantages en nature, catégorie dont relève la prévoyance salariale.

568. La situation du salarié dont le contrat est suspendu, sans que cette suspension n'entraîne de suppression de la rémunération, ne pose aucune difficulté dans la mesure où la prévoyance est maintenue à son profit. Tel est le cas, notamment, lorsque le salarié est en arrêt de travail pour maladie et qu'il bénéficie du maintien de son salaire.

569. En revanche, la suppression de la rémunération du salarié, notamment pour un congé sans solde, sabbatique, de proche aidant ou pour création d'entreprise, entraîne la suspension de sa prévoyance⁶³⁶ en raison de la disparation de l'assiette permettant d'en fixer la cotisation.

⁶³⁵ Marié R., « Suspension du contrat de travail – régime de droit commun » dans *J.-Cl. Travail traité*, Fasc. 28-10, 2017, n°1.

⁶³⁶ DSS, 29 déc. 2015, Questions/réponses relatif aux contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires santé, Q. n°5.

570. Il n'en irait autrement que si le contrat d'assurance comportait une clause de « *garantie d'exonération de primes* ». Une telle clause permet d'exonérer le salarié du paiement de sa quote-part de cotisation et de le garantir pendant toute la durée de la période de suspension du contrat de travail. Dans le même sens, certaines conventions collectives offrent la possibilité au salarié dont la prévoyance est suspendue de continuer de bénéficier du régime collectif en s'acquittant de « *l'intégralité de la cotisation* »⁶³⁷, c'est-à-dire à la fois de la part salariale et de la part patronale.

571. En l'absence d'une telle clause, l'assureur est tout à fait en droit de suspendre le contrat de prévoyance pendant la période de suspension du contrat de travail. Or, si la loi, étayée par la jurisprudence, envisage les situations de rupture du contrat de travail et de résiliation du contrat d'assurance, elle n'envisage pas la situation du salarié dont le contrat est suspendu. Cette suspension est néanmoins problématique, pour la mise en œuvre de la portabilité, dans l'hypothèse d'une rupture du contrat de travail ouvrant droit à l'assurance chômage et intervenant à l'issue du congé à l'origine de la suspension.

572. En effet, l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale subordonne expressément le bénéfice de la portabilité « *à la condition que les droits à remboursements complémentaires aient été ouverts chez le dernier employeur* ». On peut penser – dans une première analyse – que la suspension du contrat de travail a pour effet de faire obstacle à la portabilité. En effet, la garantie étant interrompue pendant la suspension du contrat de travail, les droits du salarié ne peuvent être considérés comme ouverts.

573. Cette analyse est néanmoins discutable. En effet, l'usage du subjonctif passé par le législateur ne permet pas de déterminer le moment où les droits à remboursements doivent avoir été ouverts, mais exprime une action antérieure par rapport au fait de la principale. L'absence de précision supplémentaire sur le moment au cours duquel les droits doivent être ouverts ne permet pas d'affirmer que ces derniers doivent toujours être ouverts lors de la cessation du contrat de travail. En effet, la seule référence à l'ouverture des droits « *chez le dernier employeur* » permet de penser qu'il convient seulement que les droits « *aient été ouverts* » au cours de la période de travail chez celui-ci, et donc que la suspension du contrat

⁶³⁷ Convention collective nationale de l'assainissement et de la maintenance industrielle du 21 mai 2002, étendue par arrêté du 26 oct. 2004, JO 9 nov. 2004, Accord du 6 octobre 2015 relatif à la complémentaire santé, art. 3.2.2.

de travail ne devrait pas empêcher la mise en œuvre de la portabilité. Un doute subsiste néanmoins dans la mesure où l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale permet un « *maintien des garanties* ». Or, comment maintenir des garanties au profit d'un salarié qui n'en bénéficie pas lors de la rupture de son contrat de travail ? La Cour de cassation n'a pas eu à se prononcer sur une telle question. On peut donc considérer que malgré sa suspension, la couverture collective demeure active à l'égard des autres salariés et qu'elle doit donc être maintenue à l'égard du salarié dont le contrat de travail est suspendu. Il n'empêche que cette situation met une nouvelle fois l'assureur, mais surtout l'employeur, dans une situation d'insécurité juridique en ce qui concerne l'application de l'article L. 911-8 au profit des anciens salariés, qui ne sont aucunement garantis d'en bénéficier⁶³⁸.

574. Au regard de cette insécurité juridique, il est nécessaire de permettre aux anciens salariés de pouvoir bénéficier de la portabilité malgré la suspension du contrat d'assurance antérieurement à la rupture du contrat de travail. Une solution consisterait à élargir le champ d'application de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale aux situations de suspension du contrat de travail. En effet, c'est l'absence de garantie, pendant la suspension du contrat de travail, qui cause l'incertitude quant à la possibilité de mettre en œuvre la sauvegarde des droits. Il conviendrait donc que le législateur modifie ce dispositif en énonçant un principe permettant au salarié dont le contrat est suspendu de bénéficier de la portabilité, dans les mêmes conditions que celles prévues pour le salarié qui bénéficie d'une couverture lors de la rupture de son contrat⁶³⁹.

⁶³⁸ Le même problème se pose pour l'application de l'article 4 de la loi Évin. La suspension du contrat de travail est susceptible d'empêcher la mise en œuvre du maintien qui impose aux assureurs de prévoir « *les modalités et les conditions tarifaires des nouveaux contrats ou conventions par lesquels l'organisme maintient sa couverture* ». Ainsi, comme en matière de portabilité, en présence d'une clause de « *garantie en exonération de primes* », aucune difficulté n'est à soulever. En effet, la couverture étant maintenue pendant la période de suspension, la rupture du contrat de travail permettra de mettre en œuvre, tout à fait normalement le maintien des droits de l'article 4. En revanche, en l'absence de maintien des garanties pendant la suspension du contrat de travail, on peut penser que, comme en matière de portabilité, l'assureur, n'est pas dans l'obligation de proposer un tel maintien en raison de l'absence de couverture à la date de la rupture du contrat de travail.

⁶³⁹ L'article 4 de la loi Évin devrait faire l'objet de la même modification.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

575. Le législateur n'a pas anticipé les difficultés pratiques liées à la situation du salarié auxquelles allaient inévitablement se heurter les dispositifs de sauvegarde des droits, tout particulièrement la portabilité. Tenant aux conditions d'entrée dans le régime d'assurance chômage mais aussi aux événements susceptibles d'affecter l'exécution du contrat de travail, ces difficultés sont, aujourd'hui, bien identifiées et appellent un traitement approprié.

576. Ainsi, par exemple, serait-il opportun de réviser l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale en s'inspirant des solutions dégagées par l'assurance chômage afin de permettre au bénéficiaire de la portabilité de reprendre un emploi sans que cela ne lui fasse perdre ses droits acquis. Ainsi, encore, le cas du salarié en arrêt de travail à la date de la rupture de son contrat de travail – simplement réglé par une réponse ministérielle, qui plus est, donnée sous l'empire de l'ANI du 11 janvier 2008 – devrait-il être sécurisé par la loi. Toutes ces situations sont à l'origine d'une insécurité juridique pour l'ancien salarié, qui n'est aucunement garanti de bénéficier des dispositifs destinés à protéger ses droits.

577. Le législateur et le gouvernement – ainsi d'ailleurs que les partenaires sociaux, pourtant initiateurs de la portabilité – semblent se désintéresser de la sauvegarde des droits à la prévoyance des travailleurs ayant perdu leur emploi.

578. Il ne reste plus à attendre que la jurisprudence, dont le rôle est de « compléter l'œuvre du législateur » lorsque la « norme de référence fait défaut ou se révèle inadaptée »⁶⁴⁰, se saisisse de ces questions et leur apporte les réponses attendues par tous les acteurs de la prévoyance complémentaire d'entreprise.

579. Mais, ainsi qu'on pourra le vérifier pour les difficultés liées à la situation de l'entreprise, la jurisprudence ne peut pas se substituer au législateur, et ses solutions ne peuvent pas résoudre toutes les difficultés.

⁶⁴⁰ Cour de cassation, *Le rôle normatif de la Cour de cassation*, Étude annuelle, 2018, p. 8.

CHAPITRE 2 - LES FREINS TENANT A LA SITUATION DE L'ENTREPRISE

580. De nombreux évènements peuvent affecter la vie de l'entreprise. Elle peut être contrainte de se restructurer ou être mise en liquidation. Ces évolutions ont nécessairement des conséquences sur les régimes de protection sociale mis en place en leur sein ainsi que, inévitablement, sur les dispositifs de sauvegarde des droits à la prévoyance de leurs anciens salariés.

581. Encore une fois, ces conséquences qui perturbent la mise en œuvre de la portabilité n'ont été que très imparfaitement anticipées par le législateur. Si les difficultés liées à la restructuration d'entreprise (Section 1) ont été ignorées, celles engendrées par sa mise en liquidation judiciaire ont été pressenties, mais sans plus de résultat, le gouvernement n'ayant pas remis au parlement le rapport qu'il lui avait demandé sur les conditions de maintien des garanties dans une telle situation (Section 2).

Section 1 – L'entreprise restructurée

Section 2 – L'entreprise liquidée

Section 1 - L'entreprise restructurée

582. La restructuration de l'entreprise s'entend des différentes opérations de cession, de fusion ou d'absorption qui conduisent à son transfert au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Contrairement aux contrats de travail qui sont maintenus par l'effet de la loi, les régimes de prévoyance complémentaire d'entreprise sont affectés par ces opérations qui remettent en cause les normes travaillistes sur lesquelles ils sont fondés (I) et qui s'accompagnent souvent d'un changement de l'organisme assureur (II). Le sort des garanties portées s'en trouve fragilisé.

I. La mise en cause de la norme travailliste

583. La mise en cause est une notion propre au droit des conventions collectives. Elle vise la situation dans laquelle, à la suite notamment d'un transfert d'entreprise, les conditions d'application d'une convention collective ne sont plus réunies de sorte que celle-ci cesse de produire ses effets⁶⁴¹. Par commodité de langage, cette expression est utilisée pour désigner les incidences des restructurations sur la protection sociale complémentaire applicable dans l'entreprise⁶⁴², et aussi parce que cette situation est ignorée par le droit français et régie par le droit commun du travail.

584. Le droit de l'Union européenne n'est pas d'un grand secours à cet égard. En effet, si la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001⁶⁴³ envisage la question, c'est seulement pour formuler une exclusion de principe des garanties « *vieillesse* » et « *invalidité* » du dispositif de transfert⁶⁴⁴. Cette disposition a pour effet de priver le salarié couvert contre ces risques en vertu de son contrat de travail ou de la convention collective du droit de bénéficier de ces garanties en cas de transfert de son entreprise⁶⁴⁵. Et même si cette exclusion a été limitée par la Cour de Justice⁶⁴⁶ aux seules prestations vieillesse et invalidité limitativement énumérées dans la directive et ne s'applique donc pas aux autres garanties de prévoyance, notamment à la couverture « *frais de santé* », le droit français est plus protecteur.

585. Bien qu'il n'envisage pas spécifiquement la question, c'est dans le droit commun du travail que la solution doit être recherchée. Les régimes de protection sociale complémentaire sont, en effet, mis en place, dans l'entreprise, par des normes qui relèvent du droit du travail et qui obéissent intégralement, en cas de restructuration, à l'ensemble des règles régissant le statut collectif des salariés dans une telle situation. A cet égard, les bénéficiaires de la portabilité ne se trouvent pas dans une situation différente de celle des actifs, dans la mesure

⁶⁴¹ C. trav., art. L. 2261-14.

⁶⁴² Coursier P. et Serizay B., *La protection sociale complémentaire en question*, LexisNexis, 2^{ème} éd. 2015, n° 671, p. 156.

⁶⁴³ Directive 2001/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements, JOUE n° L 82/16, 22 mars 2001, p. 2, art. 3, § 4, a.

⁶⁴⁴ D'allende M., *La contribution du droit européen au droit de la protection sociale complémentaire*, Thèse de droit, Teyssié B. (dir.), Lexis-Nexis, 2015. p. 254.

⁶⁴⁵ *Ibid.*

⁶⁴⁶ CJCE, 4 Juin 2002, aff. C-164/00, Katia Beckmann contre Dynamco Whicheloe Macfarlane Ltd : D. 2002, p. 2515.

où leurs garanties sont calquées sur celle de ces derniers. La restructuration de l'entreprise les affecte donc dans les mêmes conditions et sous les mêmes distinctions. Si, dans un premier temps, la portabilité est maintenue sans changement malgré le transfert de l'entreprise (A), la pérennité de ce maintien n'est pas assurée (B).

A. Le maintien de la portabilité

586. Le sort de la portabilité est différent selon que le régime a été mis en place dans l'entreprise par une convention ou un accord collectif ou par une décision unilatérale de l'employeur ou encore par un accord référendaire. Dans le premier cas, son maintien dans les conditions initiales n'est que provisoire (1), alors que, dans le second cas, il n'est soumis à aucune condition de durée autre que celle posée par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale (2).

1. Le maintien provisoire

587. À l'occasion d'une restructuration d'entreprise, le salarié transféré conserve le bénéfice de son statut collectif pendant une durée de douze mois en l'absence de conclusion d'un accord dit de « *substitution* ». En effet, l'article L. 2261-14 du Code du travail dispose que « *lorsque l'application d'une convention ou d'un accord est mise en cause dans une entreprise [...], cette convention ou cet accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou à défaut pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis prévu à l'article L. 2261-9, sauf clause prévoyant une durée supérieure* ». Ainsi, la mise en cause de la convention collective a pour conséquence de la laisser s'appliquer pendant une durée de quinze mois⁶⁴⁷. Une telle situation devrait être sans conséquence pour le bénéficiaire de la portabilité qui, dans la mesure où les garanties portées demeurent identiques à celles des salariés actifs, devrait les conserver nonobstant la restructuration de l'entreprise. La fin de la période de maintien du statut collectif et de la prévoyance pour les salariés transférés s'effectuant au terme d'un délai de douze mois, elle ne devrait pas, non plus, avoir d'incidence sur les anciens salariés bénéficiant de la portabilité antérieurement au transfert, puisque celle-ci ne peut excéder 12 mois.

⁶⁴⁷ L'article L. 2261-14 prévoit en effet un délai de préavis de 3 mois ainsi qu'un délai de survie de 12 mois, soit 15 mois de délai de survie.

588. Toutefois, l'issue de la période de survie ou la conclusion, avant le terme de cette période, d'un accord qui se substituera à l'accord mis en cause est susceptible de mettre la portabilité en péril⁶⁴⁸.

589. En revanche, lorsque la norme qui sert de fondement au régime de prévoyance de l'entreprise est un accord référendaire ou une décision unilatérale de l'employeur, le maintien de la portabilité ne devrait pas seulement être provisoire.

2. Le maintien sans condition de durée

590. Non régi par le Code du travail, le régime des autres sources de la prévoyance d'entreprise est fixé par la jurisprudence. Conformément à sa position constante relative à la transmission des usages d'entreprise et des engagements unilatéraux de l'employeur, la Cour de cassation décide que le régime de protection sociale complémentaire mis en place par une décision unilatérale est transmis au nouvel employeur⁶⁴⁹.

591. La Cour de cassation ne s'est, en revanche, pas prononcée sur les effets d'un transfert d'entreprise sur l'accord référendaire en vigueur dans l'entreprise transférée. On s'accorde, toutefois, à penser – sur le fondement de la jurisprudence qui le soumet au même régime de dénonciation⁶⁵⁰ – qu'il devrait suivre le sort de la décision unilatérale et être transmis de plein droit au nouvel employeur⁶⁵¹.

592. Ainsi, dans les deux cas, la restructuration n'a pas de conséquence immédiate sur le régime de prévoyance existant, qui s'impose de plein droit au nouvel employeur. Les bénéficiaires de la portabilité continuent donc de bénéficier des garanties de prévoyance mis en place par l'acte d'origine tant que ce dernier ne fait pas l'objet d'une dénonciation.

⁶⁴⁸ V. *infra*. n°594.

⁶⁴⁹ Cass. soc., 21 sept. 2005, n°03-43.532 : *Lexbase hebdo*, éd. soc., 2005, n°184, note Alour C. ; *JCP S* 2005, 1371, note Morvan P. ; *JCP G* 2006, 117, chron. Morvan P.

⁶⁵⁰ Cass. soc., 26 sept. 2002, n°01-00.550 : Renaux-Personnic V. et Colonna J., « Le référendum et la protection sociale », *Dr. soc.* 2018, p. 432.

⁶⁵¹ Renaux-Personnic V. et Colonna J., *La protection sociale complémentaire d'entreprise*, Gualino, 2019. p. 125.

593. Une telle situation risque, cependant de ne pas perdurer. Et la pérennité du maintien de la portabilité dans les conditions initiales ne sera alors plus assurée.

B. L'évolution de la portabilité

594. Quelle qu'en soit la source, le transfert ou le maintien même provisoire chez le nouvel employeur du régime de protection sociale complémentaire mis en place par l'ancien employeur conduit – lorsque l'entreprise d'accueil a déjà son propre régime, ce qui est nécessairement le cas en matière de complémentaire santé – à la coexistence au sein de la même entreprise de deux régimes distincts. Dans ce cas, les salariés transférés, s'ils continuent à bénéficier de l'ancien régime, peuvent également se prévaloir de celui de l'entreprise d'accueil s'il leur est plus favorable. Cette possibilité devrait, le cas échéant, également être ouverte aux bénéficiaires de la portabilité, en application des dispositions de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale aux termes desquelles les garanties maintenues sont celles « *en vigueur dans l'entreprise* »⁶⁵².

595. Quoi qu'il en soit, cette situation est source d'évidentes difficultés auxquelles l'employeur a tout intérêt à mettre un terme soit en concluant un nouvel accord collectif qui se substituera au précédent soit en dénonçant la décision unilatérale ou l'accord référendaire. La modification du contenu de la portabilité sera alors programmée.

596. La conclusion d'un accord de substitution avant le terme de la période de survie du statut collectif de l'entreprise transférée a pour effet de modifier la prévoyance des salariés actifs et, en principe, des salariés portés, en y substituant un régime harmonisé au profit de l'ensemble des salariés⁶⁵³. Bien plus, les anciens salariés, dont les droits à portabilité sont d'une durée conventionnellement supérieure à la durée de survie de l'accord, se trouvent également dans une situation de disparition du régime de prévoyance sur lequel est fondée leur garantie, et cela, avant la fin de la durée de leur portabilité.

⁶⁵² CSS, art. L. 911-8.

⁶⁵³ C. trav., art. L. 2261-14.

597. Quant à la dénonciation de la décision unilatérale ou l'accord référendaire, sous réserve d'être régulière⁶⁵⁴, elle entraînera la disparition du régime au terme du délai de prévenance et, avec elle, celle des garanties portées.

598. La situation des anciens salariés bénéficiaires de la portabilité est susceptible d'être encore aggravée par le changement d'organisme assureur qui accompagne souvent le transfert d'entreprise.

II. Le changement d'organisme assureur

599. Le changement d'assureur pose la question délicate de la détermination de celui qui devra prendre en charge la portabilité des anciens salariés de l'entreprise transférée. La pratique actuelle s'oriente vers le transfert des salariés actifs et, en principe, des bénéficiaires de la portabilité, vers le portefeuille de l'organisme d'assurance délivrant les garanties du nouveau régime. Or, ce transfert soulève des difficultés quant à la gestion de l'affiliation des bénéficiaires de la portabilité, qui n'ont pas été envisagées par le législateur.

600. A première vue, et dans la mesure où les bénéficiaires de la portabilité doivent, en principe, bénéficier des garanties « *en vigueur dans l'entreprise* »⁶⁵⁵, il semble logique que ce soit au nouvel assureur qu'il incombe de poursuivre la portabilité des droits en même temps que les garanties applicables aux salariés actifs. Cette interprétation est néanmoins contestable. En effet, si l'article L. 911-7 du Code de la sécurité sociale généralise la couverture complémentaire en matière de « *frais de santé* », les employeurs successifs ne sont pas tenus de fournir des garanties identiques mais seulement de faire bénéficier leurs salariés d'une « *couverture minimale* »⁶⁵⁶. Il en résulte que si les deux organismes d'assurance successifs proposent la même couverture minimale, le transfert n'aura aucun impact sur le bénéficiaire de la portabilité. Il n'en sera pas de même, en revanche, si le nouvel assureur propose des garanties inférieures ou supérieures ou si l'entreprise absorbante n'a pas mis en place un régime de

⁶⁵⁴ L'employeur doit respecter un délai de prévenance suffisant et informer, outre les institutions représentatives du personnel, chaque salarié individuellement (Cass. soc., 21 sept. 2005, n°03-43.532, préc.). Un accord collectif ayant le même objet peut aussi valablement y mettre fin. S'agissant de la dénonciation d'un accord référendaire, la Cour de cassation ajoute qu'elle doit intervenir « *en dehors de toute fraude ou conditions fautives et [respecter] les droits acquis* » (Cass. soc., 26 sept. 2002, n° 01-00.550).

⁶⁵⁵ CSS., art. L. 911-8.

⁶⁵⁶ CSS., art. L. 911-7, al. 1.

prévoyance « *lourde* » ou seulement avec des garanties inférieures. Dans les deux cas, le bénéficiaire de la portabilité verra le niveau de ses garanties diminuer.

601. Une autre difficulté relative à la prise en charge des salariés portés par le nouvel assureur tient à ce que cela revient à lui faire couvrir les risques nés au cours de la période de portabilité alors que les cotisations afférentes ont été perçues par l'ancien assureur. Or, si le risque est transféré au nouvel assureur, aucune disposition n'envisage de lui transférer en même temps les provisions mathématiques effectuées par son prédécesseur. Non seulement cela procurera à ce dernier un bonus technique assimilable à un enrichissement sans cause, mais surtout cela revient à considérer que ce sont les cotisations en cours et non pas les cotisations passées qui couvrent le risque afférent à la portabilité⁶⁵⁷. Or, un tel mode de financement de la portabilité, assimilable à un financement par répartition, est de nature à mettre les assureurs dans une situation délicate eu égard aux dispositions de l'article R. 343-1 du Code des assurances selon lequel « *les entreprises mentionnées à l'article L.310-1 ou au 1° du III de l'article L.310-1-1 doivent être en mesure de justifier de l'évaluation des [...] provisions techniques suffisantes pour le règlement intégral de leurs engagements vis-à-vis des assurés, des souscripteurs et bénéficiaires de contrats et des entreprises réassurées* ». L'absence de transfert des provisions conduira le nouvel assureur à ne pas disposer des provisions techniques afférentes aux bénéficiaires de la portabilité, en contradiction avec le Code des assurances, mais également avec le Code de la sécurité sociale⁶⁵⁸ ou de la mutualité⁶⁵⁹. Ce mode de gestion par répartition est, en outre, de nature à impacter la cotisation des salariés au sein d'entreprises en difficulté. En effet, en cas de restructuration entraînant, par exemple, le licenciement de 80% des effectifs, le nouvel assureur devrait couvrir l'ensemble des chômeurs bénéficiant de la portabilité avec les seules cotisations des actifs, ce qui entraînerait inévitablement un problème de financement ainsi qu'une hausse des cotisations⁶⁶⁰.

602. Malgré les difficultés engendrées par la prise en charge des salariés bénéficiant de la portabilité par le nouvel assureur, les partenaires sociaux ont anticipé les conséquences d'un changement d'organisme sur la portabilité des garanties. Ainsi, différentes conventions collectives imposent une prise en charge des bénéficiaires de la portabilité par le nouvel

⁶⁵⁷ Lamblé V., « La portabilité : la cacophonie en cas de transfert », *Apprecialis*, 18 oct. 2014, p. 2.

⁶⁵⁸ CSS, Art. R. 731-33

⁶⁵⁹ C. mut., art. L. 212-1

⁶⁶⁰ Lamblé V., préc.

organisme d'assurance⁶⁶¹. Bien que répondant à une question importante et non tranchée par le législateur, cette solution ne permet pas de dégager une solution pérenne aux problèmes rencontrés par les bénéficiaires de la portabilité. En effet, les assureurs peuvent légitimement refuser de prendre en charge ceux dont les droits sont nés sous l'empire d'un précédent contrat en invoquant, d'une part, le mode de gestion par capitalisation de la prévoyance collective, et, d'autre part, l'absence de force obligatoire des dispositions des conventions collectives à leur égard. De plus, comme nous avons pu l'observer, les bénéficiaires de la portabilité sont susceptibles de perdre le bénéfice de leur prévoyance ou, à tout le moins, le niveau de celle-ci lors du changement au profit du nouvel assureur.

603. La solution à toutes ces difficultés serait que le législateur intervienne et modifie l'article L. 911-8 du Code de la Sécurité sociale⁶⁶². Ce texte omettant de prendre en compte la situation des entreprises faisant l'objet d'une restructuration, il serait opportun, voire nécessaire, d'y ajouter une disposition prévoyant que, en cas de restructuration d'entreprise et de changement d'organisme assureur, les salariés bénéficiaires de la portabilité demeurent affiliés auprès de l'ancien assureur dans les conditions existantes à la date du changement et cela jusqu'au terme de la période de portabilité. Cela permettrait de supprimer les contraintes afférentes au financement de la portabilité en cas de changement d'organisme assureur et validerait le principe du financement par capitalisation empêchant ainsi de faire supporter le risque de la portabilité au nouvel assureur. Le bénéficiaire serait alors conforté dans son niveau de garantie et cela jusqu'au terme de la durée de sa portabilité.

604. L'existence d'une restructuration d'entreprise est donc à l'origine d'une insécurité juridique susceptible de conduire l'ancien salarié à ne pas pouvoir bénéficier de l'ensemble de ces droits à portabilité. Mais alors que la restructuration n'implique pas, *stricto sensu*, la disparition de l'entreprise, il en va différemment de la liquidation judiciaire, qui empêche la mise en œuvre de la portabilité puisque le niveau des garanties est calqué sur celui des salariés actifs.

⁶⁶¹ Pour différents exemples : Convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950 étendue par arrêté du 1^{er} fév. 1955, JO 25 fév. 1955., Accord du 24 mai 2011 relatif à la prévoyance, Art. 6 ; Convention collective nationale de la coiffure et des professions connexes du 10 juillet 2006 étendue par arrêté du 3 avril 2007, JO 17 avril 2007, Accord du 8 Juillet 2015 relatif au régime de prévoyance, Art. 5.3.

⁶⁶² Franciscus-Calzati L., « Portabilité des garanties et résiliation du contrat d'assurance », *SSL*, 2015, n°1662, p. 6.

Section 2 - L'entreprise liquidée

605. Destinée à « *mettre fin à l'activité de l'entreprise* »⁶⁶³ lorsque son redressement « *est manifestement impossible* »⁶⁶⁴, la liquidation judiciaire se distingue des autres procédures collectives – de sauvegarde⁶⁶⁵ et de redressement⁶⁶⁶ – en ce qu'elle conduit, en principe⁶⁶⁷, à la disparition définitive de l'entreprise.

606. Cette situation a, d'emblée, constitué un obstacle important à la mise en œuvre des dispositifs de sauvegarde des droits à la prévoyance des anciens salariés pour la raison principale qu'elle est susceptible de remettre leur financement en cause.

607. En réalité, la difficulté ne concerne véritablement que la portabilité et non le mécanisme de l'article 4 de la loi Évin. En effet, le maintien de la garantie « *frais de santé* » organisé par ce texte étant intégralement financé par son bénéficiaire, il en résulte que la disparition de l'entreprise n'a aucun impact sur son maintien. La seule difficulté susceptible d'être rencontrée affecte l'assureur, qui se trouve alors dans l'impossibilité de procéder à une augmentation de la cotisation puisque celle-ci est fondée sur le « *tarif global applicable* » aux actifs, et que la disparition de ces derniers semble geler le tarif à la date de la disparition du groupe assuré. Cette situation, qui peut mettre l'assureur dans l'impossibilité de faire face à son engagement, est susceptible de remettre en cause la pérennité du mécanisme⁶⁶⁸.

608. Aussi serait-il souhaitable de permettre aux organismes assureurs de continuer d'indexer le « *tarif global applicable* », déterminé à la date de la disparition du groupe, sur celui applicable non pas aux salariés actifs, mais à l'ensemble des assurés de cet organisme bénéficiant d'un contrat similaire, à tout le moins pendant les trois premières années du contrat soumises au plafond d'augmentation tarifaire.

⁶⁶³ C. com., art. L. 640-1.

⁶⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁶⁵ C. com., art. L. 620-1.

⁶⁶⁶ C. com., art. L. 631-1.

⁶⁶⁷ La loi prévoit, en effet, dans certaines hypothèses la possibilité d'un plan de cession permettant la poursuite de l'activité de l'entreprise par un tiers repreneur (C. com., art. L. 642-1).

⁶⁶⁸ Roulet V., « Pour une réforme de l'article 4 de la loi Évin », *Dr. soc.* 2012, p. 1060.

609. En revanche, la portabilité, fondée à la fois sur un groupe d'actifs⁶⁶⁹ et sur un financement mutualisé⁶⁷⁰, est compromise par la liquidation judiciaire, qui entraîne la disparition de ces deux éléments⁶⁷¹. En l'absence de dispositions légales régissant cette situation, la Cour de cassation s'est prononcée pour l'application de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale malgré la disparition de l'entreprise (I), mais à la condition que le contrat d'assurance ne soit pas résilié (II).

I. Le principe, l'application de la portabilité

610. Question très débattue (A), le maintien de la portabilité en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise a finalement été admis par la Cour de cassation (B).

A. La portabilité discutée

611. L'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale ne précise pas si la portabilité des garanties de prévoyance s'applique ou non en cas de disparition de l'entreprise consécutive à sa liquidation judiciaire. La difficulté n'avait, cependant, pas échappé au législateur, ainsi qu'en témoigne l'article 4 de la loi du 14 juin 2013 qui avait prévu que « *le Gouvernement [remettrait] au Parlement, avant le 1er mai 2014, un rapport sur les modalités de prise en charge du maintien des couvertures santé et prévoyance pour les salariés lorsqu'une entreprise est en situation de liquidation judiciaire* ». Ce rapport avait pour objet de présenter « *notamment la possibilité de faire intervenir un fonds de mutualisation, existant ou à créer, pour prendre en charge le financement du maintien de la couverture santé et prévoyance lorsqu'une entreprise est en situation de liquidation judiciaire, dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale* ». Mais ce rapport n'a jamais été adopté malgré l'importance capitale du problème, et le maintien de la portabilité s'est heurté à des obstacles à la fois juridiques et financiers (1) que les solutions proposées n'ont pu permettre de franchir (2).

⁶⁶⁹ V. *supra*. 390 et s.

⁶⁷⁰ V. *supra*. 386 et s.

⁶⁷¹ Sur l'ensemble de la question, V. Morvan P., « Portabilité des garanties collectives dans l'entreprise en liquidation judiciaire », *JCP S* 2020, 3001.

1. Les obstacles au maintien de la portabilité

612. Le maintien de la portabilité, alors que l'entreprise a disparu, se heurte à la fois à l'exigence posée par l'article L. 911-8 que les garanties maintenues soient celles « *en vigueur dans l'entreprise* » et aux difficultés d'en assurer le financement.

613. La disparition de l'entreprise entraîne nécessairement la rupture du lien contractuel qui la liait à l'organisme gestionnaire du régime de prévoyance. L'article L. 911-8 semble donc incompatible avec le statut de l'entreprise en liquidation judiciaire. En effet, comment appliquer des garanties « *en vigueur dans l'entreprise* » alors même qu'aucune garantie n'est plus en vigueur du simple fait que l'entreprise a disparu et que les salariés ont tous été licenciés ?

614. Cette situation est également susceptible de remettre en cause le financement de la portabilité.

615. Ces difficultés ont conduit certains auteurs à estimer que les salariés bénéficiant de la portabilité, et dont l'entreprise était placée en liquidation judiciaire, pouvaient être exclus du champ d'application de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale⁶⁷². Cette opinion pouvait se prévaloir de la volonté du législateur. En effet, pourquoi aurait-il sollicité la rédaction d'un rapport afin de « *prendre en charge le financement du maintien de la couverture santé et prévoyance lorsqu'une entreprise est en situation de liquidation judiciaire dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article L. 911-8* »⁶⁷³ si ce maintien était d'ores et déjà possible en l'état. On peut donc en déduire que ce texte ne prévoyait pas le financement de la portabilité lorsque l'entreprise était placée en liquidation judiciaire⁶⁷⁴. Or, faute de financement, les anciens salariés pouvaient être exclus du champ d'application de l'article L. 911-8, et les assureurs refuser de les prendre en charge à ce titre.

⁶⁷² Anfray O. et Millet-Ursin C., « Loi de sécurisation de l'emploi, protection sociale complémentaire des salariés et droit des procédures collectives : quelques questions », *Act. proc. coll.*, 2013, 177 ; Franciscus-Calzati L., « Portabilité des garanties et résiliation du contrat d'assurance », *SSL*, 2015, n°1662, p. 6.

⁶⁷³ L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JO n°0138 du 16 juin 2013, art., 4.

⁶⁷⁴ Dans un sens contraire : Cheikh-Vecchioni L.-B., note sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017 : *Gaz. Pal.* 2018, n°2, p. 57 ; Broud F. et Bourdouloux H. et Oliveira, A., « L'impossible mise en œuvre du dispositif de la portabilité des garanties de mutuelle et de prévoyance dans les entreprises en liquidation judiciaire », *BJE*, mars 2017, n° 2, p. 92.

616. Pourtant, la question du financement n'apparaissait pas totalement insurmontable. Deux situations sont, en effet, susceptibles de se présenter en fonction des modalités de financement de la portabilité définies par l'acte fondateur du régime de prévoyance de l'entreprise.

617. Si le dispositif est financé « *coup par coup* » par l'employeur lorsqu'un salarié se manifeste pour en bénéficier, de deux choses l'une : soit la cotisation est versée intégralement lors de la rupture du contrat, et l'organisme assureur, qui perçoit alors les sommes destinées à financer la portabilité, devrait être tenu de maintenir les garanties portées jusqu'au terme de la durée prévue nonobstant la disparition de l'entreprise, soit la cotisation est versée mensuellement au cours de la période de maintien des garanties pour chaque salarié concerné, et l'organisme assureur est alors fondé à invoquer la rupture du financement afin de mettre un terme à la portabilité à compter de la cessation du versement de la cotisation par l'entreprise en faillite.

618. Si – et c'est la seconde situation – la portabilité est financée *via* les cotisations payées par les actifs, ce sont alors ces derniers qui financent le dispositif et donc les garanties qui en découlent. On retrouve alors la problématique du financement par capitalisation ou par répartition. En effet, bien que financé par les actifs, si le financement s'opère par capitalisation, la disparition de l'entreprise, et donc des salariés, ne devrait pas mettre fin à la portabilité dont les sommes nécessaires à sa mise en œuvre ont, en principe, été provisionnées.

619. De nombreuses solutions ont été proposées pour mettre fin à ces difficultés et sortir de cette impasse.

2. Les solutions proposées

620. Les principales solutions proposées ont consisté soit à solliciter l'intervention de l'Association de Garantie des Salaires afin de pallier la carence de l'employeur dans l'application du dispositif de sauvegarde (a) soit à mettre en avant le caractère d'ordre public de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale (b).

a) L'AGS au secours de la portabilité ?

621. L'article L. 3258-6 du Code du travail impose à tous les employeurs d'assurer leurs salariés « *contre le risque de non-paiement des sommes qui leur sont dues en exécution d'un contrat de travail en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire* ». Ce régime d'assurance doit être mis en œuvre *via* une association créée spécialement pour l'occasion par les syndicats. Depuis 1974, c'est l'association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (AGS) qui est chargée de cette mission.

622. Aux termes de l'article L. 3253-8, cette assurance doit notamment couvrir l'ensemble des sommes dues à la date du jugement d'ouverture mais également l'ensemble des « *créances résultant de la rupture des contrats de travail* » et par conséquent, la créance afférente au financement de la portabilité⁶⁷⁵, dès lors que la rupture du contrat de travail survient postérieurement⁶⁷⁶ au jugement d'ouverture.

623. Pour autant, l'AGS refuse de considérer le financement patronal de la prévoyance comme étant une créance salariale⁶⁷⁷ et rejette donc systématiquement la prise en charge du financement de la prévoyance en cas de disparition de l'entreprise à la suite d'une liquidation judiciaire.

624. La situation du salarié dont le contrat est rompu à l'occasion de la liquidation judiciaire de l'entreprise ou antérieurement à celle-ci, soulève donc de nombreuses difficultés et interrogations. À cet égard, les juges⁶⁷⁸ ont d'ores et déjà pu affirmer que les dommages et intérêts, pour non-respect par l'employeur des droits à portabilité, constituent une créance de l'ancien salarié qui peut alors en solliciter la garantie par l'AGS.

⁶⁷⁵ Anfray O. et Millet-Ursin C., « Loi de sécurisation de l'emploi, protection sociale complémentaire des salariés et droit des procédures collectives : quelques questions », préc.

⁶⁷⁶ L'article L. 3253-8, garantissant uniquement les créances des salariés, ne devrait pas s'appliquer en cas de mise en œuvre de la portabilité à une date antérieure au jugement d'ouverture, dans la mesure où son bénéficiaire n'a plus le statut de salarié à la date dudit jugement.

⁶⁷⁷ Dans le même sens : Cheick-Vecchioni L.-B., note sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, art. préc.

⁶⁷⁸ CA. Montpellier., 27 janv. 2016, n°13/01122.

625. Faute de décision allant toutefois dans le sens d'une prise en charge de la portabilité par l'AGS, il convenait de se tourner vers le caractère d'ordre public du mécanisme de portabilité qui apparaissait comme étant susceptible de compenser le défaut de financement.

b) Le caractère d'ordre public de la portabilité

626. Afin de permettre l'application de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, en cas de liquidation judiciaire de leur entreprise, aux salariés potentiellement bénéficiaires de la portabilité ou en bénéficiant d'ores et déjà, certains auteurs⁶⁷⁹ ont invoqué à juste titre le caractère d'ordre public de cette disposition.

627. Il ressort, en effet, de l'article L. 914-1 du Code de la sécurité sociale que les dispositions du titre 1 du livre 9 du même code sur les « *dispositions générales relatives à la protection sociale complémentaire des salariés* » au sein duquel se trouve l'article L. 911-8 sont d'ordre public. Il en résulte que la portabilité doit ainsi prévaloir sur toute autre norme n'étant pas d'ordre public et qu'elle a pour conséquence de créer au profit du salarié un droit subjectif⁶⁸⁰ qui doit être mis en œuvre nonobstant la situation de faillite de l'entreprise, dès lors que les conditions d'ouverture sont réunies. Dans cette optique, l'alinéa 3 de l'article L. 911-8, selon lequel « [...] *les garanties maintenues au bénéfice de l'ancien salarié sont celles en vigueur dans l'entreprise [...]* », ne serait qu'une modalité de la mise en œuvre de la portabilité et en aucun cas une condition d'ouverture⁶⁸¹. Cette interprétation apparaît néanmoins discutable. En effet, bien que l'article L. 911-8 soit d'ordre public, il doit être considéré comme étant d'application stricte dans l'intégralité de ces dispositions sans qu'un tri puisse être effectué au sein de ses différents alinéas. Bien qu'ayant un caractère obligatoire, il semble impossible de faire application du dispositif de la portabilité en l'absence de garantie en vigueur dans l'entreprise, cette disposition faisant partie intégrante du mécanisme de portabilité des droits. La jurisprudence s'est d'ailleurs montrée réservée à cet égard. Ainsi, par exemple, dans un arrêt du 13 septembre 2016⁶⁸², la Cour d'appel de Paris a-t-elle affirmé que l'ordre public n'est d'aucun secours dans une telle hypothèse.

⁶⁷⁹ Bistondi C., « La portabilité des droits santé et prévoyance : de quelques difficultés pratiques », *Gaz. Pal.* 2015, n°258, p. 13 ; Broud F. et Bourbouloux H. et Oliveira A., « L'impossible mise en œuvre du dispositif de la portabilité des garanties de mutuelle et de prévoyance dans les entreprises en liquidation judiciaire », art. préc.

⁶⁸⁰ Bistondi C., art. préc.

⁶⁸¹ *Ibid.*

⁶⁸² CA. Paris, ch. 3, 13 sept. 2016, n°15/17810, *Act. proc. coll.* 2017, 85, note Anfray O.

628. Aucune des solutions proposées n'a été retenue, mais l'idée d'une application de l'article L. 911-8 aux anciens salariés licenciés d'un employeur en liquidation judiciaire s'est progressivement affirmée.

B. La portabilité affirmée

629. En n'établissant pas le rapport qui lui avait été demandé par le législateur⁶⁸³, le gouvernement, par son inaction, n'a pas permis de résoudre la difficulté soulevée par l'application de la portabilité en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise. Confrontés à cette difficulté, les juges du fond ont hésité sur la solution à adopter (1) et ont fini par saisir la Cour de cassation pour avis. Délivrante son interprétation de l'article L. 911-8, la Haute juridiction a ainsi pu affirmer, à tout le moins en partie, le maintien de la portabilité malgré la liquidation judiciaire de l'entreprise (2).

1. Les hésitations des juges du fond

630. L'arrêt précité de la Cour d'appel de Paris du 13 septembre 2016 avait décidé qu'il se déduit de la combinaison de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale et de l'article 4 de la loi du 14 juin 2013⁶⁸⁴ que le dispositif de la portabilité ne peut pas recevoir une quelconque application postérieurement à la liquidation judiciaire de l'entreprise en l'absence d'un dispositif assurant le financement du maintien des couvertures santé et prévoyance. La cour estime à juste titre que la difficulté provient de l'absence de financement. Une interprétation *a contrario* de cet arrêt permet d'estimer que l'existence d'un financement préalablement à la liquidation judiciaire aurait permis un maintien des garanties selon les modalités de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale.

631. À la suite de cette première décision qui semblait mettre un coup d'arrêt à l'application de la portabilité en cas de liquidation judiciaire, la Cour d'appel de Lyon, saisie d'une affaire similaire, a adopté une position différente dans un arrêt au fond du 24 janvier 2017⁶⁸⁵ qui a décidé qu'il n'y a « *pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas* » et que la

⁶⁸³ L. n° 2013-504 du 14 juin 2013 préc., art. 4.

⁶⁸⁴ V. *supra*. n°203 et s.

⁶⁸⁵ CA. Lyon, 24 janv. 2017, n°15/06017, *Act. proc. coll.* 2017, 85, note Anfray O.

seule exception au principe de la portabilité concerne les salariés licenciés pour faute lourde. L'arrêt affirme que, en l'absence de disposition légale excluant les salariés d'une entreprise en liquidation judiciaire, l'organisme assureur est tenu d'honorer le mécanisme de portabilité des garanties durant l'intégralité de la durée légale. La cour considère que l'absence de remise, dans les délais impartis, du rapport prévu par l'article 4 de la loi du 14 juin 2013, ne suspend pas le droit à une portabilité à titre gratuit octroyé par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, et elle condamne l'assureur à mettre en œuvre le dispositif de portabilité en dépit de l'absence de précision quant à son financement.

632. La Cour d'appel de Lyon a confirmé sa position dans un arrêt du 21 février 2017⁶⁸⁶, également rendu sur le fond, qui rejette les prétentions de l'assureur selon lequel les « *contrats étaient résiliés à la date du jugement d'ouverture de la liquidation en application de l'article L.911-8 du Code de la sécurité sociale dès lors que l'arrêt de l'activité de l'entreprise avait entraîné la disparation des régimes frais de santé et consécutivement sa portabilité* ». Cet arrêt apporte, en outre, un élément permettant d'éclaircir les modalités de financement de la portabilité en cas de procédure collective.

633. En effet dans cette affaire, la portabilité concernait à la fois des garanties de prévoyance et de « *frais de santé* ». Or, l'article L. 911-8 prévoyant, à cette époque, une application différée dans le temps selon qu'il s'agissait de garantie « *frais de santé* » ou de garantie de prévoyance, les textes applicables différaient. Le Code de la sécurité sociale prévoyait que la portabilité s'appliquerait à compter du 1^{er} juin 2014 pour les garanties liées aux risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, et à compter du 1^{er} juin 2015 pour le reste de la prévoyance. En l'espèce, la procédure collective ayant été ouverte postérieurement au 1^{er} juin 2014, mais antérieurement au 1^{er} juin 2015, la législation applicable au maintien de la garantie « *frais de santé* » différait de celle applicable à la garantie prévoyance.

634. C'était, en effet, l'ANI du 11 janvier 2008 qui régissait la portabilité de la prévoyance. Or, ce texte prévoyant un mécanisme de « *financement conjoint* », il aurait appartenu au liquidateur de s'acquitter des cotisations dues en contrepartie de la portabilité de la prévoyance afin que celle-ci puisse être appliquée. En revanche, concernant la garantie « *frais*

⁶⁸⁶ CA. Lyon, 21 fév. 2017, n°15/06038.

de santé », c'était bien l'article L. 911-8 qu'il convenait d'appliquer. Les juges lyonnais rappellent que l'article 4 de la loi du 14 juin 2013 prévoyant la rédaction d'un rapport sur la possibilité de faire intervenir un fonds de mutualisation n'a pas été respecté. Ils ajoutent néanmoins que, bien qu'elle soit devenue caduque, cette disposition est « *dépourvue d'effet suspensif du droit conféré par l'article [...] instaurant le principe de portabilité gratuite* ». Pour cette raison, ils confirment le jugement condamnant l'organisme assureur à assurer la portabilité des droits au titre de la garantie frais de santé « *sans mettre à la charge du liquidateur l'obligation de payer les cotisations correspondantes* ». En revanche, compte tenu de l'application d'un financement conjoint entre l'employeur et le salarié en matière de prévoyance, la cour ne condamne pas l'assureur à la portabilité de la garantie de prévoyance. Cette distinction permet donc de valider l'hypothèse selon laquelle c'est le principe de la gratuité qui est à l'origine du maintien de l'obligation de mise en œuvre de la portabilité malgré la liquidation judiciaire de l'entreprise.

635. Sources d'une véritable insécurité juridique, ces divergences d'interprétation ne pouvaient perdurer. La position de la Cour de cassation était attendue.

2. L'avis de la Cour de cassation du 6 novembre 2017

636. Saisie, le 25 juillet 2017, par le tribunal de grande instance de Strasbourg d'une demande d'avis⁶⁸⁷ portant sur la question de savoir si « *les dispositions de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale sont applicables aux anciens salariés licenciés d'un employeur en liquidation judiciaire* », la Cour de cassation y a répondu par l'affirmative.

637. La formulation retenue par le tribunal de grande instance de Strasbourg était d'autant plus intéressante qu'elle ne se limitait pas aux salariés licenciés postérieurement au placement en liquidation judiciaire de l'employeur, mais à l'ensemble des anciens salariés dont

⁶⁸⁷ Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *Gaz. Pal.* 2017, n°309, p. 55, note Braïk Y. ; *Gaz. Pal.* 2017, n°34, p. 45, note Ronet-Yague D. ; *LPA* 2018, n°24, p. 13, note Ronet-Yague D. ; *Gaz. Pal.* 2018, n°2, p. 57, note Cheick-Vecchioni L.-B. ; *Cah. soc.* 2018, n°305, p. 155, note Asquinazi-Bailleux D. ; *BJE*, 2018, n°1, p. 48, note Bourbouloux H. et Broud F. ; *LEDEN* 2017, n°11, p. 6, note Dedessus Le Moustier G. ; *Act. proc. coll.* 2018, 1, note Anfray O. ; *JCP G* 2017, 1284, note Dedessus Le Moustier G. ; *JCP S* 2018, 1010, note Mialhe E et Broud F. ; *Rev. proc. coll.* 2018, 40, note Taquet F. ; *Dalloz actualité*, 22 nov. 2017, note Fraisse W. ; *Lexbase hebdo – éd. soc.*, n°721, 30 nov. 2017, note Willmann C. ; *JCP E* 2018, 1157, chron. Ronet-Yague D. ; *JCP E* 2018, 1075, note Ferreira A ; *JCP E* 2018, 1159, note Tehrani A.

l'employeur est placé en liquidation judiciaire, quel que soit le moment du licenciement. En effet, selon le rapporteur⁶⁸⁸, se posait la question de savoir si les uns peuvent bénéficier de la portabilité et si les autres peuvent, quant à eux, prétendre à sa continuité⁶⁸⁹.

638. Les six affaires soumises à la Cour de cassation concernaient des employeurs mis en liquidation judiciaire qui avaient précédemment souscrit auprès d'organismes mutualistes ou assureurs des contrats collectifs de prévoyance au bénéfice de leurs salariés. Les liquidateurs ayant sollicité la mise en œuvre de la portabilité des garanties prévue par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale au bénéfice des anciens salariés et s'étant heurtés au refus des organismes assureurs, ils les avaient assignés aux fins d'obtenir tous les documents nécessaires à la mise en œuvre de la portabilité et de leur enjoindre d'exécuter leurs obligations contractuelles et légales. La Cour de cassation a estimé que ces litiges posaient une « *question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges* » au sens de l'article L. 441-1 du Code de l'organisation judiciaire et a conclu à la recevabilité des demandes d'avis.

639. Siégeant en formation mixte, la Haute juridiction Cour de cassation énonce que « *les dispositions de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale sont applicables aux anciens salariés licenciés d'un employeur placé en liquidation judiciaire qui remplissent les conditions fixées par ce texte* ». Le raisonnement de la Cour de cassation, éclairé par les conclusions de l'Avocat général⁶⁹⁰ et le rapport⁶⁹¹, repose sur deux éléments essentiels. D'abord sur l'absence de distinction faite par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale entre les salariés des entreprises *in bonis* et les salariés, dont l'employeur a fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, ce dont il résulte que ce texte est uniquement destiné à améliorer la protection sociale complémentaire des salariés privés involontairement d'emploi sans exclure ceux licenciés pour des raisons économiques. Il repose, ensuite, sur l'esprit de la loi. La cour a considéré qu'il n'existe « *aucune opposition radicale entre la lettre de l'article L. 911-8 du*

⁶⁸⁸ Touati N., Rapport sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017 : Rapport relatif aux avis 17013 à 17017 du 6 novembre 2017 (Demandes d'avis de 177011 à 177015 du 25 juillet 2017 du TGI de Strasbourg), (www.courdecassation.fr).

⁶⁸⁹ *Ibid.*, p. 33-34.

⁶⁹⁰ Feltz F., Concl. sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, (www.courdecassation.fr).

⁶⁹¹ Touati N., Rapport sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, préc.

Code de la sécurité sociale et son esprit permettant d'y ajouter une condition non prévue relative à l'absence d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire »⁶⁹².

640. Mais, aussitôt le principe posé, la Cour de cassation lui a apporté une exception qui en « ruine »⁶⁹³ la portée en affirmant que « *le maintien des droits implique que le contrat ou l'adhésion liant l'employeur à l'organisme assureur ne soit pas résilié* ».

II. La résiliation du contrat d'assurance

641. « *Coup dur pour l'effectivité de la portabilité (...) ! Après avoir soufflé le chaud, voici venu le froid* »⁶⁹⁴. La portabilité cesse lorsque le contrat de prévoyance complémentaire est résilié. La portée de cette condition doit néanmoins être appréciée au regard de la règle qui fixe le régime des contrats en cours à la date de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Le contrat de prévoyance conclu antérieurement à l'ouverture de la procédure suit le sort des autres contrats en cours⁶⁹⁵. Il en résulte que, sauf à rapporter la preuve d'un défaut de paiement des cotisations postérieur au jugement d'ouverture, l'assureur ne peut pas résilier le contrat du seul fait de l'ouverture de la procédure à l'encontre de l'entreprise, et qu'il appartient au seul liquidateur de décider ou non de la continuation du contrat.

642. À la date de l'avis rendu par la Cour de cassation, il existait, cependant, une exception à ce principe. L'article L. 932-10 du Code de la sécurité sociale octroyait, en effet, expressément aux institutions de prévoyance la faculté de résilier le contrat conclu avec l'entreprise en cas de liquidation judiciaire de celle-ci. Cette faculté a été supprimée par l'ordonnance n° 2017-734 du 4 mai 2017 portant modification des dispositions relatives aux organismes mutualistes⁶⁹⁶. La suppression de ce droit de résiliation discrétionnaire des institutions de prévoyance renforce *a priori* les chances de survie du régime de protection sociale complémentaire de l'entreprise.

⁶⁹² *Ibid.*

⁶⁹³ Morvan P., *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 9^{ème} éd., n°1075, p. 1008.

⁶⁹⁴ Bugada A., note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 2018, *Procédures* 2018, 84.

⁶⁹⁵ C. com., art. L. 641-11-1 : « aucune (...) résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture ou du prononcé d'une procédure de liquidation ».

⁶⁹⁶ Ordonnance n° 2017-734 du 4 mai 2017 portant modification des dispositions relatives aux organismes mutualistes, JO n°0106 du 5 mai 2017, art. 15.

643. Néanmoins, dans la mesure où les relations entre l'organisme assureur et l'employeur sont régies par le régime des contrats en cours⁶⁹⁷, il est tout à fait possible que le liquidateur mette un terme au contrat en raison de son impossibilité d'honorer les cotisations et que le contrat soit résilié de plein droit⁶⁹⁸. Cela signifie donc que si le maintien des garanties n'est pas exclu, par principe, en cas de liquidation judiciaire de l'employeur, il a néanmoins « *vocation à s'appliquer de manière limitée* »⁶⁹⁹. Autrement dit, la Cour de cassation « *conditionne la mise en œuvre de la portabilité à la décision du liquidateur de procéder ou non à la continuation des garanties frais de santé et prévoyance en application de l'article L. 641-11-1 du Code de commerce* »⁷⁰⁰.

644. Cette solution fait perdurer une inégalité de traitement non seulement entre les anciens salariés d'entreprise *in bonis* et ceux d'une entreprise en liquidation, mais également entre les anciens salariés d'entreprise en liquidation selon la date de survenance de l'impayé. En effet, alors qu'une défaillance contractuelle antérieure au jugement d'ouverture n'ouvre pas droit à la résiliation, une pareille défaillance survenue postérieurement permet à l'organisme la résiliation de plein droit. Aussi, selon la situation financière de l'entreprise, les salariés ne seront pas tous sur un pied d'égalité face au dispositif de la portabilité⁷⁰¹. De ce fait, il sera plus avantageux, pour les salariés licenciés, que le juge-commissaire ne prescrive aucun maintien d'activité afin de réduire les risques d'une défaillance de l'entreprise postérieurement à l'ouverture de la liquidation⁷⁰². De plus, cette interprétation, privant d'effectivité l'application de l'article L. 911-8, est de nature à méconnaître les « *droits que les assurés tirent des normes travaillistes* »⁷⁰³. En effet, dans le cadre de la relation triangulaire existant entre l'employeur, l'assureur et l'assuré, le contrat d'assurance « *qui ne lie que l'employeur souscripteur et l'organisme assureur* »⁷⁰⁴ est, en principe, inopposable aux salariés. Pour autant, force est de constater qu'en permettant qu'un simple défaut de paiement de la cotisation par l'employeur conduise à priver le salarié de la portabilité, la Cour de cassation rend opposable au salarié un

⁶⁹⁷ Les relations entre l'organisme assureur et l'employeur sont, au surplus, régies par le contrat d'assurance et non par le « régime » régissant quant à lui les relations entre l'employeur et les salariés. En ce sens : Jean-Marie N. et Wismer F., note sous Cass. 2^{ème} civ., 11 juin 2015, n°14-17.114 : *JSL*, 2020, n°500, p. 64.

⁶⁹⁸ C. com., art. L. 641-11-1.

⁶⁹⁹ Note explicative relative aux avis 17013 à 17017 du 6 novembre 2017, (www.courdecassation.fr).

⁷⁰⁰ Mialhe E. et Broud F., note sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *JCP S* 2018, 1010.

⁷⁰¹ Ferreira A., note sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *JCP E* 2018, 1075.

⁷⁰² Braïk Y., note sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *Gaz. Pal.* 2017, n° 309, p. 55.

⁷⁰³ Morvan, P., *op. et loc. cit.*

⁷⁰⁴ Morvan, P., *op. cit.*, p. 1091.

simple problème financier affectant le contrat d'assurance, le privant ainsi d'une « *garantie juridique relevant du droit du travail* »⁷⁰⁵.

645. Cette limitation apportée au principe du maintien de la portabilité malgré la liquidation judiciaire de l'entreprise a encore été accentuée par un arrêt de la deuxième chambre civile du 18 janvier 2018⁷⁰⁶ qui affirme que « *le droit des salariés licenciés à bénéficier de la portabilité des garanties frais de santé et prévoyance [n'apparaît] pas avec l'évidence requise devant le juge des référés* ».

646. Dans cette affaire⁷⁰⁷, des salariés licenciés et le liquidateur de l'entreprise saisissent le juge des référés afin que soit ordonné à l'organisme assureur, une institution de prévoyance, la mise en œuvre du dispositif de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale. Estimant que, en l'état de la législation applicable à l'espèce, il existait un conflit de normes juridiques d'égale valeur constituant une contestation sérieuse non tranchée par la jurisprudence, la Cour d'appel⁷⁰⁸ dit n'y avoir pas lieu à référer, écartant ainsi le caractère évident de la solution tout en ajoutant qu'il n'existe pas de « *dommage imminent* » établi par les requérants. Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation rejette les griefs formulés par les demandeurs.

647. Si le refus de faire droit aux demandes des requérants relève d'une difficulté procédurale, il met néanmoins l'accent sur l'absence d'évidence quant à l'application systématique du principe de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise.

648. Il apparaît donc légitime, si ce n'est indispensable, que le régime juridique de la portabilité fasse l'objet d'une reprise en main par le législateur afin d'en encadrer les contours et de faire cesser l'atteinte aux droits que les assurés tirent des normes travaillistes. De plus, dans la mesure où le déséquilibre financier, dont les présents avis peuvent être à l'origine, peut

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 2018, n°17-10.636, *Lexbase hebdo – éd. soc.*, n°728, 25 janv. 2018, note Bedja L. ; *Dalloz actualité*, 8 fév. 2018, note Kebir M. ; *JCP S* 2018, 1119, note Buso M. et d'Allende M. ; *Procédures* 2018, 84, note Bugada A, *JCP E* 2018, 1571, note Ronet-Yague D.

⁷⁰⁷ Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 2018, n°17-10.636, préc.

⁷⁰⁸ CA Paris, pôle 6, ch. 1, 14 nov. 2016, n° 16-08749.

engendrer un surcoût pour le souscripteur⁷⁰⁹, il est impératif qu'une analyse soit menée afin d'identifier le processus adapté au financement de la portabilité de la prévoyance nonobstant la liquidation judiciaire de l'entreprise⁷¹⁰.

649. Une réponse ministérielle du 14 avril 2020 ne laisse, cependant, pas envisager une intervention prochaine du législateur. À un député qui lui demandait que soit complété l'article L. 911-8 afin de le rendre non équivoque quant à la mise en place de la portabilité dans le cas de liquidation judiciaire, le ministre des solidarités et de la santé a répondu que l'absence d'un dispositif assurant le financement du maintien des couvertures santé et prévoyance lorsqu'une entreprise est en situation de liquidation judiciaire est de nature à constituer un obstacle au maintien à titre gratuit des garanties collectives au profit d'un salarié licencié en raison de la liquidation judiciaire de son employeur⁷¹¹.

650. Les avis du 6 novembre 2017 ne répondent donc pas à l'ensemble des difficultés soulevées par l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire. Continue de se poser la question du sort des bénéficiaires de la portabilité en cas de résiliation du contrat d'assurance puisque, « conditionnée à une survie précaire du contrat en ces situations », la durée de la portabilité « est donc limitée dans le temps »⁷¹². Ils n'apportent pareillement aucune solution aux bénéficiaires de la portabilité lors de la clôture de la liquidation judiciaire⁷¹³. Cette clôture marquant nécessairement la résiliation du contrat d'assurance, ceux-ci se retrouveront également privés du dispositif.

651. Le débat n'est pas clos pour autant ainsi qu'en témoigne la résistance de certaines juridictions du fond à la solution préconisée par la Cour de cassation. Ainsi, les cours d'appel de Colmar⁷¹⁴ et Lyon⁷¹⁵ ont considéré que lorsque le contrat d'assurance était en vigueur à la

⁷⁰⁹ Cheikh-Vecchioni L.-B., note sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *Gaz. Pal.* 2018, n°2, p. 57.

⁷¹⁰ *En ce sens*, Ronet-Yague D., note sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *Gaz. Pal.* 2017, n°34, p. 45 .

⁷¹¹ Gouvernement, Rép. min. QE n° 504, Chassaing A., JOAN, 14 avr. 2020, p. 2816. – V. Anfray O, « Portabilité et liquidation judiciaire : l'avis de l'administration », *Act. proc. coll.* 2020, comm. 150.

⁷¹² Ronet-Yague D., chron. sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *JCP E* 2018, 1157.

⁷¹³ Bourbouloux H. et Broud F., note sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n°17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *BJE*, 2018, n°1, p. 48.

⁷¹⁴ CA Colmar, 15 nov. 2018, n° 16/02520.

⁷¹⁵ CA Lyon, 29 nov. 2018, n° 17/06042.

date de cessation du contrat de travail, les garanties doivent être maintenues gratuitement pendant toute la durée de la période de portabilité légale et, ce, quel que soit le sort ultérieur du contrat d'assurance ou la situation de l'employeur⁷¹⁶.

⁷¹⁶ V. Anfray O., préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

652. La disparition de l'entreprise, qu'elle soit due à une restructuration ou, pire, à sa liquidation, constitue toujours une menace pour les régimes de prévoyance complémentaire d'entreprise et pour les droits des salariés adhérents. La mise en cause, voire la dénonciation des normes travaillistes qui en sont le support, s'accompagne nécessairement d'une modification du régime en vigueur dans l'entreprise voire de sa disparition.

653. Cette menace est encore accentuée pour les salariés licenciés et dont le droit à la portabilité des garanties de prévoyance est fragilisé par ces bouleversements de l'entreprise. Non traitées par le législateur – pas plus, d'ailleurs, que celles concernant les actifs – ces difficultés ne trouvent que quelques éléments de réponse disparates dans le droit commun du travail, notamment dans le droit des conventions collectives et dans les dispositions relatives à la modification dans la situation juridique de l'employeur... ou encore dans l'application, au contrat de prévoyance, du principe du maintien des contrats en cours issu du droit des procédures collectives.

654. C'est dire l'incertitude qui affecte encore le sort de la portabilité dans ces situations, et que les avis rendus par la Cour de cassation, le 6 novembre 2017, au sujet des entreprises en liquidation judiciaire n'ont pas permis de dissiper, ainsi qu'en attestent les positions contraires adoptées récemment par certaines juridictions du fond. Ces avis, confortés par l'administration⁷¹⁷, ne permettent pas de considérer que la portabilité est un droit acquis au titre des garanties passées⁷¹⁸, comme son caractère gratuit aurait pu le laisser croire aux salariés. Or, l'incertitude des anciens salariés quant à leur couverture complémentaire peut avoir des conséquences dramatiques en cas de survenance d'un risque, tout particulièrement en matière de prévoyance lourde.

655. Faute d'une intervention du législateur dans un délai prévisible, il faut espérer que la Cour de cassation sera amenée à se prononcer dans un proche avenir et qu'elle lèvera les obstacles qui subsistent à une mise en œuvre effective de la portabilité.

⁷¹⁷ Gouvernement, Rép. min. préc.

⁷¹⁸ En ce sens, Bugada A., note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 2018, *Procédures* 2018, 84.

656. La question revêt une acuité particulière à une époque où se profile une crise économique consécutive à la crise sanitaire, et où sont annoncées une recrudescence des faillites et une explosion du taux de chômage. Les organismes assureurs commencent d'ailleurs à s'inquiéter de la facture à venir de la portabilité⁷¹⁹.

⁷¹⁹ *PSI*, n° 1221, 10 juin 2020, p. 3. – *Liaisons soc. quot.* n° 18080, 15 juin 2020, p. 7.

CONCLUSION DU TITRE 2

657. La mise en œuvre des dispositifs de sauvegarde des droits des salariés se heurte encore à de nombreux obstacles. Concernant quasi exclusivement la portabilité, ces difficultés pratiques en freinent d'autant plus le développement qu'elles n'ont pas été prévues ou ont été négligées par ses concepteurs.

658. Ainsi, alors qu'il est ouvert aux seuls bénéficiaires de l'assurance chômage, le dispositif s'articule difficilement avec les règles propres à ce régime. Si la question des délais d'attente et des différés d'indemnisation qui retardent le versement effectif de l'allocation semble désormais réglée, il n'en est pas de même des difficultés soulevées par la reprise d'une activité salariée en cours d'indemnisation et donc de portabilité, notamment quand le cumul de l'allocation chômage avec les revenus tirés de cette activité est autorisé. L'incertitude qui en résulte sur les droits du chômeur n'est pas de nature à l'inciter à reprendre un emploi de peur de perdre le bénéfice de la portabilité, ce qui va à l'encontre de l'objectif de sécurisation des parcours professionnels poursuivi par le législateur.

659. La possibilité que le salarié soit en arrêt de travail au cours de son préavis a également été ignorée. Or, cette situation est, encore une fois, source d'incertitude au regard du régime juridique de la portabilité. Ainsi, par exemple, si l'on peut penser qu'elle ne devrait pas avoir pour effet de retarder l'inscription de l'intéressé à l'assurance chômage, c'est uniquement sur le fondement, juridiquement fragile, d'une position adoptée par le ministre du travail dans une réponse ministérielle.

660. Quant aux bouleversements de l'entreprise consécutifs à une restructuration ou à une faillite, qui n'ont pas été envisagés par le législateur, ils constituent toujours un obstacle important à la mise en œuvre de la portabilité, alors pourtant que ces situations sont fréquentes et pourraient bien se multiplier dans un proche avenir. Faute de dispositions spécifiques, on en est encore réduit à chercher des éléments de solution dans les dispositions du droit commun du travail ou du droit des entreprises en difficultés, qui ne sont pas nécessairement adaptées à ces situations, et à être ballotté d'arrêt en arrêt dans l'attente d'une prise de position claire et nette de la Cour de cassation, sans être sûr pour autant que celle-ci résoudra tous les problèmes.

661. La conclusion qui s'impose au terme de cette analyse est que le *statu quo* n'est pas satisfaisant et ne doit pas perdurer. Il faudrait que le législateur se saisisse de l'ensemble des difficultés soulevées par la mise en œuvre de la portabilité afin d'en garantir une application effective et de « *donner une chance à l'élaboration d'un droit des transitions professionnelles, dont la portabilité est l'une des premières pierres* »⁷²⁰.

⁷²⁰ Lagarde X., « Prévoyance : questions pratiques sur la mise en œuvre de la portabilité », *JCP S* 2009, 1400.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

662. La sauvegarde des droits à la prévoyance collective des salariés dont le contrat de travail est rompu s'affirme comme une préoccupation majeure. Elle constitue la « *clé de voûte de toute la protection sociale complémentaire des salariés* »⁷²¹. L'objectif est d'éviter que la perte de leur emploi ne s'accompagne pour ces derniers d'une perte des couvertures sociales, et aussi de faciliter les transitions professionnelles entre deux emplois dans une économie où la mobilité professionnelle tend à devenir la norme.

663. Encore faut-il savoir dans quelle mesure les objectifs affichés ont été atteints ou sont susceptibles de l'être. De l'analyse des dispositifs mis en place, qu'il s'agisse du mécanisme de l'article 4 de la loi Évin ou de celui de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, deux constats se dégagent.

664. Le premier est que ces dispositifs souffrent de « *malfaçons* » qui en altèrent l'efficacité. Leur imprécision, d'abord, est source de nombreuses difficultés d'interprétation qui laissent planer une insécurité préjudiciable à l'ensemble des acteurs. Sans dire qu'elle a pu conduire à des solutions jurisprudentielles, sans doute bien intentionnées, mais qui affaiblissent l'efficacité ou l'attractivité du dispositif, comme par exemple la règle posée par la Cour de cassation, dans le cadre de l'application de l'article 4 de la loi Évin, du maintien à l'identique à l'ancien salarié de la couverture frais de santé dont il bénéficiait avant son départ de l'entreprise⁷²². Inadaptée à la situation des bénéficiaires potentiels de cette disposition, principalement des retraités, qui ne sont plus exposés aux mêmes risques, cette solution a contribué à les détourner d'un dispositif qui leur était largement destiné.

665. Les lacunes des dispositifs de sauvegarde tiennent, ensuite, aux choix initiaux opérés par le législateur qui les font reposer sur des fondations souvent instables. La question

⁷²¹ Sargos P. « Le droit au maintien des prestations et des garanties dans l'assurance de prévoyance collective », *JCP G* 2001, I, 363.

⁷²² Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006 : *Gaz. Pal.* 2008, n°227, p. 30, note Cochet J. ; *RGDA* 2009, n°2, p. 549, note Kullmann J. ; *Gaz. Pal.* 2010, n°247, p. 32, note Serizay B. ; *D.* 2008, p. 2703, note Bugada A. ; *Dr. soc.* 2008, p. 1021, note Barthélémy J. et Lautrette L. ; *JCP G* 2008, II, 10059, note Noguero D. ; *JCP S* 2008, 1227, note Kessler F. et Logeais Y.-E. ; *JCP E* 2008, 1611, note Lautrette L. et Piau D. ; *JCP E* 2008, 2008, chron. Casson P.

du financement en constitue un exemple particulièrement frappant. En effet, l'échec du mécanisme de l'article 4 étant dû en grande partie à son financement, en l'occurrence très lourd et à la charge exclusive de l'ancien salarié, cela aurait dû conduire le législateur à mettre la portabilité à l'abri de toute difficulté à cet égard. La réalité est toute autre. Si la gratuité du dispositif semble avoir, de prime abord, réglé le problème du coût du maintien des garanties, elle a créé de nouvelles difficultés faute de précisions sur ses modalités de mise en œuvre. La gratuité n'existant pas dans le domaine assurantiel, la question du financement a ressurgi. Une seule certitude, il pèse nécessairement sur les actifs avec à la clé une augmentation des tarifs ou une diminution des garanties. Mais beaucoup d'incertitudes et d'insécurité juridique subsistent, notamment sur le point de savoir si les cotisations doivent être réparties entre l'employeur et les salariés, si elles doivent être gérées en capitalisation ou en répartition, ou encore sur le calcul des avantages fiscaux et sociaux, auquel l'employeur doit faire face lors de la mise en place de la portabilité.

666. Au-delà des freins liés au financement, les lacunes des dispositifs de sauvegarde tiennent aussi à l'étendue des garanties maintenues. En effet, tantôt inadaptée aux besoins des bénéficiaires, tantôt plafonnée de façon injustifiée, elle apparaît comme une entrave supplémentaire à une pleine et entière sauvegarde des droits. D'autant plus que le caractère seulement provisoire de la portabilité en réduit encore l'efficacité. D'une durée maximale de douze mois, inférieure à la durée moyenne de l'indemnisation par l'assurance chômage, elle ne fait, en effet, que retarder la perte de la prévoyance sans en permettre la sauvegarde pendant toute la période de transition professionnelle. Si le caractère viager du maintien de la garantie « *frais de santé* » de l'article 4 apparaît plus avantageux pour ses bénéficiaires, c'est sans compter avec les augmentations tarifaires qu'il implique et les difficultés d'articulation de ce maintien avec celui de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale.

667. Le second constat tiré de l'analyse des dispositifs de sauvegarde porte sur les difficultés auxquelles ils se heurtent lors de leur mise en œuvre. Liées pour certaines d'entre elles aux défauts de conception qui viennent d'être soulignés, elles résultent d'une insuffisance voire d'une absence de prise en compte par le législateur des réalités pratiques.

668. Ainsi, l'articulation de la portabilité avec les règles d'indemnisation de l'assurance chômage, qui ont leur logique propre, a été négligée. D'où, encore une fois, une

regrettable insécurité. Et si certaines difficultés ont pu être surmontées, la question de l'éventuelle reprise d'une activité salariée en cours d'indemnisation n'est toujours pas réglée de façon satisfaisante. En effet, alors même que l'objectif de sécurisation des parcours professionnels a notamment pour objet d'adapter la législation aux évolutions des carrières, le législateur n'a absolument pas prévu de modalités de rechargement et de reprise des droits à portabilité, en présence d'une succession d'activités professionnelles, réduisant par là même l'efficacité du dispositif.

669. Le législateur n'a pas non plus pris en compte les différents événements susceptibles d'affecter l'exécution du contrat de travail, par exemple un arrêt maladie à la date de la rupture. Or, cette carence a pour effet d'empêcher, dans certaines situations, l'ancien salarié de bénéficier de la portabilité et, par voie de conséquence, de l'article 4 de la loi Évin, et de priver ces deux dispositifs de toute efficacité.

670. Quant à l'entreprise, elle a été oubliée. L'éventualité, pourtant assez fréquente d'une restructuration n'a été ni envisagée ni traitée par le législateur. Une telle opération est pourtant de nature à limiter la mise en œuvre de la portabilité voire à conduire à sa cessation et, dans le même temps, à faire peser un risque sur l'employeur qui est susceptible de se retrouver dans une impasse lors de l'affiliation des salariés portés auprès du nouvel assureur.

671. Si les difficultés de l'entreprise, tout particulièrement sa liquidation, ont été anticipées par le législateur, celui-ci n'a pas donné de suite à son propre constat. Les enjeux sont pourtant importants et la question a suscité de nombreuses interrogations auxquelles la Cour de cassation a apporté une première réponse. Mais l'intervention de la Haute juridiction, qui n'a pas réellement mis fin aux interprétations divergentes des juges du fond, n'a toujours pas permis de garantir la mise en œuvre de la portabilité en présence d'une liquidation judiciaire de l'entreprise. C'est donc la « *double peine* » pour les salariés qui perdent leur emploi et qui se trouvent privés d'un des dispositifs destinés à sauvegarder leurs droits.

CONCLUSION GÉNÉRALE

672. L'idée de neutraliser les conséquences de la rupture du contrat de travail sur les droits des salariés à la prévoyance collective d'entreprise s'est très tôt imposée comme une nécessité.

673. Elle a donné lieu à une multiplicité de règles légales et jurisprudentielles, mais qui toutes convergent vers un seul et même objectif : prolonger les droits des bénéficiaires au-delà de la rupture de leur lien avec l'entreprise.

674. Coexistent ainsi deux systèmes distincts de sauvegarde des droits des bénéficiaires, un dispositif de portabilité et un dispositif de maintien des droits, et même trois si l'on prend en considération le fait que ce dernier dispositif se subdivise en un mécanisme légal de maintien de la garantie frais médicaux et un autre jurisprudentiel de maintien des prestations nées ou acquises pendant l'exécution du contrat de travail.

675. Il ressort de cette étude que, malgré des avancées indéniables, l'objectif initial de l'ensemble de ces dispositifs n'a été qu'imparfaitement atteint pour des raisons tenant à la fois à leurs insuffisances intrinsèques et à des difficultés de mise en œuvre pratique.

676. L'idée de permettre aux anciens salariés de continuer à bénéficier des droits dont ils disposaient auparavant a trouvé sa première expression dans la loi Évin du 31 décembre 1989, dont l'un des principaux objectifs était de protéger les assurés contre les conséquences de la résiliation des contrats d'assurance ou de travail. Ainsi, s'agissant de la rupture de ce dernier contrat, qui a pour effet, faut-il le rappeler, de faire sortir le salarié du groupe assuré et de mettre un terme aux garanties dont il bénéficiait, l'article 4 organise un maintien, sous certaines conditions, de la couverture frais de santé.

677. S'il a constitué, en son temps, une innovation majeure en ce qu'il dérogeait aux principes du droit des assurances, ce texte comportait dès l'origine des insuffisances qui en ont altéré l'efficacité et qui font que, aujourd'hui, il est très peu utilisé. Outre son imprécision, qui

a engendré un long contentieux sur le contenu de la couverture maintenue, et un coût qui peut s'avérer prohibitif, il a un champ d'application extrêmement restrictif. Destiné aux seuls titulaires d'une pension d'incapacité, d'invalidité ou de retraite ainsi qu'aux bénéficiaires de l'assurance chômage, il ne sécurise que la seule couverture santé, et renvoie les anciens salariés vers l'assurance individuelle pour les autres garanties de prévoyance. Et cela alors que les tarifs de ces contrats sont en constante augmentation et que les salariés ciblés par ce dispositif disposent de faibles revenus et sont, pour certains, difficilement assurables⁷²³.

678. Sans doute ce « *trou de garantie* »⁷²⁴ a-t-il été comblé par la Cour de cassation qui a consacré le droit pour les anciens salariés de continuer à bénéficier, après leur départ de l'entreprise, des prestations de prévoyance « *lourde* » – incapacité et invalidité – qui étaient en cours de service à cette date⁷²⁵, mais ce droit reste limité aux prestations, fussent-elles différées, dont le fait générateur se situe pendant l'exécution du contrat de travail, il ne vaut pas pour l'avenir.

679. Aussi, le constat est-il quasi unanime, à cet égard, plus de trente ans après son adoption, l'article 4 de la loi Évin doit être réécrit⁷²⁶. Il n'est plus adapté aux besoins actuels des travailleurs et des retraités. Il n'est pas non plus adapté aux défis contemporains auxquels est confrontée la protection sociale complémentaire, qui sont liés à l'évolution précédemment décrite du marché du travail et à la fragmentation des parcours professionnels qui en découle.

680. Et il est, de ce fait, désormais concurrencé par le dispositif de portabilité institué par l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale issu de la loi du 14 juin 2013, qui constitue la seconde étape du développement de la sauvegarde des droits. Tout particulièrement destinée à accompagner la mobilité professionnelle et sous-tendue par le concept de flexicurité, la

⁷²³ Roulet V., « Protection sociale d'entreprise – État des lieux et perspectives », *Recherche effectuée dans le cadre d'une convention conclue entre l'Institut de Recherches Économiques et Sociales (IRES) et la CFE-CGC*, sept. 2013, p. 68 et s.

⁷²⁴ Rigaud D. et Baron P. et Pignaud X., « La prévoyance collective des salariés et la loi Évin », *Dr. soc.* 2009, p. 465.

⁷²⁵ Cass. 2^{ème} civ., 17 avr. 2008, n° 07-12.064 et 07-12.088 : *JCP E* 2009, 1623, chron. Courtieu G. ; *Resp. civ. et assur.* 2008, 238, note Courtieu G. ; *JCP G* 2008, II, 10112, note Mayaux L. ; *JCP E* 2008, 2008, chron. Delumeau M. ; *JCP S* 2008, 1458, note Asquinazi-Bailleux D. ; *Cah. soc.* 2008, n°203, p. 338, note Hanne F. ; *Lexbase hebdo – éd. soc.* 2008, n°303, note Wismer F.

⁷²⁶ Roulet V., « Pour une réforme de l'article 4 de la loi Évin », *Dr. soc.* 2012, p. 1060. – Ferreira A. et Hallopeau M. et Rault-Dubois O., « Vingt années d'application de la loi Évin », *SSL*, 2010, n°1443, p. 5.

portabilité vise à éviter une rupture de leur couverture aux salariés qui changent d'emploi, en leur maintenant, le temps qu'ils en reprennent un autre, le bénéfice du régime de prévoyance applicable dans leur ancienne entreprise, sous réserve, toutefois, qu'ils soient pris en charge par l'assurance chômage. Mais si elle présente d'incontestables avantages sur l'article 4 en ce qu'elle concerne l'ensemble des garanties prévoyance, et non la seule garantie frais de santé, et qu'elle est gratuite pour son bénéficiaire, la portabilité ne répond qu'en partie à la problématique de la perte de la prévoyance d'entreprise. Seulement provisoire, elle ne permet pas, en effet, une sécurisation complète de son bénéficiaire en ce qu'elle prend fin dès que celui-ci cesse de percevoir les allocations de chômage même s'il n'a pas retrouvé d'emploi ; et que, de toute façon, l'intéressé ne pourra bénéficier des garanties portées que pour une durée n'excédant pas douze mois et ne couvrant pas nécessairement toute la période de chômage si celui-ci se prolonge au-delà. Sans doute l'ancien salarié conserve-t-il la possibilité de solliciter alors le bénéfice de l'article 4, mais outre que les deux dispositifs ne s'articulent pas parfaitement et que cela soulève des difficultés techniques non négligeables, il n'y sera guère incité pour les raisons précédemment évoquées. On n'oubliera pas, non plus, que la mise en œuvre de la portabilité bute encore sur de nombreux obstacles pratiques non totalement aplanis et susceptibles de priver les bénéficiaires de leurs droits, comme, par exemple, la mise en liquidation de l'entreprise suivie de la résiliation du contrat d'assurance.

681. « *Tout ça pour ça* » serait-on tenté d'écrire au terme de cette étude. Une accumulation de dispositifs et de textes épars, certains codifiés d'autres non⁷²⁷, présentant de nombreuses insuffisances et dont la mise en œuvre est source de difficultés ..., pour, au final, une sauvegarde des droits très imparfaite.

682. Le moment est certainement venu de remettre à plat et de refondre l'ensemble de ces dispositifs afin de construire un droit nouveau⁷²⁸ de la sauvegarde des droits, moins complexe et sécurisé.

683. Cela passe nécessairement par la réunion des mécanismes légaux et jurisprudentiels actuels dans un système unique, mais complet et cohérent c'est-à-dire prenant

⁷²⁷ Ainsi, les dispositions de la loi Évin ne sont pas codifiées.

⁷²⁸ Rigaud D. et Baron P. et Pignaud X., art. préc.

en compte les différences de situation entre, par exemple, le salarié qui part en retraite et celui qui est en transition entre deux emplois.

684. Cela pourrait aussi être l'occasion d'une réflexion plus large sur la prévoyance d'entreprise qui souffre du même « *mal* », mais sous une forme aggravée. Un empilement de normes éclatées dans plusieurs codes, voire non codifiées, et laissant encore subsister des différences de réglementation entre les différentes familles d'organismes assureurs. Une rédaction souvent défectueuse, source de difficultés d'interprétation et de contentieux. Autant d'éléments qui rendent complexe l'appréhension des dispositifs de prévoyance collective et qui devraient inciter le législateur à poursuivre l'harmonisation des textes et à reformuler les dispositions imprécises ou obscures. Il serait aussi bienvenu de réunir l'ensemble des règles applicables dans un Code de la prévoyance ou de la protection sociale complémentaire d'entreprise, ainsi que l'avait préconisé, il y a plus de trente ans, le rapport « *Gisserot* »⁷²⁹.

⁷²⁹ Rapport du Groupe de travail interministériel sur la protection sociale complémentaire présidé par Pierre Gisserot, janv. 1985, p. 6.

BIBLIOGRAPHIE

I. Traités, encyclopédies, manuels, dictionnaires et ouvrages

ALLAND D. et RIALS S. (dir.),

- *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, PUF, 2003.

BIGOT J. (dir.),

- *Les assurances de personnes*, t. 4. LGDJ, 2007.
- *Le contrat d'assurance*, t. 3, LGDJ, 2^{ème} éd., 2014.

BOISSONNAT J. (Prés.),

- *Le travail dans vingt ans : rapport de la commission présidée par Jean Boissonnat*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1995.

CHAUCHARD J.-P. et KERBOURC'H J.-Y. et WILLMANN C.,

- *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2018.

COURTIEU G.,

- « Assurances terrestres. – Assurances de personnes. – Assurance vie », *J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 15-10, 2013.

DE CALBIAC J. et WISMER F.,

- « Régimes de retraite et de prévoyance d'entreprise – Mises en œuvre », *J.-Cl. Protection sociale Traité*, Fasc. 820, 2018.
- « Régimes de retraite et de prévoyance d'entreprise – Contrat d'assurance », *J.-Cl. Protection sociale Traité*, Fasc. 825, 2018.
- « Régimes de retraite et de prévoyance d'entreprise – Fiscalité et charges sociales », dans *J.-Cl. Protection sociale Traité*, Fasc. 830, 2018.

KERBOURC'H J.-Y. et CHAUCHARD J.-P. et WILLMANN C.,

- *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2018.

KESSLER F.,

- *Droit de la protection sociale*, Dalloz, 6^{ème} éd., 2017.

LAMBERT-FAIVRE Y. ET LEVENEUR L.,

- *Droit des assurances*, Dalloz, 14^{ème} éd., 2017.

MADSEN P.-K.,

- *Le modèle danois de la flexicurité : un paradis non sans quelques serpents*, dans SARFATI H. et BONOLI G., *Mutations du marché du travail et protection sociale dans une perspective internationale. Voies parallèles ou convergentes ?* Peter Lang, 2002.

MARIÉ R.,

- « Suspension du contrat de travail – régime de droit commun », *J.-Cl. Travail traité*, Fasc. 28-10, 2017.

MOLARD J.,

- *Dictionnaire de l'assurance*, Séfyt, 2^{ème} éd., 2006.

MORVAN P.,

- *Droit de la protection sociale*, LexisNexis, 9^{ème} éd., 2019.

SUPIOT A., (Dir.),

- *Au-delà de l'emploi : transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe : rapport pour la Commission européenne*, Flammarion, 1999.
- *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, Nouvelle éd. 2016.

WILLMANN C. et CHAUCHARD J.-P. et KERBOURC'H J.-Y.,

- *Droit de la sécurité sociale*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2018.

II. Ouvrages spéciaux, thèses, mémoires

BOUMEDIENE M.,

- *La place de la loi et du contrat dans la garantie du droit à la protection sociale de 1945 à nos jours*, t. 2, E.P.U, 2004.

COLONNA J. et RENAUX-PERSONNIC V.,

- *La protection sociale complémentaire d'entreprise*, Gualino, 2019.

COURSIER P. et SERIZAY B.,

- *La protection sociale complémentaire en question*, LexisNexis, 2^{ème} éd. 2015.

D'ALLENDE M.,

- *La contribution du droit européen au droit de la protection sociale complémentaire*, Thèse de droit, Teyssié B. (dir.), Lexis-Nexis, 2015.
- *La protection sociale complémentaire d'entreprise*, Lamy, Collection Axe Droit, 2012.

LYON-CAEN G.,

- *La prévoyance*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1994.

OCDE,

- *Perspectives de l'emploi de l'OCDE*, Editions OCDE, 2006.

RENAUX-PERSONNIC V. et COLONNA J.,

- *La protection sociale complémentaire d'entreprise*, Gualino, 2019.

SERIZAY B. et COURSIER P.,

- *La protection sociale complémentaire en question*, LexisNexis, 2^{ème} éd. 2015.

VIRIOT-BARRIAL D. (Dir.),

- *Une nouvelle politique sociale du vieillissement : histoire et prospective d'un défi*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Coll. Droit Social, 2016.

III. Articles

ANFRAY O.,

- « Portabilité et liquidation judiciaire : l'avis de l'administration », *Act. proc. coll.* 2020, 150.

ANFRAY O. et MILLET-URSIN C.

- « Loi de sécurisation de l'emploi, protection sociale complémentaire des salariés et droit des procédures collectives : quelques questions », *Act. proc. coll.* 2013, 177.

ASQUINAZI-BAILLEUX D.,

- « Couverture de prévoyance d'entreprise et niveau des prestations », *JCP S* 2010, 1053.

AYNÈS L.,

- « Droits et protection des bénéficiaires », *Dr. soc.* 1986, p. 322.

AUMERAN X.,

- « Le versement santé », *JCP S* 2017, 1066.

BACH P.-O. et BRIVOIS D.,

- « Rupture du contrat de travail – Le certificat de travail », *JCP S* 2014, 1361.
- « La portabilité des couvertures de frais de santé et de prévoyance », *JCP S* 2015, 1033.

BADEL M.,

- « La gradation des droits sociaux : l'emprise de l'appartenance professionnelle sur la protection sociale », *RDSS* 2018, p. 162.

BARON P. et PIGNAUD X.,

- « Généralisation de la couverture « frais de santé » et de la portabilité », *JCP S* 2013, 1269.

BARON P. et PIGNAUD X. et RIGAUD D.,

- « La prévoyance collective des salariés et la loi Évin », *Dr. soc.* 2009, p. 465.

BARTHELEMY J. et LAIGRE P.,

- « La loi prévoyance », *JCP G* 1990, 3445.

BARTHELEMY J.,

- « Restructurations et protection sociale complémentaire », *Dr. soc.* 1989, p. 110.
- « Protection sociale complémentaire : de la conception institutionnelle à la conception assurantielle », *JCP S* 2006, 1810.
- « La portabilité des garanties collectives de prévoyance », *Dr. soc.* 2008, p. 325.

- « Les accords nationaux interprofessionnels », *Dr. soc.* 2008, p. 566.
- « Portabilité des garanties de prévoyance », *CDRH*, 2009, n°158, p. 13.
- « Essai sur le concept de convention collective de sécurité sociale », *RDT* 2019, p. 308.

BARTHELEMY J. et BEAL S. et LE MEUR J.-R.,

- « Portabilité en matière de prévoyance : regards croisés », *CDRH*, 2010, n°161, p. 25.

BARTHELEMY J. et CETTE G.,

- « Droit social : pourquoi et comment le refonder ? », *Dr. soc.* 2012, p. 763.

BEAL S. et HALLOPEAU M.,

- « La portabilité des couvertures complémentaires santé et prévoyance », *SSL*, 2009, n°1409, p. 3.

BEAL S. et BARTHELEMY J. et LE MEUR, J.-R.,

- « Portabilité en matière de prévoyance : regards croisés », *CDRH*, 2010, n°161, p. 25.

BICHOT J.,

- « Protection sociale « de base » et assurances complémentaires », *RDSS* 2015, p. 1106.

MATHIEU B.,

- « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel – A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n°185 du 20 mai 1998 », *Cah. cons. constit.* janvier 1999, n°6.

BERTRAND C. et PASCAUD L.,

- « La complémentaire santé en soins intensifs », *SSL*, 2017, n°1764, p.7.

BISTONDI C.,

- « La portabilité des droits santé et prévoyance : de quelques difficultés pratiques », *Gaz. Pal.* 2015, n°258, p. 13.

BOCAGNANO A. et COUFFINHAL, A. et DUMESNIL S. et GRIGNON M.,

- « La complémentaire maladie en France : qui bénéficie de quels remboursements ? », *Bulletin d'information en économie de la santé*, octobre 2000, n°497, p. 4.

BOIXADER M. et VINCENS F. :

- « De la nécessité de préciser la loi Évin ? », *JCP S* 2008, 1282.

BORGETTO M.,

- « La deuxième jeunesse de la prévoyance sociale », *Dr. soc.* 1986, p. 290.
- « La sécurité sociale à l'épreuve du principe d'universalité », *RDSS* 2016, p. 11.
- « Dynamique du droit de la sécurité sociale (1945-2015), *RDSS* 2016, p. 3.

BOUCARD F.,

- « L'analyse juridique de l'assurance de groupe en matière de crédit », *RGDA* 2002, p. 644.

BOURBOULOUX H. et BROUD F. et OLIVEIRA A.,

- « L'impossible mise en œuvre du dispositif de la portabilité des garanties de mutuelle et de prévoyance dans les entreprises en liquidation judiciaire », *BJE* mars 2017, n°2, p. 92.

BOURDOISEAU J.,

- « La « généralisation » de la complémentaire santé : un bilan », *RDSS* 2017, p. 436.

BOURDOISEAU J. et ROULET V.,

- « Les conséquences du transfert d'entreprise sur la protection sociale des salariés », *Gaz. Pal.* 2015, n°188, p. 21.

BRIENS G.

- « Analyse critique de l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 », *SSL*, 2009, n°1409, p. 9.
- « La nouvelle portabilité des garanties de protection sociale complémentaire », *Dr. soc.* 2013, p. 895.

BRIVOIS D. et BACH P.-O.,

- « Rupture du contrat de travail – Le certificat de travail », *JCP S* 2014, 1361.
- « La portabilité des couvertures de frais de santé et de prévoyance », *JCP S* 2015, 1033.

BROUD F. et BOURBOULOUX H. et OLIVEIRA A.,

- « L'impossible mise en œuvre du dispositif de la portabilité des garanties de mutuelle et de prévoyance dans les entreprises en liquidation judiciaire », *BJE* mars 2017, n°2, p. 92.

CANIARD E,

- « Les limites de la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé », *RDSS* 2014, p. 616.

CÉSARO J.-F.,

- « Protection sociale d'entreprise et assurance » *Dr. soc.* 2006, p. 165.
- « La flexisécurité sociale complémentaire », *SSL*, n° 1348 suppl., 7 avr. 2008, p. 73.

CETTE G. et BARTHELEMY J.,

- « Droit social : pourquoi et comment le refonder ? », *Dr. soc.* 2012, p. 763

CHAUCHARD J.-P.,

- « Les équivoques de l'assurance maladie complémentaire en entreprise », *RDSS* 2016, p. 149.

COLONNA J. et RENAUX-PERSONNIC V.,

- « Le référendum et la protection sociale », *Dr. soc.* 2018, p. 432.
- « Le droit de la protection sociale face au vieillissement », in *Une nouvelle politique sociale du vieillissement : histoire et prospective d'un défi*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Collection Droit Social, 2016.

COUFFINHAL A. et BOCAGNANO A. et DUMESNIL S. et GRIGNON M.,

- « La complémentaire maladie en France : qui bénéficie de quels remboursements ? », *Bulletin d'information en économie de la santé*, octobre 2000, n°497, p. 4.

COURSIER P.,

- « La loi Evin, vingt ans déjà... et après ? » *Gaz. Pal.* 2010, n°247, p. 22.

DENIER J.-L.,

- « Booster le net, bouter le brut », *LCDRH* 2001, n°33, p. 93.

DEL SOL M.,

- « Régime fiscal – Sort fiscal de sommes finançant la portabilité », *JCP E* 2010, 1597.

DEL SOL M. et HENNION S. et PIERRE P.,

- « Chronique de protection sociale complémentaire », *Dr. soc.* 2016, p. 760.

DELUMEAU M.,

- « Généralisation de la couverture santé et portabilité prévoyance : les apports de la loi relative à la sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013 », *SSL*, 2013, n°1601, p. 8.

DORMONT B.,

- « La couverture des soins par les assurances-maladies obligatoire et complémentaires : quels enjeux pour le système de soins ? », *RDSS* 2014, p. 806.

DUMESNIL S. et COUFFINHAL A. et BOCAGNANO A. et GRIGNON M.,

- « La complémentaire maladie en France : qui bénéficie de quels remboursements ? », *Bulletin d'information en économie de la santé*, octobre 2000, n°497, p. 4.

DUPEYROUX J.-J.,

- « Un nouveau regard sur la notion de rémunération », *Dr. soc.* 1996, p. 506.

FARMINE F. et GORRIAS S. et MERLY E. et METEYE T.,

- « Plan de sauvegarde de l'emploi et plan de cession », *BJE* nov. 2012, n°6, p. 412.

FERREIRA A. et HALLOPEAU M. et RAULT-DUBOIS. O.,

- « La loi Évin a incontestablement rationalisé la prévoyance d'entreprise. Vingt ans plus tard, des aménagements sont nécessaires eu égard aux nouveaux enjeux », *SSL*, 2010, n°1443, p. 5.

FRANC C. et PERRONNIN, M. et PIERRE A.,

- « Changer de couverture complémentaire santé à l'âge de la retraite, un comportement plus fréquent chez les titulaires de contrats d'entreprise », *Questions d'économies de la santé, IRDES*, octobre 2007, n°126, p. 3.

FRANCISCUS-CALZATI L.,

- « Portabilité des garanties et résiliation du contrat d'assurance », *SSL*, 2015, n°1662, p. 6.

FRANCOIS G.,

- « Le droit au maintien des prestations différées et la résiliation du contrat de prévoyance collective », *D.* 2007, p. 1060.

FREYSSINET J.,

- « L'accord du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail : un avenir incertain », *La Revue de l'IREES*, 2007, n°54, p. 31.

GAUDU V.-F.,

- « La “ sécurité sociale professionnelle” : un seul lit pour deux rêves ? », *Dr. soc.* 2007, p. 393.

GAUTIÉ J.,

- « Quelle troisième voie ? Repenser l’articulation entre marché du travail et protection sociale », *Centre d’études de l’emploi*, Septembre 2003, n°30, p. 11.

GAY L.,

- « La notion de « droits-créances » à l’épreuve du contrôle de constitutionnalité, *Cah. cons. constit.* n°16, juin 2004, p. 247.

GENICON T.,

- « Stipulation pour autrui ou stipulation de « contrat » pour autrui », *RDC* 2010, p. 1228.

GEOFFARD P.-Y.,

- « L’AMO ne suffit plus à garantir un accès aux soins sans barrière financière », *Regards*, 2016, n°49, p. 157-163.

GINON A.-S.,

- « Les transformations de la Sécurité sociale : question de droits ou du droit ? », *RDSS* 2016, p. 80.

GINON A.-S. et GUIOMARD F.,

- « Les nouvelles formes de mutualisation – Réflexion sur la portabilité des droits issue de l’accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 », *Dr. Soc.* 2009, p. 1054.

GORRIAS S. et MERLY E. et METEYE T. et FARMINE F.,

- « Plan de sauvegarde de l’emploi et plan de cession », *BJE* nov. 2012, n°6, p. 412.

GRAUJEMAN E. et LARDY S.,

- « Faut-il croire à la portabilité des droits ? » *RDT* 2009, p. 352.

GRIGNON M. et BOCAGNANO A. et COUFFINHAL A. et DUMESNIL S.,

- « La complémentaire maladie en France : qui bénéficie de quels remboursements ? », *Bulletin d’information en économie de la santé*, Octobre 2000, n°497, p. 4.

GROUDEL H.,

- « Droit des assurances terrestres », *D.* 2012, p. 1980.

GRÜNDLER T.,

- « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS* 2010, p. 835.

GUIOMARD F. et GINON A.-S.,

- « Les nouvelles formes de mutualisation – Réflexion sur la portabilité des droits issue de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 », *Dr. soc.* 2009, p. 1054.

HADOUX-VALLIER I. et LIHRMANN C.,

- « Généralisation de la complémentaire santé : employeur, encore un effort ! » *JCP E* 2016, 1.

HALLOPEAU M. et BEAL S.,

- « La portabilité des couvertures complémentaires santé et prévoyance », *SSL*, 2009, n°1409, p. 3.

HALLOPEAU M. et FERREIRA A. et RAULT-DUBOIS O.,

- « La loi Évin a incontestablement rationalisé la prévoyance d'entreprise. Vingt ans plus tard, des aménagements sont nécessaires eu égard aux nouveaux enjeux », *SSL*, 2010, n°1443, p. 5.

HENNION S. et DEL SOL M. et PIERRE P.,

- « Chronique de protection sociale complémentaire », *Dr. soc.* 2016, p. 760.

JEANSEN E. et PAGNERRE Y.,

- « Des avantages individuels acquis au maintien de la rémunération annuelle : une notion byzantine chasse l'autre », *JCP S* 2016, 1420.

KOVAC J.,

- « Portabilité : ce qui reste à faire avant le 1^{er} juin 2014 », *JCP S* 2014, 1091.

LAFORE R.,

- « L'égalité en matière de sécurité sociale », *RDSS* 2013, p. 379.

LAGARDE X.,

- « Prévoyance : questions pratiques sur la mise en œuvre de la portabilité », *JCP S* 2009, 1400.

LAIGRE P.,

- « La loi prévoyance », *Dr. soc.* 1990, p. 370.

LAIGRE P. et BARTHELEMY J.,

- « La loi prévoyance », *JCP G* 1990, 3445.

LAMBLÉ V.,

- « La portabilité : la cacophonie en cas de transfert », *Apprecialis*, 18 oct. 2014, p. 2.

LAUTRETTE L. et PIAU D.,

- « Le maintien des obligations d'assurance en prévoyance collective », *Dr. soc.* 2007, p. 853.

LARDY S. et GRAUJEMAN E.,

- « Faut-il croire à la portabilité des droits ? », *RDT* 2009, p. 352.

LE MEUR J.-R. et BARTHELEMY J. et BEAL S.,

- « Portabilité en matière de prévoyance : regards croisés », *CDRH*, 2010, n°161, p. 25.

LEONE-ROBIN B. et PIGNAUD X.,

- « Forfait social et maintien de salaire », *JCP S* 2012, 1221.

LIHRMANN C. et HADOUX-VALLIER I.,

- « Généralisation de la complémentaire santé : employeur, encore un effort ! » *JCP E* 2016, 1.

LYON-CAEN G.,

- « La deuxième jeunesse de la prévoyance sociale », *Dr. soc.* 1986, p. 290.

MARIÉ R.,

- « La complémentaire santé des travailleurs temporaires », *JCP S* 2016, 1000.

MARTIN D.-R.,

- « Consécration d'une figure : la stipulation de contrat pour autrui », *D.* 2008, p. 1954.

MERLY E. et METEYE T. et GORRIAS S. et FARMINE F.,

- « Plan de sauvegarde de l'emploi et plan de cession », *BJE* nov. 2012, n°6, p. 412.

METEYE T. et GORRIAS S. et MERLY E. et FARMINE F.,

- « Plan de sauvegarde de l'emploi et plan de cession », *BJE* nov. 2012, n°6, p. 412.

MILLET-URSIN C.,

- « L'ANI du 11 janvier 2013 : des dommages collatéraux sur la couverture maladie des retraités ? », *SSL*, 2013, n°1580, p. 14-16.

MILLET-URSIN C. et ANFRAY O.,

- « Loi de sécurisation de l'emploi, protection sociale complémentaire des salariés et droit des procédures collectives : quelques questions », *Act. proc. coll.* 2013, 177.

MONNIER, A.,

- « Le baby-boom : suite et fin », *Population & Sociétés*, Février 2007, n°431.

MORVAN P.,

- « Les transferts d'entreprise et les régimes de protection sociale », *Dr. soc.* 2005, p. 772.
- « Protection sociale d'entreprise : droit acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration », *Dr. soc.* 2006, p. 279.
- « Portabilité des garanties collectives dans l'entreprise en liquidation judiciaire », *JCP S* 2020, 3001.

OLIVEIRA A. et BOURBOULOUX H. et BROUD F.,

- « L'impossible mise en œuvre du dispositif de la portabilité des garanties de mutuelle et de prévoyance dans les entreprises en liquidation judiciaire », *BJE* mars 2017, n°2, p. 92.

OUAISSI H.,

- « Le devenir des régimes de retraite supplémentaire et de prévoyance lors de fusions d'entreprises », *JCP S* 2006, 1858.

PAGNERRE Y.,

- « De la couverture à l'exclusion des intérimaires en matière de complémentaire santé : l'accord de branche sur la sellette », *JCP S* 2017, 1417.

PAGNERRE Y. et JEANSEN E.,

- « Des avantages individuels acquis au maintien de la rémunération annuelle : une notion byzantine chasse l'autre », *JCP S* 2016, 1420.

PARANCE B.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *JCP G* 2007, 127.

PASCAUD L. et BERTRAND C.,

- « La complémentaire santé en soins intensifs », *SSL*, 2017. n°1764, p. 7.

PELLET R.,

- « L'égalité et « l'accroissement du reste à charge » », *RDSS* 2013, p. 38.

PERRONNIN M., et FRANC C. et PIERRE A.,

- « Changer de couverture complémentaire santé à l'âge de la retraite, un comportement plus fréquent chez les titulaires de contrats d'entreprise », *Questions d'économies de la santé, IRDES*, octobre 2007, n°126, p. 3.

PIAU D., et LAUTRETTE L.,

- « Le maintien des obligations d'assurance en prévoyance collective », *Dr. soc.* 2007, p. 853.

PIERRE A. et FRANC C. et PERRONNIN M.,

- « Changer de couverture complémentaire santé à l'âge de la retraite, un comportement plus fréquent chez les titulaires de contrats d'entreprise », *Questions d'économies de la santé, IRDES*, octobre 2007, n°126, p. 3.

PIERRE P. et DEL SOL M. et HENNION S.,

- « Chronique de protection sociale complémentaire », *Dr. soc.* 2016, p. 760.

PIGNAUD X. et BARON P.,

- « Généralisation de la couverture « frais de santé » et de la portabilité », *JCP S* 2013, 1269.

PIGNAUD X. et BARON P. et RIGAUD D.,

- « La prévoyance collective des salariés et la loi Évin », *Dr. soc.* 2009, p. 465.

PIGNAUD X. et LEONE-ROBIN B.,

- « Forfait social et maintien de salaire », *JCP S* 2012, 1221.

RAULT-DUBOIS O. et FERREIRA A. et HALLOPEAU M.,

- « La loi Évin a incontestablement rationalisé la prévoyance d'entreprise. Vingt ans plus tard, des aménagements sont nécessaires eu égard aux nouveaux enjeux », *SSL*, 2010, n°1443, p. 5.

RENAUX-PERSONNIC V. et COLONNA J.,

- « Le référendum et la protection sociale », *Dr. soc.* 2018, p. 432.
- « Le droit de la protection sociale face au vieillissement », in *Une nouvelle politique sociale du vieillissement : histoire et prospective d'un défi*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Collection Droit Social, 2016.

RIGAUD D.,

- « Les aspects juridiques liés à l'application de la loi Évin aujourd'hui », *Gaz Pal.* 2010, n°247, p. 28.

RIGAUD D. et PIGNAUD, X. et BARON P.,

- « La prévoyance collective des salariés et la loi Évin », *Dr. soc.* 2009, p. 465.

ROULET V.,

- « Pour une réforme de l'article 4 de la loi Evin », *Dr. soc.* 2012, p. 1060.
- « La portabilité des droits de prévoyance au vu de la sécurisation de l'emploi », *Dr. soc.* 2013, p. 901.
- « Protection sociale d'entreprise – État des lieux et perspectives », Recherche effectuée dans le cadre d'une convention conclue entre l'Institut de Recherches Économiques et Sociales (IRES) et la CFE-CGC, sept. 2013, p. 68.
- « De quelques lectures de l'article 7 de la loi Evin », *Gaz. Pal.* 2015, n°258, p. 8.

ROULET V. et BOURDOISEAU J.

- « Les conséquences du transfert d'entreprise sur la protection sociale des salariés », *Gaz. Pal.* 2015, n°188, p. 21.

ROUSSEAU M.,

- « Révision d'un accord collectif instituant un régime de retraite supplémentaire », *JCP E* 2003, 1553.

SAINT-JOURS Y.,

- « La protection sociale complémentaire d'entreprise » : *Dr. soc.* 1992, p. 141.

SARGOS P.,

- « Le droit au maintien des prestations et des garanties dans l'assurance de prévoyance collective », *JCP G* 2001, I, 363.
- « Prévoyance complémentaire », *RGDA 2010*, n°2, p. 269.

SERIZAY B.,

- « La portabilité des droits de protection sociale », *SSL*, 2008, n°1366.
- « La question de la portabilité des droits à prévoyance, une formule d'avenir ? », *Gaz. Pal.* 2010, n° 247, p. 32.

SUPIOT A.,

- « La sécurité sociale entre transformisme et réformisme », *RDSS* 2016, p. 5.

TABUTEAU D.,

- « La privatisation *volens volens* de la protection sociale contre la maladie », *RDSS* 2016, p. 24.

TEBOUL G.,

- « Des rapports entre le droit des entreprises en difficulté et le droit social », *Gaz. Pal.* 2010, n°308, p. 6.

VACHET G.,

- « Sécurisation des parcours professionnels : utopie ou réalité », *Dr. soc.* 2006, p. 963.

VIDECOQ E.,

- « Le chômeur en rupture de protections : des voies et moyens d'activer les droits de privés d'emploi », *RDSS* 2014, p. 650.

VINCENS F. et BOIXADER M.,

- « De la nécessité de préciser la loi Évin ? », *JCP S* 2008, 1282.

VINCENT R.,

- « Conditions d'acquisition de la garantie de prévoyance », *Dr. soc.* 2014, p. 581.

WISMER F.,

- « Protection sociale d'entreprise : bilan 2016 », *JCP S* 2017, 1115.

IV. Observations, notes et commentaires de jurisprudence

ADAM P.,

- Note sous Cass. soc., 25 janv. 2017, n°14-26.071 : *RDT* 2017, p. 264.
- Note sous CA Versailles, 6^{ème} ch., 28 juin 2018, n°16/03962, *BJT* oct. 2018, n°2, p. 98.

ALOUR C.,

- Note sous Cass. soc., 21 sept. 2005, n°03-43.532, *Lexbase hebdo éd. soc.*, 2005, n°184.

ANFRAY O.,

- Note sous Cass. soc. 10 nov. 2016, n°15-10.936, *JCP S* 2017, 1072.
- Note sous CA. Paris, ch. 3, 13 sept. 2016, n°15/17810, *Act. proc. coll.* 2017, 85.
- Note sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *Act. proc. coll.* 2018, 1.

ANFRAY A. et MILLET-URSIN C.,

- Note sous Cass. soc., 15 avr. 2015, n°13-22.044, *JCP S* 2015, 1232.

ANTONMATTEI P.-H.,

- Note sous Cass. soc., 13 mars 2001, n°99-45.651, *Droit et Patrimoine*, 2001, n°97, p. 107.

ASQUINAZI-BAILLEUX D.,

- Note sous Cass. soc., 16 janv. 2007, n°05-43.434, *JCP S* 2007, 1275.
- Note sous Cass. soc., 30 mai 2007, n°06-12.275, *JCP S* 2007, 1680.
- Note sous Cass. soc., 8 nov. 2007, n°06-19.655, *JCP S* 2008, 1210.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 17 avr. 2008, n°07-12.064, *JCP S* 2008, 1458.

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 12 avr. 2012, n°11-17.355, *JCP E* 2012, 1612, chron. 15.
- Note sous Cass. soc., 23 mai 2012, n°11-17.549, *JCP E* 2012, 1612.
- Note sous Cass. soc., 5 mars 2015, n°13-26.892, *JCP E* 2015, 1459, chron. 28.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 4 fév. 2016, n°14-27.249, *JCP E* 2016, 1580.
- Note sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *Cah. soc.* 2018, n°305, p. 155.

ASTEGIANO-LA RIZZA A.,

- Note sous Cass. soc., 17 mars 2011, n°10-12.843, *RGDA* 2011, n°3, p. 795.

AUZERO G.,

- Note sous Cass. soc., 11 mai 2005, n°03-40.650, *Lexbase hebdo éd. soc.* 26 mai 2005, n°169.

AVENA-ROBARDET V.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *D.* 2007, p. 863.

BAGHESTANI-PERREY L.,

- Note sous Cons. const., n°2007-561 DC, 17 janvier 2008, cons. n° 17, *LPA* 2008, n°261, p. 6.

BAILLY P.,

- Note sous Cass. soc. 13 avr. 2016 n° 14-28.293, *Gaz. Pal.* 2016, n°22, p. 64.

BARTHELEMY J.,

- Note sous Cass. soc., 16 janv. 2007, n°05-43.434, *Dr. soc.* 2007, p. 500.

BARTHELEMY J. et LAUTRETTE L.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *Dr. soc.* 2008, p. 1021.

BEAUGENDRE S et NICOLAS V.,

- Chron. sous Cass. soc., 15 mai 2008, n°07-14.354, *Lexbase hebdo éd. priv.* 2008, n°307.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 3 mars 2011, n°09-14.989, *Lexbase hebdo éd. priv.* 2011, n°436.

BEDJA L.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 2018, n°17-10.636, *Lexbase hebdo éd. soc.*, 2018, n°728.

BERLAUD C.,

- Note sous Cass. soc., 7 juill. 2010, n°09-42.636, *Gaz. Pal.* 2010, n°224, p. 27.

BERNAUD V.,

- Note sous Cons. const., n°2007-561 DC, 17 janvier 2008, cons. n° 17, *Dr. soc.* 2008, p. 424.

BICHERON N.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *RLDC* 2007, n°39, p. 15.

BIGOT J.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 19 déc. 1990, n° 88-12.863, *JCP G* 1991, II, 21656.
- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 13 juin 1995, n°92-15.595 et 93-11.685, *RGDA* 1996, n°1, p. 158.
- Note sous Cass. soc., 18 mars 2003, n°01-41.669, *RGDA* 2003, n°3, p. 528.

BORDENAVE A.,

- Note sous Cass. com., 13 avr. 2010, n°09-13.712, *Lexbase hebdo éd. aff.*, 2016, n°463.

BOURBOULOUX H. et BROUD F.,

- Note sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *BJE* janv. 2018, n°1, p. 48.

BRAIK Y.,

- Note sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *Gaz. Pal.* 2017, n°309, p. 55.

BRISSY S.,

- Note sous Cass. soc., 18 mai 2011, n°09-42.741, *JCP S*, 2011, 1474.

BROUD F. et BOURBOULOUX H.,

- Note sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *BJE* janv. 2018, n°1, p. 48.

BROUD F. et MIALHE E.,

- Note sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *JCP S* 2018, 1010.

BUGADA A.,

- Note sous Cass. soc., 23 nov. 2006, n°04-30.208, *JCP S* 2007, 1704.
- Note sous Cass. soc., 23 nov. 2006, n°04-30.208, *JCP E* 2008, 1565.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *D.* 2008, p. 2703.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 2018, n°17-10.636, *Procédures* 2018, 84.

BURY B.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 29 mars 2017, n°15-23.324, *Gaz. Pal.* 2017, n°22, p. 78.
- Note sous Cass. com., 13 avr. 2010, n°09-13.712, *Gaz. Pal.* 2010, n°191, p. 23.

BUSO M.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 2018, n°17-10.636, *JCP S* 2018, 1119.

BUSO M. et D'ALLENDE M.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 2018, n°17-10.636, *JCP S* 2018, 1119.

CARDOSO-BECKHARD J. et PATIN M.,

- Note sous Cass. soc., 9 juill. 2014, n°13-15.832, *JSL*, 2014, n°376, p. 21.

CASSARD-VALEMBOIS A.-L.,

- Note sous Cons. const., n°2007-561 DC, 17 janvier 2008, cons. n° 17, *LPA*, 2008, n°261, p. 6

CASSON P.,

- Chron. sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *JCP E* 2008, 2008.

CHAMPEAUX F.,

- Note sous Cass. soc., 15 fév. 2006, n°04-42.822, *SSL*, 2006, n°1252, p. 10.
- Note sous Cass. soc., 15 fév. 2006, n°04-42.822, *SSL*, 2006, n°1276, p. 61.
- Note sous C. const. 2 mars 2016, n°2015-523 QPC, *SSL*, 2016, n°1713, p. 13.

CHAUMET B.,

- Note sous Cass. soc., 25 janv. 2017, n°14-26.071, *Lexbase hebdo éd. soc.* 2017, n°686.

CHAUMETTE P.,

- Note sous Cass. soc., 14 nov. 2007, n°06-14.553, *DMF* 2008, 695.

CHEIKH-VECCHIONI L.-B.,

- Note sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *Gaz. Pal.* 2018, n°2, p. 57.

CHENU D.,

- Note sous Cass. soc., 25 janv. 2017, n°14-26.071, *JCP S* 2017, 1089.

CHOISEZ S.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2001, n°98-17.935, *D.* 2001, p. 3391.
- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 2 oct. 2002, n°99-14.298, *Resp. civ. et assur.* 2003, 83.

COCHET J.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *Gaz. Pal.* 2008, n°227, p. 30.

COLONNA J.,

- Note sous Cass. soc., 3 mars 2011, n°09-14.989, *JCP E* 2011, 1170.

CORON D. et LUCET F.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2001, n°98-17.935, *RD bancaire et fin.* 2002, 47.

CORRIGNAN-CARSIN D.,

- Note sous Cass. soc., 11 mai 2005, n°03-40.650, *JCP E* 2005, 1241.

COURTIEU G.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *Resp. civ. assur.* 2007, 8.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *Resp. civ. assur.* 2008, 151.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 17 avr. 2008, n°07-12.064, *Resp. civ. assur.* 2008, 238.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 17 avril 2008, n°07-12.088, *JCP E*, 2009, 1623.
- Note sous Cass. soc., 3 mars 2011, n°09-14.989, *Resp. civ. et assur.* 2011, 270.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 27 mars 2014, n° 13-14.656, *Resp. civ. assur.* 2014, 282.

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 11 déc. 2014, n°13-25.777, *Resp. civ. assur.* 2015, 105.
- Note sous Cass. soc., 5 mai 2015, n°13-26.892, *Resp. civ. assur.* 2015, 162.
- Note sous Cass. civ. 2^{ème}., 4 fév. 2016, n°14-27.249, *Resp. civ. assur.* 2016, 165.

COUTURIER G.,

- Note sous Cass. soc., 29 nov. 1990, n°88-40.618, *Dr. soc.* 1991, p. 105.

COUTURIER G. et RAY J.-E.,

- Note sous Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-42.679, *Dr. soc.* 2003, p. 817.

CROZE H.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *Procédures* 2007, 88.

D'ALLENDE M. et BUSO M.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 2018, n°17-10.636, *JCP S* 2018, 1119.

DE MONTVALLON L.,

- Note sous Cass. soc. 13 avr. 2016 n° 14-28.293, *CLCE*, 2016, n°160.

DEDESSUS LE MOUSTIER N.,

- Note sous Cass. soc., 2 déc. 2015, n°15-19.597, *JCP G* 2015, 1431.
- Note sous Cass. soc. 13 avr. 2016 n° 14-28.293, *JCP G* 2016, 543.

DEDESSUS LE MOUSTIER G.,

- Note sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *LEDEN* 2017, n°11, p. 6.
- Note sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *JCP G* 2017, 1284.
- Note sous Cass. soc., 8 févr. 2017, n°15-21.064 : *JCP G* 2017, 209.

DELPECH X.,

- Note sous Cass. com., 13 avr. 2010, n°09-13.712, *D.* 2010, p. 1208.

DELUMEAU M.,

- Chron. sous CA Lyon, 13 janv. 2009, 1^{ère} ch., B, n°08/02875, *JCP E* 2009, 1430, chron. 8.
- Chron. sous Cass. civ. 2^{ème}, 17 avril 2008, n°07-12.088, *JCP E* 2008, 2008.

DJOUDI J.,

- Note sous Cass. com., 13 avr. 2010, n°09-13.712, *RD bancaire et fin.* 2010, 178.
- Note sous Cass. soc., 17 mars 2011, n°10-12.843, *RD bancaire et fin.* 2011, 101.

DUMONT F.,

- Note sous Cass. soc., 12 déc. 2012, n° 10-26.324, *JCP S* 2013, 1136.
- Note sous Cass. soc., 26 mars 2014, n°12-23.634, *JCP S* 2014, 1302.

DUPLAT J.,

- Concl. sous Cass. soc., 16 janv. 2007, n°05-43.434, *SSL*, 2007, n°1293, p. 8.

FAGES B.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, n°05-21822, *RTD civ.* 2008, p. 477.

FELTZ F.,

- Concl. sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, p. 8, [www.courdecassation.fr].

FERREIRA A.,

- Note sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *JCP E* 2018, 1075.

FONLLADOSA F.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1998, n°96-18.152, *RGDA* 1999, n°1, p. 158.
- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 2001, n°98-17.936, *RGDA* 2001, n°2, p. 375.

FRAISSE W.,

- Note sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *Dalloz actualité*, 22 nov. 2017.

FRANCOIS G.,

- Note sous Cass. soc., 3 mars 2011, n°09-14.989, *JCP S* 2011, 1190.

FROUIN J.-Y.,

- Note sous Cass. soc., 15 fév. 2006, n°04-42.822, *JCP S* 2006, 1279.

GAURIAU B.,

- Note sous Cass. soc., 30 avr. 2003, n°00-44.811, *Dr. soc.* 2003, p. 827.

GEA F.,

- Note sous Cass. soc., 26 mars 2014, n°12-23.634, *SSL*, 2014, n°1625, p. 10.

GHILAIN F.,

- Note sous Cass. ass. plén., 26 janv. 2001, n°99-11.758, *Gaz. Pal.* 2001, n°58, p. 13.

GINON A.-S.,

- Note sous Cass. soc., 18 mai 2011, n°09-42.741, *Dr. ouvrier*, 2011, n°758, p. 597.

GOSSOU S.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *LPA*, 2007, n°105, p. 14.

GOURIO A.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *JCP G* 2007, II, 10098.

GROUDEL H.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 2001, n°98-17.936, *Resp. civ. et assur.* 2001, 236.
- Note sous Cass. ass. plén., 19 déc. 2003, n°01-10.670, *Resp. civ. assur.* 2004, 7.
- Note sous Cass. soc., 16 janv. 2007, n°05-43.434, *Resp. civ. assur.* 2007, 138.
- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *D.* 2008, p. 120.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 25 juin 2009, n°08-15.349, *Resp. civ. et assur.* 2009, 300.
- Note sous Cass. soc., 3 mars 2011, n°09-14.989, *D.* 2012, p. 1980.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 28 juin 2012, n°11-14.938, *Resp. civ. et assur.* 2012, 325.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 11 déc. 2014, n°13-25.777, *Resp. civ. et assur.* 2015, 1.
- Note sous Cass. soc., 5 mai 2015, n°13-26.892, *Resp. civ. et assur.* 2016, 1.

GRYNBAUM L.,

- Note sous Cass. ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *RDI* 2007, p. 319.

GUYON Y.,

- Note sous Cons. const. n°89-254 DC, 4 juill. 1989, cons. 18, *Rev. sociétés* 1990, p. 27.

HALLER M.-C.,

- Note sous Cass. ass. plén., 26 janv. 2001, n°99-11.758, *JSL*, 2001, n°78, p. 15.
- Note sous Cass. soc., 15 fév. 2006, n°04-42.822, *JSL*, 2006, n°187, p. 13.

- Note sous Cass. soc., 16 janv. 2007, n°05-43.434, *JSL*, 2007, n°205, p. 13.
- Note sous CA Lyon, 13 janv. 2009, 1^{ère} ch., B, n°08/02875, *JSL*, 2009, n°251, p. 24.
- Note sous Cass. soc., 2 déc. 2015, n°15-19.597, *JSL*, 2016, n°402, p. 24.

HANNE F.,

- Note sous Cass. civ. 2^{ème}, 17 avril 2008, n°07-12.088, *Cah. soc.* 2008, n°203, p. 338.

HAUTEFORT M.,

- Note sous Cass. soc., 11 mai 2005, n°03-40.650, *JSL*, 2005, n°170, p. 19.
- Note sous Cass. soc., 20 fév. 2013, n°11-26.560, *JSL*, 2013, n°341, p. 13.

HENNION-MOREAU S.,

- Note sous Cass. soc., 13 mars 2001, n°99-45.651, *RDSS* 2001, p. 574.

HUC-BEAUCHAMPS A.,

- Note sous Cass. civ. 2^{ème}, 25 juin 2009, n°08-15.349, *Dalloz actualité*, 18 sept. 2009.

ICARD J.,

- Note sous Cass. soc., 26 mars 2014, n°12-23.634, *Cah. soc.* 2014, n°263, p. 298.
- Note sous Cass. soc. 13 avr. 2016, n° 14-28.293, *Cah. soc.* 2016, n°286, p. 302.
- Note sous C. Const., n°2016-558/559 QPC, 29 juill. 2016. *Cah. soc.* 2016, n°288, p. 432.
- Note sous Cass. Soc., 25 janv. 2017, n°14-26.071 : *Cah. soc.* 2017, n°120, p. 133.
- Note sous Cass. soc., 8 févr. 2017, n°15-21.064 : *Cah. soc.* 2017, n°120, p. 133.

JANICOT L.,

- Note sous Cons. const., n°2007-561 DC, 17 janvier 2008, cons. n° 17, *LPA* 2008, n°261, p. 6.

J. BERR C.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 fév. 1999, n°96-18.600, *D.* 1999, p. 225.

J. CREDOT F.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *RD bancaire et fin.* 2007, 93.

J. CREDOT F. et SAMIN T.,

- Note sous Cass. com., 13 avr. 2010, n°09-13.712, *RD bancaire et fin.* 2020, 120.

JEAN-MARIE N. et WISMER F.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 11 juin 2015, n°14-17.114, *JSL*, 2020, n°500, p. 64.

JOURDAIN P.,

- Note sous Cass. ass. plén., 19 déc. 2003, n°01-10.670, *RTD civ.* 2004, p. 303.
- Note sous Cass. soc., 8 nov. 2007, n°06-19.655, *RTD civ.* 2008, p. 307.

KEBIR M.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 2018, n°17-10.636, *Dalloz actualité*, 8 fév. 2018.

KESSLER F. et LOGEAIS Y.-E.,

- Note sous Cass. soc., 23 nov. 2006, n°04-30.208, *SSL*, 2006, n°1287, p. 12.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *JCP S* 2008, 1227.

KOLECK-DESAUTEL S.,

- Note sous Cass. soc., 5 mai 2004, n°03-10.010, *Lexbase hebdo éd. soc.*, 20 mai 2004, n°121.

KULLMANN J.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 21 nov. 2000, n°98-11.891, *RGDA* 2000, n°4, p. 1052.
- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2001, n°98-17.935, *RGDA* 2001, n°3, p. 727.
- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 2 oct. 2002, n°99-14.298, *RGDA* 2002, p. 1029.
- Note sous Cass. Ass. Plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *RGDA* 2007, n°2, p. 397.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *RGDA* 2009, n°2, p. 549.
- Note sous Cass. com., 13 avr. 2010, n°09-13.712, *RGDA* 2010, n°3, p. 745.
- Note sous Cass. soc., 18 mai 2011, n°09-42.741, *RGDA* 2011, n°4, p. 1057.
- Note sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *RGDA* 2011, n°4, p. 1046

LABETOULLE D.,

- Note sous Cons. const., n°2007-561 DC, 17 janvier 2008, cons. n° 17, *AJDA* 2008, p. 851.

LAFFONT G.-B. et VINCENS F.,

- Note sous CA Lyon, 13 janv. 2009, 1^{ère} ch., B, n°08/02875, *JSL*, 2009, n°249, p. 4.

LARDY-PELISSIER B.,

- Note sous Cass. soc., 30 avr. 2003, n°00-44.811, *D.* 2004, p. 178.

LAUTRETTE L., et BARTHELEMY J.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *Dr. soc.* 2008, p. 1021.

LAUTRETTE L. et PIAU D.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *JCP E* 2008, 1611.

LE GALLOU C.,

- Note sous Cass. com., 13 avr. 2010, n°09-13.712, *RLDC* 2010, n°72, p. 13.

LEBORGNE-INGELAERE C.,

- Note sous Cass. soc., 3 nov. 2011, n°10-15.124, *JCP S* 2012, 1136.
- Note sous Cass. soc., 20 fév. 2013, n°11-26.560, *JCP S* 2013, 1250.

LEDUCQ X.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 11 déc. 2014, n°13-25.777, *Gaz. Pal.* 2015, n°118, p. 28.

LEGEAIS D.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *RTD Com.* 2007, p. 433.
- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *RD bancaire et fin.* 2007, 55.
- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *JCP E* 2007, 1375.

LHERNOULD J.-P.,

- Note sous Cass. soc., 26 mars 2014, n°12-23.634, *JSL*, 2014, n°366, p. 8.
- Note sous C. const. 2 mars 2016, n°2015-523, *JSL*, 2016, n°407.
- Note sous Cass. Soc., 25 janv. 2017, n°14-26.071, *JSL*, 2017, n°427, p. 19.
- Note sous Cass. soc., 8 févr. 2017, n°15-21.064, *JSL*, 2017, n°428, p. 8.

LOGEAIS Y.-E. et KESSLER F.,

- Note sous Cass. soc., 23 nov. 2006, n°04-30.208, *SSL*, 2006, n°1287, p. 12.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *JCP S* 2008, 1227.

LUCET F.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 30 janv. 2001, n°98-17.936, *RD bancaire et fin.* 2002, 46.

LUCET F. et CORON D.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2001, n°98-17.935, *RD bancaire et fin.* 2002, 47.

LUCHERE F.,

- Note sous Cons. const., n°89-254 DC, 4 juill. 1989, cons. 18 : *D.* 1990, p. 209.

MARKHOFF P.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *LPA* 2007, n°94, p. 16.

MARRON F.,

- Note sous Cass. soc., 20 fév. 2013, n°11-26.560, *Gaz. Pal.* 2013, n°159, p. 1843.

MARTIN D. et SYNVET H.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *D.* 2008, p. 871.

MARTIN D.-R.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, n°05-21822 : *D.* 2008, p. 1954.

MARTIN R.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 juill. 1998, n°96-15.380, *JCP G* 1998, II, 10143.

MARTIN-CUENOT S.,

- Note sous Cass. soc., 15 fév. 2006, n°04-42.822, *Lexbase hebdo éd. soc.* 2006, n°204.

MAURY J.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 20 déc. 1994, n°93-10.867, *RGDA* 1995, n°1, p. 135.

MAYAUX L.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 6 avr. 2004, n° 02-12.161, *RGDA* 2004, n°3, p. 627.
- Note sous Cass. soc., 12 mars 2008, n° 07-40. 665, *RGDA* 2008, n°2, p. 396.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 17 avr. 2008, n°07-12.064, *JCP G* 2008, II, 10112.

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 22 janv. 2009, n°07-21.093, *RGDA* 2009, n°2, p. 564.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 25 juin 2009, n°08-15.349, *RGDA* 2009, n°3, p. 859.
- Note sous Cass. soc., 7 avril 2011, n°10-13.544, *RGDA* 2011, n°4, p. 1054.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 11 déc. 2014, n°13-25.777, *RGDA* 2015, n°2, p. 110.
- Note sous Cass. soc., 5 mars 2015, n°13-26.892, *RGDA* 2015, n°4, p. 204.
- Note sous Cass. soc., 4 nov. 2016, n°15-24.148, *RGDA* 2016, n°12, p. 619.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 4 fév. 2016, n°14-27.249, *RGDA* 2016, n°3, p. 147.

MAZUYER E.,

- Note sous Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-42.679, *JCP G* 2003, II, 10138.

MESTRE J.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 fév. 1999, n°96-18.600, *RTD civ.* 1999, p. 836.

MIALHE E. et BROUD F.,

- Note sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *JCP S* 2018, 1010.

MIARA S.,

- Note sous Cass. soc., 20 fév. 2013, n°11-26.560, *JCP S* 2013, 113.

MILLET-URSIN C. et ANFRAY A.,

- Note sous Cass. soc., 15 avr. 2015, n°13-22.044, *JCP S* 2015, 1232.

MORVAN P.,

- Note sous Cass. soc., 21 sept. 2005, n°03-43.532, *JCP S* 2005, 1371.
- Chron. sous Cass. soc., 21 sept. 2005, n°03-43.532, *JCP S* 2006, 117.

MOULY J.,

- Note sous Cass. soc., 11 mai 2005, n°03-40.650, *D.* 2005, p. 920.
- Note sous Cass. soc., 26 mars 2014, n°12-23.634, *Dr. soc.* 2014, p. 263.
- Note sous Cass. Soc., 25 janv. 2017, n°14-26.071, *Dr. soc.* 2017, p. 269.

MULLER D.,

- Note sous Cass. ass. plén., 26 janv. 2001, n°99-11.758, *RDSS* 2001, p. 640.

NICOLAS V.,

- Note sous Cass. soc., 18 mai 2011, n°09-42.741, *Lexbase hebdo éd. aff.* 2011, n°255.

NICOLAS V. et BEAUGENDRE S.,

- Chron. sous Cass. soc., 15 mai 2008, n°07-14.354, *Lexbase Hebdo éd. priv.* 2008, n°307.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 3 mars 2011, n°09-14.989, *Lexbase hebdo éd. priv.* 2011, n°436.

NOGUERO D.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *JCP G* 2008, II, 10059.

PANSIER F.-J.,

- Note sous Cass. soc., 5 mai 2004, n°03-10.010, *Cah. soc.* 2004, n°162, p. 319.
- Note sous Cass. soc., 18 mai 2011, n°09-42.741, *Cah. soc.* 2011, n°232, p. 191.
- Note sous Cass. soc., 23 mai 2012, n°11-17.549, *Cah. soc.* 2012, n°243, p. 234.
- Note sous Cass. soc., 13 juin 2012 n° 10-27.395, *Cah. soc.* 2012, n°244, p. 269.

PATIN M. et CARDOSO-BECKHARD J.,

- Note sous Cass. soc., 9 juill. 2014, n°13-15.832, *JSL*, 2014, n°376, p. 21.

PELISSIER J.,

- Note sous Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-42.679, *Dr. soc.* 2003, p. 2396.

PERIER M.,

- Note sous Cass. soc., 15 mai 2008, n°07-14.354, *Gaz. Pal.* 2009, n°15, p. 29.

PIAU D.,

- Note sous note sous Cass. 2^{ème} civ., 22 janv. 2009, n°07-21.093, *JCP E* 2009, 1391.

PIAU D. et LAUTRETTE L.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *JCP S* 2008, 1611.

PICCA G. et SAURET A.,

- Note sous Cass. soc., 13 mars 2001, n°99-45.651, *LPA* 2001, n°98, p. 4.

PIEDELIEVRE S.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *D.* 2007, p. 985.

PRIGENT S.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *LPA* 2007, n°169, p. 9.

QUETANT G.-P.,

- Note sous Cass. soc., 23 nov. 2006, n°04-30.208, *Defrénois* 2007, n°15, p. 1151.

RADÉ C.,

- Note sous Cass. ass. plén., 26 janv. 2001, n°99-11.758, *Dr. soc.* 2001, p. 460.
- Note sous Cass. soc., 13 mars 2001, n°99-45.651, *Dr. soc.* 2001, p. 571.
- Note sous Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-42.679, *Lexbase hebdo éd. soc.* 2003, n°78.
- Note sous Cons. const. n°2015-523 QPC, 2 mars 2016, *Lexbase hebdo éd. soc.* 2016, n°647.
- Note sous Cass. soc. 13 avr. 2016 n° 14-28.293, *Lexbase hebdo éd. soc.* 2016, n°653.
- Note sous C. Const., n°2016-558/559, QPC, 29 juill. 2016. *Lexbase hebdo éd. soc.* 2016, n°668.
- Note sous Cass. soc., 25 janv. 2017, n°14-26.071, *Lexbase hebdo éd. soc.* 2017, n°687.

RAY J.-E.,

- Note sous Cass. soc., 26 mars 2014, n°12-23.634, *Dr. soc.* 2014, p. 397.

RAY J.-E. et COUTURIER G.,

- Note sous Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-42.679, *Dr. soc.* 2003, p. 817.

REROLLE N.,

- Note sous Cass. soc., 11 mai 2005, n°03-40.650, *JSL*, 2005, n°170, p. 31.

ROBINEAU M.,

- Note sous Cass. soc., 18 mai 2011, n°09-42.741, *D.* 2011, p. 1955.

RONET-YAGUE D.,

- Note sous Cass. soc., 5 mars 2015, n°13-26.892, *JCP S* 2015, 1160.
- Note sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *Gaz. Pal.* 2017, n°34, p. 45.

- Note sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *LPA* 2018, n°24, p. 13.
- Chron. sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *JCP E* 2018, 1157.
- Chron. sous Cass. 2^{ème} civ., 18 janv. 2018, n°17-10.636, *JCP E* 2018, 1571.

ROULET V.,

- Note sous Cass. soc., 12 mars 2015, n°14-13.108, *Gaz. Pal.* 2015, n°188, p. 35.
- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 4 fév. 2016, n°14-27.249, *Gaz. Pal.* 2016, n°13, p. 88.
- Note sous Cass. soc., 10 nov. 2016, n°15-10.936, *Gaz. Pal.* 2017, n°10, p. 62.
- Note sous Cass. soc., 28 févr. 2018, n°16-27.807, *Gaz. Pal.* 2018, n° 20, p. 86.

ROUSSEL M,

- Note sous Cass. Soc., 25 janv. 2017, n°14-26.071 : *Dalloz actualité*, 16 fév. 2017.

ROUTIER R.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *Lexbase hebdo éd. soc.*, 2007, n°256.

SABOTIER N.,

- Chron. sous Cass. soc. 13 avr. 2016 n° 14-28.293, *D.* 2016, p. 1588.

SAINT-ALARY B.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 17 nov. 1998, n°96-18.152, *Droit et Patrimoine*, 2004, n°131, p. 86.

SAMIN T. et J. CREDOT F.,

- Note sous Cass. com., 13 avr. 2010, n°09-13.712, *RD bancaire et fin.* 2020, 120.

SAURET A. et PICCA G.,

- Note sous Cass. soc., 13 mars 2001, n°99-45.651, *LPA* 2001, n°98, p. 4.

SAVATIER J.,

- Note sous Cass. soc., 29 nov. 1990, n°88-40.618, *Bull.* 1990, V, n°599, p. 360, *Dr. soc.* 1991, p. 99.
- Note sous Cass. soc., 5 mai 2004, n°03-10.010, *Dr. soc.* 2004, p. 729.

SAVAUX E.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, n°05-21822, *Defrénois* 2008, p. 1974.

SEGUIN L.,

- Note sous Cass. soc., 13 mars 2001, n°99-45.651, *JSL*, 2001, n°77, p. 18.

SERRA Y.,

- Chron. sous Cass. soc. 13 avr. 2016 n° 14-28.293, *D.* 2016, p. 2484.

SERIAUX A.,

- Note sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mai 2008, n°05-21.822, *JCP G* 2008, 10133.

SERIZAY B.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 7 fév. 2008, n°06-15.006, *Gaz. Pal.* 2010, n°247, p. 32.

SINGER G.,

- Note sous Cass. soc., 8 févr. 2017, n°15-21.064, *CLCE*, 2017, n°168, p. 6.

SONTAG K.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 28 juin 2012, n°11-14.938, *RGDA* 2013, n°4, p. 970.
- Note sous CE, 28 janv. 2013, n°357272, *RGDA* 2013, n°4, p. 970.

SYNVET H. et MARTIN D.,

- Note sous Cass. ass. plén., 2 mars 2007, n° 06-15.267, *D.* 2008, p. 871.

TALLENDIER Y.,

- Note sous Cass. soc., 25 juin 2003, n°01-42.679, *JCP E* 2003, 1289.

TAQUET F.,

- Note sous Cass. soc. 13 avr. 2016 n° 14-28.293, *Rev. proc. coll.* 2016, 123.
- Note sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *Rev. proc. coll.* 2018, 40.

TEHRANI A.,

- Note sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *JCP E* 2018, 1159.

THIESSET R.,

- Note sous Cass. soc., 16 janv. 2007, n°05-43.434, *Gaz. Pal.* 2007, n°186, p. 20.

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 17 avr. 2008, n°07-12.064, *Gaz. Pal.* 2008, n°227, p. 33.

TOUATI N.,

- Rapport sous Cass., avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, [www.courdecassation.fr].

TOUREIL J.-E.,

- Note sous Cass. soc., 7 juill. 2010, n°09-42.636, *JSL*, 2010, n°286, p. 19.

TOURNEAUX S.,

- Note sous Cass. soc., 2 déc. 2015, n°15-19.597, *Lexbase hebdo éd. soc.* 2015, n°637.
- Note sous Cass. soc., 8 févr. 2017, n°15-21.064, *Lexbase hebdo éd. soc.* 2017, n°689.

TURPIN G.,

- Note sous Cass. soc. 13 avr. 2016 n° 14-28.293, *JCP S* 2016, 1213.

VACHET G.,

- Note sous Cass. soc., 18 oct. 2006, n°05-40.891, *JCP S* 2006, 1989.

VÉLOT F.,

- Note sous Cass. soc., 30 avr. 2003, n°00-44.811, *JSL*, 2003, n°124, p. 14.

VERKINDT P.-Y.,

- Note sous Cass. ass. plén., 26 janv. 2001, n°99-11.758, *RDSS* 2001, p. 535.
- Note sous Cass. soc., 15 mai 2007, n°04-43.663, *JCP S* 2007, 1490.

VINCENS F. et LAFFONT G.-B.,

- Note sous CA Lyon, 13 janv. 2009, 1^{ère} ch., B, n°08/02875, *JSL*, 2009, n°249, p. 4.

WILLMANN C.,

- Note sous Cass. soc., 23 nov. 2006, n°04-30.208, *Lexbase hebdo éd. soc.* 2006, n°240.
- Note sous Cass. soc., 16 janv. 2007, n°05-43.434, *Lexbase hebdo éd. soc.* 2007, n°247.
- Note sous Cass. avis, 6 nov. 2017, n° 17013, 17014, 17015, 17016 et 17017, *Lexbase hebdo – éd. soc.*, n°721, 30 nov. 2017.

WISMER F.,

- Note sous Cass. soc., 16 janv. 2007, n°05-43.434, *JCP E* 2007, 1768.

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 17 avr. 2008, n°07-12.064, *Lexbase hebdo éd. soc.* 2008, n°303.

WISMER F. et JEAN-MARIE N.,

- Note sous Cass. 2^{ème} civ., 11 juin 2015, n°14-17.114, *JSL*, 2020, n°500, p. 64.

ZENATI S.,

- Note sous Cons. const. n°89-254 DC, 4 juill. 1989, cons. 18, *RTD civ.* 1990, p. 519.

V. Rapports, études et documents

APEC,

- *Panorama des mobilités professionnelles des cadres*, Les études de l'emploi cadre, n°2018-29, Juin 2018.

ASSEMBLEE NATIONALE.,

- *Projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi*, adopté par l'Assemblée nationale en première lecture le 9 avril 2013, n°103.

AUTORITE DE CONTROLE DES ASSURANCES ET DES MUTUELLES.,

- *Rapport d'activité*, 2006.

BONNET O. et GEORGES-KOT S. ET PORA P.,

- *Les contrats à durée limitée : trappes à précarité ou tremplins pour une carrière*, Insee Références, éd. 2019.

CENTRE TECHNIQUE DES INSTITUTIONS DE PRÉVOYANCE

- *Cahier statistique 2018 des institutions de prévoyance*, éd. 2019.

CAHUC P. et KRAMARZ F.,

- *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, Rapport au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au Ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, 6 déc. 2004.

COMITÉ CONSULTATIF DE LA LEGISLATION ET DE LA RÉGLEMENTATION FINANCIERES.,

- *Avis n°2017-02*, 12 janvier 2017.

COMITE CONSULTATIF DU SECTEUR FINANCIER,

- *Avis*, 8 avril 2009.

COMMISSION EUROPÉENNE.,

- *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du XXIème siècle*, Livre vert, Bruxelles, 22 nov. 2006.
- *Vers des principes communs de flexicurité : des emplois plus nombreux et de meilleure qualité en combinant flexibilité et sécurité*, Bruxelles, 27 juin 2007.

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL.,

- *La sécurisation des parcours professionnels*, Rapport présentée par Mme Edit Arnoult-Brill au nom de la section du travail, 2007.

CONSEIL EUROPÉEN DE LISBONNE.,

- *Conclusions de la Présidence*, 23 et 24 mars 2000.

CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE.,

- *Rapport de la mission pour la flexicurité établi sous l'autorité de M. Vladimir Spidla et M. Gérard Larcher, Co-Présidents de la mission pour la Flexicurité*, 9 déc. 2008.

CONSEIL D'ORIENTATION POUR L'EMPLOI.,

- *Rapport d'étape sur la sécurisation et la dynamisation des parcours professionnels*, Mai 2007.

CONSEIL NATIONAL DE LA COMPTABILITE.,

- *Avis CU n°2004-F relatif à la comptabilisation du droit individuel à la formation*, 13 oct. 2004.

COUR DE CASSATION.,

- *Rapport annuel*, 1995, Documentation française, 1996.
- *La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel, 2007, Documentation française, 2007.
- *Rapport annuel*, 2008, Documentation française, 2009.

- *Le rôle normatif de la Cour de cassation* », Étude annuelle, 2018, [www.courdecassation.fr].

COUR DES COMPTES,

- *La sécurité sociale : Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale*, Rapport, sept. 2016.
- *La sécurité sociale : Rapport sur l'application des lois de financement de la sécurité sociale*, Rapport, oct. 2019.

COUTROT T.,

- *Insécurité du travail, changements organisationnels et participation des salariés : quel impact sur le risque dépressif ?*, Dares, Document d'études, Septembre 2017, n°214.

DARES.,

- *Comment ont évolué les métiers en France depuis 30 ans ?*, Dares Analyses, Janvier 2017, n°3.
- *L'emploi intérimaire progresse modérément au 3^{ème} trimestre 2017*, Dares indicateurs, Décembre 2017, n°78.
- *L'emploi intérimaire poursuit sa progression au 4^{ème} trimestre 2017*, Dares indicateurs, Mars 2018, n°11.
- *Demandeurs d'emploi inscrits à Pôle emploi au premier trimestre 2018*, Dares indicateurs, Avril 2018, n°18.

DELAUNAY M.,

- *Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 14 oct. 2015, n°3129.

DELORS J. (Prés.),

- *La sécurité de l'emploi face aux défis des transformations économiques*, CERC, Rapport n°5, Documentation française, 2005.

DREES.,

- *La complémentaire santé : Acteurs, bénéficiaires, Garanties*, Panorama de la DREES, 2016, [<https://drees.solidarites-sante.gouv.fr>].
- *La situation financière des organismes complémentaires assurant une couverture santé*, Rapport, 2017, [<https://drees.solidarites-sante.gouv.fr>].

ÉVIN C.,

- *Débats parlementaires du Sénat*, Compte rendu intégral, 18^{ème} séance, 6 nov. 1989, JO n°74, 7 nov. 1989.
- *Débats parlementaires de l'Assemblée nationale*, Compte rendu intégral, 3^{ème} séance, 11 déc. 1989, JO n°108, 12 déc. 1989.

GEORGES-KOT S. et BONNET O. ET PORA P.,

- *Les contrats à durée limitée : trappes à précarité ou tremplins pour une carrière*, Insee Références, 2019.

GERMAIN J.-M.,

- *Rapport fait au nom de la Commission des affaires sociales sur le projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi*, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 2013, n°847.

GOVERNEMENT.,

- *Projet de loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, présenté au nom de Rocard M., enregistré à la Présidence du Sénat le 17 août 1989, n°474.
- *Rép. min. QE, n°71072*, Colombier G., JOAN, 23 mars 2010, p. 3484.
- *Rép. Min., QE n°47770*, Grand J.-P., JOAN, 1^{er} juin 2010, p. 6086.
- *Projet de loi relatif à la sécurisation de l'emploi*, présenté au nom de Ayrault J.-M., enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 6 mars 2013, n°774.
- *Dossier de presse sur le projet de loi de financement de la sécurité sociale*, présenté par Sapin M. et Touraine N. et Eckert C., 2016.
- *Rapport à la Commission des comptes de la sécurité sociale*, Juillet 2017
- *Rép. min. QE n°504*, Chassaigne A., JOAN, 14 avr. 2020, p. 2816.

HURIET C.,

- *Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur le projet de loi renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, annexe au procès-verbal de la séance du 25 octobre 1989, n°34.

IFOP,

- *Les français et la mobilité professionnelle*, Sondage pour Hopscotch, Mars 2018.

INSEE,

- *Salaires dans le secteur privé*, Insee Première, Oct. 2017, n°1669.
- *Une photographie du marché du travail en 2017*, Insee Première, Avril 2018, n°1694.
- *Une photographie du marché du travail en 2019*, Insee Première, Fév. 2020, n°1793.

INSTITUT DES ACTUAIRES,

- *Article 4 de la Loi Évin – Décryptage du décret du 21 mars 2017*, Document de travail du GT Santé de la Commission Assurances de Personnes, 7 nov. 2018.

JUSOT F. et PIERRE A.,

- *Une évaluation ex ante de la généralisation de la complémentaire santé d'entreprise sur les inégalités et les déterminants de la non-couverture*, IRDES, Document de travail, n°67, juill. 2015, p. 27.

KRAMARZ F. et CAHUC P.,

- *De la précarité à la mobilité : vers une Sécurité sociale professionnelle*, Rapport au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au Ministre de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale, 6 déc. 2004.

LEFOR J.-C.,

- *Débats parlementaires de l'Assemblée nationale*, Compte rendu intégral, 3^{ème} séance, 11 déc. 1989, JO n°108, 12 déc. 1989.

LE GUEN J.-M.,

- *Débats parlementaires de l'Assemblée nationale*, Compte rendu intégral, 3^{ème} séance, 11 déc. 1989, JO n°108, 12 déc. 1989.

MINISTERE DE LA JUSTICE.,

- *Les chiffres-clés de la justice 2019*, Secrétariat général, Service de l'expertise et de la modernisation, Sous-direction de la Statistiques et des études, 2019.

MISSOC.,

- *Protection sociale : aspects relatifs à la flexicurité et à l'inclusion active*, Analyse pour la Commission européenne, DG Emploi, Affaires sociales et Egalité des chances, juin 2008.

MORANGE P.,

- *Rapport d'information par la Commission des affaires sociales en conclusion des travaux de la mission sur la flexicurité à la française*, Rapport AN n°2462, 28 avr. 2010.

PIERRE A. et JUSOT F.,

- *Une évaluation ex ante de la généralisation de la complémentaire santé d'entreprise sur les inégalités et les déterminants de la non-couverture*, IRDES, Document de travail, n°67, juill. 2015.

PÔLE EMPLOI.,

- *La durée du chômage augmente au 1^{er} trimestre 2020*, Statistiques, études et évaluation, Juillet 2020, n°20.017.

PORA P. ET GEORGES-KOT S. ET BONNET O.,

- *Les contrats à durée limitée : trappes à précarité ou tremplins pour une carrière*, Insee Références, 2019.

QUINTIN O.,

- *Le travail et l'emploi dans vingt ans*, Rapports & documents, Centre d'analyse stratégique, Documentation française, n°38, 2011.

SÉNAT.,

- *Projet de loi modifié par le Sénat relatif à la sécurisation de l'emploi*, adopté par le Sénat le 20 avril 2013, n°139.

SOUFFRIN P.,

- *Débats parlementaires du Sénat*, Compte rendu intégral, 18^{ème} séance, 6 nov. 1989, JO n°74, 7 nov. 1989.

UNEDIC.,

- *Droits rechargeables : élargissement de l'accès au droit d'option pour prendre en compte les difficultés d'application*, Dossier d'information, Mars 2015.
- *Qui sont les allocataires indemnisés par l'Assurance chômage en 2016*, Etude allocataires, 2016.
- *Droit rechargeables*, Fiches thématique, Novembre 2017.

VI. Conventions et accords collectifs

Convention collective nationale des transports routiers et activités auxiliaires du transport du 21 décembre 1950, étendue par arrêté du 1^{er} fév. 1955, JO 25 fév. 1955.

- Accord du 24 mai 2011 relatif à la prévoyance.

Convention collective nationale de l'assainissement et de la maintenance industrielle du 21 mai 2002, étendue par arrêté du 26 oct. 2004, JO 9 nov. 2004.

- Accord du 6 octobre 2015 relatif à la complémentaire santé.

Convention collective nationale de la coiffure et des professions connexes du 10 juillet 2006, étendue par arrêté du 3 avril 2007, JO 17 avril 2007.

- Accord du 8 Juillet 2015 relatif au régime de prévoyance.

Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, étendu par arrêté du 23 juill. 2008, JO 25 juill. 2008.

- Avenant n°3 du 18 mai 2009.

Convention collective nationale des entreprises du paysage du 10 octobre 2008., étendue par arrêté du 16 mars 2009, JO 25 mars 2009.

- Accord du 15 juin 2012 relatif au régime de prévoyance, aux frais de santé et à la retraite pour les salariés relevant de l'AGIRC.

Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation de l'emploi et des parcours professionnels des salariés.

Accord national interprofessionnel du 22 mars 2014 relatif à l'indemnisation du chômage.

Convention du 14 mai 2014 relative à l'indemnisation chômage.

Convention du 26 janvier 2015 relative au contrat de sécurisation professionnelle.

Convention du 14 avril 2017 relative à l'indemnisation chômage.

Accord du 4 juin 2015 fixant les contours du régime de frais de santé des salariés intérimaires, étendu par arrêté du 17 déc. 2015, JO 24 déc. 2015.

- Accord du 14 déc. 2015 relatif au régime de frais de santé des salariés intérimaires, étendu par arrêté du 20 avr. 2017, JO 28 avr. 2017.
- Avenant n°1 du 30 sept. 2016 à l'accord du 14 déc. 2015 relatif au régime de frais de santé des salariés intérimaires, étendu par arrêté du 20 avr. 2017, JO 28 avr. 2017.

Accord du 16 novembre 2018 relatif aux garanties prévoyance des salariés intérimaires.

VII. Textes législatifs français et européens

Directive 2001/23/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements : JOUE n° L 82/16, 22 mars 2001.

Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (solvabilité II) : JOUE n° L 335/1, 17 déc. 2009.

Décision 2003/578/CE du 22 juillet 2003, relative aux lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres : JOUE n° L 197/13, 5 août 2003.

Décret n°90-769 du 30 août 1990, pris pour l'application des articles 4, 9 et 15 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JO n°202 du 1 sept. 1990.

Décret n°2017-372 du 21 mars 2017, relatif à l'application de l'article 4 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JO n°0070 du 23 mars 2017.

Décret n°2019-21 du 11 janvier 2019, visant à garantir un accès sans reste à charge à certains équipements d'optique, aides auditives et soins prothétiques dentaires, JO n°0010 du 12 janv. 2019.

Décret n° 2019-797 du 26 juillet 2019, relatif au régime d'assurance chômage, JO n°0174 du 28 juill. 2019.

Loi n°89-1009 du 31 déc. 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, JO n°1 du 2 janv. 1990.

Loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92-49 et n° 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes, JO n°184 du 10 août 1994.

Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JO n°0138 du 16 juin 2013.

Loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014, JO n°0303 du 30 déc. 2013.

Ordonnance n° 45/2454 du 19 octobre 1945, relative au régime des Assurances sociales applicable aux assurés des professions non agricoles, JO n°0247 du 20 oct. 1945, p. 6721, art. 24.

Ordonnance n°2017-734 du 4 mai 2017, portant modification des dispositions relatives aux organismes mutualistes, JO n°0106 du 5 mai 2017.

VIII. Autres :

BOI-RSA-BASE-30-10-20, §220, 4 fév. 2014.

BOI-RSA-BASE-30-10-20, §220, 21 juin 2017.

BOI-RSA-BASE-30-30-20 §130, 24 juill. 2017.

Cabinet de courtage Santiane, Communiqué de presse, 23 oct. 2008.

CFDT, « Crise sanitaire et complémentaire santé : Pensons la protection sociale des travailleurs perdant leur emploi », Communiqué de presse n°58, 4 sept. 2020.

Circ. ACOSS n°2011-0000036 du 24 mars 2011, Régime social des contributions patronales de retraite et de prévoyance.

Circ. ACOSS n°2015-45 du 12 août 2015, Contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de retraite et de prévoyance - Respect du caractère collectif et obligatoire : apports du décret n° 2014-786 du 8 juillet 2014.

Circ. UNEDIC n°2016-09 du 27 janvier 2016, Mise en œuvre de la convention du 26 janvier 2015 relative au contrat de sécurisation professionnelle.

Circ. UNEDIC n°2019-12 du 1^{er} nov. 2019, Règlement d'assurance chômage annexé au décret n°2019-797 du 26 juill. 2019.

Conseil des Ministres, Communiqué sur la sécurisation de l'emploi, Collection des discours publics, [www.vie-publique.fr].

Direction de la sécurité sociale,

- Questions/réponses relatif aux contributions des employeurs destinées au financement des prestations complémentaires de santé, 29 déc. 2015.
- Présentation de l'article 34 de la LFSS pour 2016 et de son décret d'application.

EOVIMCD MUTUELLE, « Guide pratique portabilité : garantie frais de santé », 2014.

EEP SANTE, Lettre de la Commission paritaire EEP Santé à destination des établissements adhérant aux organisations patronales signataires des accords du 18 juin 2015 et de leurs salariés, n°14, janv. 2018.

Instruction du 8 décembre 2009 relative au régime indemnitaire de la rupture conventionnelle d'un contrat à durée indéterminée, Bulletin officiel du Ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité, DGT, n°2009-25.

MALAKOFF MEDERIC, « Prévoyance conventionnelle : notice d'information n°2826/2 », 1^{er} janv. 2016.

RES n°2009/60(FP), 20 oct. 2009.

RES n° 2011/25 (FP), 2 août 2011.

Règlement général, annexé à la convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage.

UNEDIC,

- Règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage.

- Accord d'application n°2 du 14 avril 2017 pris pour l'application de l'article 18§1^{er} du règlement général annexé à la convention du 14 avril 2017 relative à l'assurance chômage.

INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

(Chiffres et numéros renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Absence (de couverture), 485-488.

Accord collectif,

- *V. convention ou accord collectif.*

Accord national

interprofessionnel, 204-205.

Accord référendaire, 591-593.

Apprentissage, 222

Arrêt maladie, 467 et s., 555-563.

Articulation, 449 et s.

- des dispositifs, 449-451, 497 et s.
- maintien de l'ARE, *V. Reprise d'activité.*

Assurance de groupe, 24, 114, 535 et s.

Assurance chômage, 219 et s., 491.

Assureur,

- changement, 403-407., 599 et s.

Ayants droit, 69, 273 et s.

B

Bénéficiaires,

- article 4, 67 et s.
- portabilité, 216 et s.

C

Chômage, 43, 45-47, 219 et s.

Condition d'acquisition de la garantie, 126 et s.

Contrat de prévoyance, 19, 24

- information, *V. Information.*
- de groupe, 13 et s.
- relation triangulaire, 25, 644.
- résiliation, 106, 112 et s., 325.

Contrat de sécurisation professionnelle, 221.

Convention ou accord collectif, 585 et s.

Cotisations,

- hausse, 79, 356-367, 374 et s., 391 et s.
- traitement fiscal, *V. Fiscalité.*

- traitement social, *V. Charges sociales*.

Cumul d'assurances, 535-540.

D

Décès, 156-170.

Décision unilatérale, 595-598.

Défaillance de l'employeur,

- *V. Liquidation judiciaire*.

Délai,

- d'indemnisation, 472, 519 et s.

Démission, 229 et s.

Dispense d'affiliation, 544, 307

Durée, 483 et s.

- article 4, 77, 494-496.
- portabilité, 489-493

E

Exonération sociale et fiscale, 410

F

Faute lourde, 233 et s.

- constitutionnalité, 235 et s.
- définition, 234

Financement, 152-154

- article 4, 79, 355-374.

- mutualisation, 386.
- portabilité, 210, 319-322, 386 et s.

Fiscalité, 38, 413 et s.

Flexicurité, 183 et s., 201.

G

Garantie,

- niveau, 63, 314-318, 399-402, 452-458.

Garantie décès, 157-159, 160-161.

- maintien : *V. Maintien des prestations*.

Garantie de ressources, 317.

Généralisation de la couverture complémentaire santé, 34.

Gratuité : *V. Financement*,

I

Indemnité de résiliation, 107.

Information, 327 et s.

- obligation des bénéficiaires, 286 et s.
- obligation des employeurs, 82, 85, 90, 328 et s.
- précontractuelle, 87, 91-94, 359.
- questionnaires, 101.

L

Licenciement, 245-259.

Liquidation judiciaire, 605 et s.

- AGS, 621-625
- obstacle, *V. Portabilité*.
- ordre public, 626 et s.
- résiliation, *V. Contrat de prévoyance*.

Loi Évin,

- article 2, 64, 98-99, 316.
- article 4, 63, 67, 73-74, 76, 100.
- article 5, 325.
- article 7, 108, 126-127.
- article 7-1, 159-160.
- article 11, 16.

M

Maintien des garanties, 63-64, 209.

Maintien des prestations,

- Fondement, 108-111, 122-125.
- Garantie décès, 157-161, 164-170.
- Résiliation, 108-111, 115, 126-127.
- Rupture du contrat de travail, 115-121, 125, 128-131, 161.

Maintien intégral, 65, 432 et s.

Mise en cause du régime, 587-604.

- évolution de la portabilité, 594-604.

- maintien provisoire, 587 et s.

Mise en place d'un régime de

protection sociale

complémentaire, 13-16

Modification du contrat, 595 et s.

N

Nouveau contrat, 76.

Notice d'information, 85.

Nullité de la rupture, 254 et s.

- réparation, 256-258.

O

Organismes assureurs, 19-24.

P

Perte de chance, 95, 251.

Perte des droits, 2, 27, 39, 45, 106-107, 114, 614.

Plafonnement, 317, 564 et s.

- durée, 317.
- prestations incapacité, 317, 465-476.
- garanties, 476 et s.
- prestations portées, 480 et s.

Portabilité, 178 et s.

- articulation, 325, 449 et s., 490 et s.
- condition, 280-295.
- définition, 197 et s.
- durée, 198, 323 et s., 490 et s.
- exclusion, 233 et s.
- généralisation, 203-207.
- obstacle, 469 et s., 612-619, 641 et s.
- prise d'effet, 323.

Prestation différée, 139-144.

Prestation immédiate, 138.

Prestation instantanée, 137.

Préavis, 485.

- plafonnement, *V. Portabilité*.

Prévoyance, 1, 5-12, 34.

Prise d'acte de la rupture du contrat de travail, 261 et s.

- réparation, 263-266.

Provisions, 124, 153 et s., 385, 407, 471 et s.

Protection sociale,

- complémentaire, 32-33.

R

Régime fiscal des financements, 416 et s.

- fiscalité du salarié, 413 et s.
- limite d'exonération, 415

Régime social, 37, 409 et s.

Réparation, 95-96, 248-259, 263 et s., 271, 331 et s.

Reprise d'activité, 524 et s.

- articulation, 527 et s.
- perte des droits, 525-526.
- rechargement des droits, 528-534.
- reprise des droits, 527.

Requalification de la rupture, 245 et s.

- réparation, 248-252, 256-258.

Résiliation (du contrat d'assurance), 108-110, 115, 126-127, 641 et s.

Rente, 109.

Résiliation judiciaire, 269 et s.

- réparation, 270-271.

Responsabilité,

- de l'assureur, 90, 92.
- de l'employeur, 92, 94, 331.

Restructuration, 582 et s.

Revalorisation, 147-151.

Risques, 32.

Rupture conventionnelle, 225 et s.

Rupture du contrat de travail, 218 et s.

S

Sécurité de l'emploi, 40 et s.

Sécurisation des parcours professionnels, 179-183.

Segmentation du marché du travail, 40 et s.

Sélection médicale, 98-99, 101, 316.

Stabilité de l'emploi, 40 et s.

Stipulation pour autrui, 25-26.

Suppression des prestations, 106, 147.

Suspension du contrat de travail, 567 et s.

- absence de garantie, *V. Portabilité.*

T

Tarifs globaux applicables, 79, 372 et s.

Transférabilité des droits, 187 et s., 196

Transfert d'entreprise, 582 et s.

- accord collectif, 587-589.
- engagement unilatéral, 590 et s.
- option, 594.
- sauvegarde des droits, 587.

Transition professionnelle, 187 et s.

Travailleur temporaire, 288 et s.

- affiliation, 291 et s.
- articulation, 304 et s.
- clause d'ancienneté, 298.
- durée du maintien, 298 et s.
- garanties maintenues, 302.

V

Versement santé, 307 et s.

- montant, 308 et s.
- notion, 307 et s.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	7
SOMMAIRE	9
LISTES DES PRINCIPALES ABREVIATIONS ET SIGLES	11
INTRODUCTION GÉNÉRALE.....	15
I. Un besoin de protection accru en raison du développement de la prévoyance collective	16
A. Le régime juridique de la prévoyance complémentaire d'entreprise ..	16
1. Le domaine de la prévoyance	17
2. Mise en place de la prévoyance dans l'entreprise	18
a) L'acte fondateur	19
b) Le contrat d'assurance.....	20
B. L'essor actuel de la prévoyance collective d'entreprise	23
1. Les causes générales.....	23
2. Les causes propres à la prévoyance.....	26
II. Un besoin de protection accru en raison des mutations du marché du travail.....	27
A. Instabilité et insécurité de l'emploi	27
B. L'accroissement du nombre de départs à la retraite	30
PREMIERE PARTIE : LE DEVELOPPEMENT DE LA SAUVEGARDE DES DROITS ...	33
TITRE 1 - L'EXPANSION DU MAINTIEN DES DROITS.....	35
CHAPITRE 1 – LE MAINTIEN DE LA GARANTIE FRAIS DE SANTE	37
Section 1 - Le champ d'application de l'article 4.....	37
I. Les garanties maintenues	38
II. Les bénéficiaires	39
Section 2 - Les conditions de mise en œuvre de l'article 4	40
I. Les obligations du salarié.....	40
A. Le respect d'un délai de sollicitation.....	40
B. Le paiement d'une cotisation.....	41
1. La conclusion d'un nouveau contrat.....	41

2. Les conditions tarifaires	42
II. Les obligations de l'employeur et de l'organisme assureur.....	43
A. L'information du bénéficiaire.....	43
1. L'étendue	43
a) Une obligation d'information.....	43
b) Une obligation de conseil.....	45
2. Les sanctions	45
a) La détermination du responsable.....	45
b) L'étendue de la réparation.....	47
B. L'interdiction de la sélection médicale des assurés	49
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	51
CHAPITRE 2 - LE MAINTIEN DES PRESTATIONS EN COURS	53
Section 1 - Le droit au maintien des prestations.....	53
I. Un principe issu du droit des assurances.....	53
II. L'extension du principe à la rupture du contrat de travail.....	55
A. L'affirmation du principe	56
1. L'énoncé du principe	56
2. Le fondement du principe.....	58
B. La portée du principe :	60
Section 2 - La détermination des prestations maintenues	63
I. Les prestations nées ou acquises pendant la relation de travail	63
A. L'étendue dans le temps du maintien des prestations.....	63
1. La notion de prestation immédiate	63
2. La notion de prestation différée.....	64
B. Le niveau des prestations maintenues.....	67
1. Des prestations revalorisées	67
2. Des prestations financées	70
II. La garantie décès	71
A. Une prestation différée ?.....	71
B. Une prestation maintenue ?.....	73
1. Le maintien sans résiliation du contrat de prévoyance.....	74
2. Le maintien avec résiliation du contrat de prévoyance	75
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	77

CONCLUSION DU TITRE 1	79
TITRE 2 - LE DÉPLOIEMENT DE LA PORTABILITÉ DES DROITS.....	81
CHAPITRE 1 - LE CONCEPT DE PORTABILITÉ.....	83
Section 1 : Les sources d'inspiration de la portabilité.....	83
I. La sécurisation des parcours professionnels	83
A. La notion de sécurisation des parcours professionnels.....	84
B. Le lien avec la flexicurité.....	86
II. La sécurisation des transitions professionnelles	87
Section 2 : La consécration de la portabilité	90
I. L'œuvre initiale des partenaires sociaux.....	90
A. L'impossible transférabilité des droits	90
B. Le choix de la portabilité des droits.....	91
II. L'apport du législateur.....	93
A. La généralisation du dispositif.....	94
B. L'adaptation du dispositif.....	95
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	97
CHAPITRE 2 - LE RÉGIME DE LA PORTABILITÉ	99
Section 1 - Les bénéficiaires de la portabilité	99
Sous-section 1 - Les anciens salariés.....	99
I. Les conditions tenant à la rupture du contrat de travail	100
A. Ruptures ouvrant droit à l'assurance chômage.....	100
1. Ruptures involontaires.....	100
2. Ruptures assimilées	101
a) Les ruptures conventionnelles	102
b) Les démissions	102
B. L'exclusion du licenciement pour faute lourde	105
II. L'incidence du contrôle juridictionnel de la rupture	109
A. La contestation du licenciement	110
1. Requalification de la faute lourde.....	110
2. Nullité du licenciement.....	111
B. La détermination judiciaire des effets de la rupture	113
1. La prise d'acte de la rupture	113
2. La résiliation judiciaire.....	116

Sous-section 2 : Les ayants droit	117
Section 2 - L'exercice du droit à la portabilité	119
I. Les conditions du droit à portabilité.....	119
A. La condition générale : l'existence de droits ouverts	119
1. L'ouverture des droits à remboursement complémentaire	120
2. La justification des droits	121
B. La condition propre aux salariés temporaires : une durée minimale d'emploi	121
1. La portabilité conventionnelle	122
a) L'affiliation préalable au régime de frais de santé	122
b) Les modalités de la portabilité conventionnelle.....	124
α. Les spécificités du dispositif conventionnel	124
β. L'articulation avec le dispositif légal	127
2. Le versement santé	128
II. Les modalités d'exercice du droit à portabilité.....	129
A. Les garanties portées	130
1. Le contour des garanties	130
a) Nature et niveau.....	130
b) Financement	131
2. La durée du maintien des garanties	132
B. L'obligation d'information	134
1. L'étendue de l'obligation	134
2. La sanction du défaut d'information	135
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	139
CONCLUSION DU TITRE 2	141
CONCLUSION DE LA PARTIE 1.....	143
 DEUXIÈME PARTIE - LA PERSISTANCE DE FREINS A LA SAUVEGARDE DES DROITS	 147
 TITRE 1 – LES FREINS INHÉRENTS AUX LACUNES DES DISPOSITIFS DE SAUVEGARDE DES DROITS	 149
CHAPITRE 1 – UN FINANCEMENT COMPLEXE ET COÛTEUX.....	151
Section 1 - Le coût excessif du maintien de la garantie frais de santé	151
I. Une majoration insuffisamment encadrée de la prime d'assurance.....	151

A. Un plafonnement limité.....	152
1. Une remise en cause de l'encadrement tarifaire.....	152
2. Une complexité génératrice de coûts.....	155
B. Un montant incertain	156
II. Un effet prix dissuasif pour les anciens salariés	158
Section 2 - La fausse gratuité de la portabilité	160
I. Un financement mutualisé.....	161
A. Le financement par les actifs.....	162
1. Une hausse des cotisations	162
2. Une baisse du niveau des garanties	164
B. Les difficultés de financement en cas de changement d'assureur	165
II. Un traitement social et fiscal défavorable.....	167
A. Des charges sociales alourdies	167
B. Une base d'imposition élargie	168
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	171
CHAPITRE 2 - LA LIMITATION DES DROITS SAUVEGARDES.....	173
Section 1 - Les contraintes affectant le niveau des garanties	173
I. L'inadaptation des garanties maintenues	173
A. Le principe du maintien des garanties à l'identique	173
1. Une interprétation rigoureuse	174
2. Une solution discutable	176
a) Une solution contraire à la volonté du législateur.....	176
b) Un obstacle à l'articulation des dispositifs de sauvegarde.....	180
B. Les inconvénients du maintien à l'identique	181
1. L'inadaptation à la situation des retraités.....	182
a) Un blocage du niveau des garanties	182
b) Un blocage juridiquement injustifié.....	183
2. Un faible taux de recours au dispositif.....	184
II. Le plafonnement des prestations portées	186
A. Un plafonnement excessif des prestations incapacité.....	186
1. Un objectif légitime	187
2. Un obstacle à la portabilité	187
B. Un plafonnement injustifié de l'ensemble des prestations portées....	190

1. Un plafonnement incompatible avec la garantie « frais de santé »	191
2. Un plafonnement inadapté à l'invalidité	192
Section 2 - Les limites affectant la durée des garanties.....	193
I. La protection lacunaire des droits des bénéficiaires	193
A. Le risque d'absence de couverture	193
B. La survie provisoire des garanties	194
1. Le maintien à durée déterminée des garanties portées	195
2. Le maintien précaire de la garantie frais de santé des ayants droit	196
II. Les difficultés d'articulation de la portabilité et du maintien des droits	197
A. La solution apportée	198
B. Les difficultés persistantes.....	198
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	201
CONCLUSION DU TITRE 1	203
TITRE 2 - LES FREINS INHÉRENTS AUX DIFFICULTÉS DE MISE EN ŒUVRE DE LA SAUVEGARDE DES DROITS	205
CHAPITRE 1 - LES FREINS TENANT A LA SITUATION DU SALARIÉ. 207	
Section 1 - L'effet perturbateur des règles d'indemnisation du chômage.....	207
I. Les délais d'indemnisation.....	207
II. La reprise d'une activité	208
A. La perte des droits à portabilité	209
1. Vers une reprise et un rechargement des droits à portabilité ?.....	210
2. Vers un cumul d'assurances ?	213
B. L'articulation avec la poursuite de la portabilité	216
1. La portabilité de la garantie frais de santé.....	217
2. La portabilité de la prévoyance lourde	218
Section 2 - L'effet perturbateur des incidents liés au contrat de travail.....	220
I. L'arrêt de travail en cours de préavis	220
A. L'incertitude sur la date de prise d'effet de la portabilité.....	221
B. L'incertitude sur le plafonnement des droits	223
II. La suspension du contrat de travail antérieurement à la rupture	224
CONCLUSION DU CHAPITRE 1	227
CHAPITRE 2 - LES FREINS TENANT A LA SITUATION DE L'ENTREPRISE	229

Section 1 - L'entreprise restructurée	229
I. La mise en cause de la norme travailliste.....	230
A. Le maintien de la portabilité.....	231
1. Le maintien provisoire.....	231
2. Le maintien sans condition de durée	232
B. L'évolution de la portabilité	233
II. Le changement d'organisme assureur.....	234
Section 2 - L'entreprise liquidée	237
I. Le principe, l'application de la portabilité	238
A. La portabilité discutée	238
1. Les obstacles au maintien de la portabilité.....	239
2. Les solutions proposées.....	240
a) L'AGS au secours de la portabilité ?.....	241
b) Le caractère d'ordre public de la portabilité	242
B. La portabilité affirmée	243
1. Les hésitations des juges du fond	243
2. L'avis de la Cour de cassation du 6 novembre 2017.....	245
II. La résiliation du contrat d'assurance	247
CONCLUSION DU CHAPITRE 2	253
CONCLUSION DU TITRE 2	255
CONCLUSION DE LA PARTIE 2.....	257
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	261
BIBLIOGRAPHIE	265
INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES	309
TABLE DES MATIÈRES	315

Les conséquences de la rupture du contrat de travail sur les droits du salarié à la prévoyance collective d'entreprise

La recherche envisagée porte sur un sujet – la prévoyance collective – relativement peu étudié par la recherche universitaire, mais qui soulève d'importantes difficultés juridiques. Liées à l'appartenance du salarié à l'entreprise, ces garanties disparaissent en cas de rupture du contrat de travail du salarié à la suite, notamment, d'un licenciement ou d'une démission. C'est pour cette raison que le législateur a institué des mécanismes destinés à renforcer les garanties des salariés dont le contrat a été rompu, en leur permettant de conserver une couverture à l'issue de cette rupture. Après l'article 4 de la loi du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, dite loi « Evin », prévoyant, sous certaines conditions, le maintien sans limitation dans le temps de la garantie de la couverture complémentaire santé au profit des anciens salariés, ce sont les partenaires sociaux qui ont souhaité améliorer ce dispositif et ont conclu différents accords que le législateur a entérinés. C'est ainsi que la loi du 14 juin 2013 sur la sécurisation de l'emploi met en place un mécanisme de portabilité de toutes les garanties de prévoyance permettant au salarié de conserver, après son départ de l'entreprise, le bénéfice de la garantie prévoyance applicable dans son ancienne entreprise. Outre les difficultés soulevées par chacun de ces mécanismes, leur articulation est source d'une grande complexité. Or, si ces difficultés ne trouvaient d'échos qu'au sein de la prévoyance complémentaire facultative, elles concernent désormais l'ensemble des entreprises et *de facto* leurs salariés, en raison de la généralisation à tous les salariés de la couverture complémentaire santé. L'ensemble de ces observations témoignent des difficultés créées par les différents dispositifs exposés ci-dessus et qui, compte tenu de leur généralisation, font tout l'intérêt de l'étude envisagée.

Mots-clés : Protection sociale – Garanties collectives – Rupture du contrat de travail – Licenciement – Prestations en cours – Restructuration – Liquidation – Assurance-chômage – Maintien des droits – Portabilité.

The consequences of the termination of the employment contract on the employee's rights to the company's collective provident scheme

The proposed research deals with a subject - group provident planning - which has received relatively little academic attention, but which raises significant legal difficulties. Linked to the employee's affiliation to the company, these guarantees disappear in the event of termination of the employee's employment contract following, in particular, dismissal or resignation. It is for this reason that the legislator has instituted mechanisms designed to strengthen the guarantees of employees whose contracts have been terminated, by allowing them to retain coverage after such termination. After article 4 of the law of December 31, 1989 strengthening the guarantees offered to insured persons against certain risks, known as the "Evin" law, which provides, under certain conditions, for the maintenance without limitation in time of the guarantee of complementary health coverage for former employees, it was the social partners who wished to improve this mechanism and concluded various agreements that the legislator ratified. Thus, the law of June 14, 2013 on job security sets up a mechanism for the portability of all pension benefits, enabling employees to retain, after leaving the company, the benefit of the pension benefits applicable in their former company. In addition to the difficulties raised by each of these mechanisms, their articulation is a source of great complexity. While these difficulties were only apparent in the case of the optional supplementary pension scheme, they now concern all companies and *de facto* their employees, due to the generalization of supplementary health coverage to all employees. All of these observations bear witness to the difficulties created by the various systems described above, which, given their generalization, make the study worthwhile.

Keywords : Social protection – Collective guarantees – Termination of the employee's employment contract – Dismissal – Current benefits – Restructuring – Liquidation – Unemployment insurance – Maintenance of rights – Portability.