

DEMANDES D'AVIS N° A 1770011 à E 1770015

(Art. L. 441-1 à L. 441-4 et R 441-1 du code de l'organisation judiciaire)

(Art. 1031-1 à 1031-7 du code de procédure civile)

(Art. 706-64 et suiv. du code de procédure pénale)

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE STRASBOURG

Jugements du 25 juillet 2017

SÉANCE du 23 octobre 2017 à 9h30

Formation mixte

(L. 441-2 du code de l'organisation judiciaire modifié par l'article 41 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 - art. 41)

Conclusions de Monsieur le premier avocat général François FELTZ

Il n'est pas vraiment anodin que la formation mixte pour avis de la Cour de cassation ait été saisie par cinq décisions du même jour du tribunal de grande instance de Strasbourg de la question suivante :

“Les dispositions de [l'article]¹ L. 911-8 du code de la sécurité sociale sont-elles applicables aux anciens salariés licenciés d'un employeur en liquidation judiciaire ?”

De quoi s'agit-il ?

En application de l'article L. 911-7 du code de la sécurité sociale, les entreprises sont tenues de faire bénéficier leurs salariés² d'une couverture collective minimale santé et prévoyance³.

Instauré par l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du

¹ Cette précision grammaticale ne figure que dans le jugement n° 2017/290 Rôle n° 17/02132 du tribunal de grande instance de Strasbourg (dossier de demande d'avis n° B 1770012).

² Sauf cas de dispense prévus par la loi en ce qui concerne notamment des personnes bénéficiant de contrats de travail très courts ou ceux, à temps partiel, travaillant pour plusieurs employeurs.

³ Appelée aussi « complémentaire santé en entreprise ».

marché du travail⁴, le dispositif dit de portabilité a pour objet d'assurer le maintien de ces garanties au bénéfice des salariés en cas de rupture de leur contrat de travail, hors cas de faute lourde, ouvrant droit à prise en charge par le régime de l'assurance chômage.

Il était ainsi prévu que cette couverture serait assurée, jusqu'à une durée de neuf mois, par l'ancien employeur et financée par le biais d'une mutualisation au sein de l'entreprise ou par un partage entre l'ancien employeur et le salarié.

Ce mécanisme, étendu⁵ et amélioré de façon significative par un nouvel accord national interprofessionnel intervenu le 11 janvier 2013, a reçu valeur législative par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi qui a ainsi créé l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale dont la mise en application a été échelonnée en deux temps :

- 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* »
- à compter du 1^{er} juin 2015 pour les « *garanties liées au risque décès ou aux risques d'incapacité de travail ou d'invalidité* »⁶.

Si ce dispositif, malgré certaines critiques sur la « *méthode* » et la portée de la réforme⁷, a sans nul doute constitué, pour les partenaires sociaux, un progrès dans le système de protection sociale des salariés contraints à une période de chômage, sa mise en œuvre pour les salariés d'un employeur en liquidation judiciaire se heurte à la résistance des organismes de couverture qui l'estiment inapplicable à cette catégorie de salariés et se prévalent, pour les institutions de prévoyance, du droit qui leur est reconnu par l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale de résilier le contrat dans les trois mois à compter de la date du jugement de liquidation judiciaire.

Seules, deux cours d'appel ont été saisies à plusieurs reprises de ces difficultés au cours des deux dernières années.

La cour d'appel de Paris, saisie en référé, a, dans trois arrêts⁸, jugé qu'il n'entraîne pas dans les pouvoirs du juge des référés d'enjoindre à une institution de prévoyance d'assurer, en application de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, la portabilité de contrats collectifs relatifs à la garantie santé et prévoyance de salariés dont l'employeur a été placé en liquidation judiciaire.

Saisie en référé à deux reprises, la cour d'appel de Lyon s'est prononcée dans le même sens, mais avec une motivation différente de celle de la cour d'appel de Paris⁹.

⁴ L'article 4 de la loi dite Evin du 31 décembre 1989 permettait déjà un maintien de droits similaires mais portant exclusivement sur la garantie des frais médicaux exposés par le salarié.

⁵ Toutes les branches d'activité sont désormais concernées et la durée possible de la portabilité a été fixée à douze mois.

⁶ Article IX de la loi de sécurisation de l'emploi.

⁷ Vincent Roulet, « *La portabilité des droits de prévoyance au vu de la sécurisation de l'emploi* », Droit Social novembre 2013, n° 11, p. 901.

⁸ CA Paris, 13 septembre 2016, RG n° 15/17810, 14 novembre 2016, RG n° 16/08749, 9 mars 2017, RG n° 16/05124.

⁹ [CA Lyon, 7 mars 2017, RG n° 15/04614](#) et [CA Lyon, 11 avril 2017, RG n° 15/06663](#).

Enfin, dans six arrêts rendus au fond, cette même cour a jugé que l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale s'appliquait en cas de liquidation judiciaire de l'employeur¹⁰.

Les arguments avancés par les juridictions d'appel

La cour d'appel de Paris a retenu pour l'essentiel :

- que si l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale n'exclut pas expressément du dispositif les salariés dont l'entreprise a été déclarée en liquidation judiciaire et dispose que le maintien des droits doit être gratuit pour ceux-ci, l'article 4 de la loi du 14 juin 2013 a précisément prévu, pour traiter du cas des salariés licenciés dont l'entreprise, en liquidation judiciaire, ne dispose plus d'aucun salarié, que le gouvernement devait déposer un rapport au parlement avant le 1^{er} mai 2014 sur les modalités de prise en charge pour ces salariés du maintien de la couverture santé prévoyance par l'intervention éventuelle d'un fonds de mutualisation, existant ou à créer ;
- que, ledit rapport n'ayant pas été déposé, l'absence d'un dispositif de financement du maintien des garanties en question pour ces salariés fait obstacle à l'application des dispositions de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale ;
- enfin, que l'article L. 932-10 du même code, dans sa version en vigueur à l'époque, prévoit que si la garantie subsiste en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaires de l'adhérent, l'administrateur ou le débiteur dûment autorisé, ou le liquidateur, selon le cas, et l'institution de prévoyance conservent le droit de résilier le contrat pendant un délai de trois mois à compter de la date du jugement de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaires.

Dans ses arrêts au fond, la cour d'appel de Lyon estime quant à elle :

- que le droit de résiliation de l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale, pourtant d'ordre public en application de l'article L. 932-38 du même code, doit s'effacer devant les dispositions, elles aussi d'ordre public, de l'article L.641-11-1 du code de commerce prohibant la résiliation des contrats en cours du seul fait de l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire ; que l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale qui constitue une exception à ce dernier principe, ne peut s'interpréter que par référence à l'article L. 932-9 du code de la sécurité sociale relatif aux modalités de suspension des garanties et de résiliation du contrat pour défaut de paiement d'une cotisation lorsque l'entreprise est *in bonis* et comme ouvrant une faculté de résiliation pour défaut de paiement de cotisations antérieur à l'ouverture de la procédure collective ;
- que le régime spécial de résiliation qui était réservé aux assureurs, en cas de procédure collective, par l'article L. 113-6 alinéa 1 du code des assurances, dans des termes identiques à ceux de l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale, a été abrogé par la loi de sauvegarde des entreprises n° 2005-845 du 26 juillet 2005, manifestant ainsi la volonté du législateur de soumettre la résiliation des contrats en

¹⁰[CA Lyon, 24 janvier 2017, RG n° 15/06017](#), [CA Lyon, 21 février 2017, RG n° 15/06038](#), [CA Lyon, 21 mars 2017, RG n° 15/08943](#), [CA Lyon, 21 mars 2017, RG n° 15/07703](#), [CA Lyon, 30 mai 2017, RG n° 16/01876](#) et [CA Lyon, 27 juin 2017, RG n° 16/05526](#).

cours au principe de non automaticité édicté par l'article L. 641-11-1 du code de commerce ;

- qu'il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas et donc d'exclure du mécanisme de maintien des garanties les salariés dont l'employeur a été placé en liquidation judiciaire, la seule exception au principe de la portabilité des droits santé et prévoyance visant le cas de rupture du contrat de travail pour faute lourde ;
- que les garanties « *en vigueur dans l'entreprise* » au sens de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale sont celles qui étaient en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire qui n'a pas pour effet de faire disparaître l'entreprise, laquelle ne prend fin que par l'effet du jugement de clôture pour insuffisance d'actif ;
- que les dispositions de l'article 4 de la loi du 14 juin 2013 sont devenues caduques par expiration du délai fixé pour le dépôt du rapport gouvernemental attendu et, en tout état de cause, sont dépourvues d'effet suspensif du droit à la portabilité gratuite au profit des salariés licenciés y compris dans le cadre de la liquidation judiciaire de leur entreprise.

L'interrogation des juges strasbourgeois revient en fait à répondre à deux questions centrales.

La première a trait à la portée que l'on doit attribuer à l'article 4 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi et à s'intéresser ainsi au financement du dispositif.

La seconde concerne l'articulation qu'il convient de faire entre les articles L. 932-9, L.932-10 du code de la sécurité sociale, L. 641-11-1 du code de commerce, et l'article L. 911-8 du même code.

I - La portée de l'article 4 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi

L'examen des travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de ce texte législatif comme de ceux qui l'ont suivie, montre que la situation des salariés d'un employeur en liquidation judiciaire au regard du dispositif de portabilité n'a pas échappé au législateur même si ce sujet, et c'est le moins que l'on puisse dire, n'a pas fait l'objet de longs développements¹¹.

Né de l'amendement qui a suivi ces brefs débats¹², l'article 4 a ainsi invité le gouvernement à remettre au parlement, « *avant le 1^{er} 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 présente 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* ».

¹¹ Voir Assemblée Nationale – Séances du jeudi 4 avril 2013 – Année 2013 n° 42 AN (CR) pages 3747 à 3749.

¹² N° 4884.

« L'exposé sommaire » dudit amendement précise ceci :

« L'article 1^{er} introduit dans le code de la sécurité sociale (article L. 911-8) la portabilité des couvertures santé et prévoyance pour les salariés devenant demandeurs d'emploi.

Cette disposition est une protection supplémentaire pour le salarié. La mutualisation du risque peut s'organiser au niveau de la branche (si le régime résulte d'un accord de branche) ou au niveau de l'entreprise (si c'est à ce niveau que le régime frais de santé ou prévoyance est organisé).

Ces dispositions ne prévoient pas le cas de l'entreprise en situation de liquidation judiciaire. En effet, dans cette situation, la portabilité de la couverture ne peut être effective pour le salarié qui perd son emploi. Dès lors, en fonction de ses ressources, il bénéficie des dispositifs d'aide de droit commun (CMU-C ou ACS).

Dans une période de contraction économique, il serait légitime de mettre en place une mutualisation de la portabilité lorsque celle-ci ne peut plus être assurée par l'employeur ou la branche.

Faire assurer la portabilité par les organismes complémentaires ne nous semble pas pertinent. Ils n'ont pas pour rôle d'assumer les défaillances d'une entreprise. Qui plus est, leur faire couvrir ce risque aurait pour conséquence un renchérissement du coût des contrats collectifs.

Nous considérons que cette responsabilité relève de la solidarité nationale. Nous pourrions ainsi envisager une intervention du fonds CMU qui assurerait le financement de la portabilité de la couverture santé et prévoyance dans les mêmes conditions que celles prévues par l'article L. 918-8 du code de la sécurité sociale. Afin d'assurer cette nouvelle mission, il conviendrait d'allouer au fonds de nouvelles ressources, autres que celles issues de la taxe CMU ».

Au moment où le tribunal de grande instance de Strasbourg a statué, le rapport souhaité par l'article 4 ainsi adopté n'avait pas été déposé, pas plus qu'il ne l'est à la date de rédaction du présent avis¹³.

La question a pourtant continué à agiter les esprits des élus nationaux qui ont interpellé à diverses reprises¹⁴ le gouvernement à cet égard et témoignent, pour le moins, que le sujet reste d'actualité. On citera pour exemple un extrait de la question écrite de l'un d'entre eux¹⁵ :

« Si ce principe [de la portabilité des garanties] confirme la volonté du Gouvernement de faire du droit à la santé une réalité pour tous, un certain nombre d'événements affectant la vie de l'entreprise et par répercussion ses salariés, nécessitent d'être clarifiés pour rendre totalement effective cette portabilité. **C'est le cas notamment des cessations d'activités ou**

¹³ Le site du Sénat indique que ce rapport est « en attente de publication ».

¹⁴ Questions parlementaires : n° 1019 du 28 avril 2015, n° 91367 du 1^{er} décembre 2015, n° 98781 du 13 décembre 2016, n° 103208 du 7 mars 2017 - voir aussi proposition de loi n° 3085 du 29 septembre 2015 relative au maintien de la garantie complémentaire des salariés licenciés à la suite de la liquidation judiciaire de leur employeur, présentée par M. Francis Hillmeyer.

¹⁵ Question de M. Guy Delacourt publiée au JO du 13 septembre 2016 page 8026.

liquidations entraînant des licenciements économiques qui ne sont pas encore réglées par les textes ».

Déjà interpellé sur ce point en 2015, le gouvernement avait d'ailleurs lui-même admis, s'agissant de la portabilité, pour les salariés licenciés à la suite d'une liquidation judiciaire, de leur couverture complémentaire santé, que « *la disparition de l'entreprise met [donc] fin à ce mécanisme et ne permet pas aux anciens salariés concernés d'en bénéficier* »¹⁶.

Il résulte ainsi clairement de ces éléments que le législateur, suivi en cela par le gouvernement de l'époque, considère que la situation litigieuse de cette catégorie de salariés n'avait pas été réglée par la loi du 14 juin 2013 et qu'elle ne l'est toujours pas à ce jour.

On en connaît la raison qui est liée à la problématique du financement du dispositif (cf. ci-dessous).

Mais ces considérations contextuelles suffisent-elles pour autant à déduire que, juridiquement, l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, créé par cette même loi, ne s'applique pas aux salariés d'un employeur en liquidation judiciaire ?

La doctrine elle-même s'est interrogée sur le sort qu'il convenait de leur réserver. « *Un point n'est pas réglé : si l'entreprise est en liquidation judiciaire, qui finance la portabilité au profit des anciens salariés ? Celle-ci survit-elle d'ailleurs, dès lors que l'entreprise disparaît et que le contrat d'assurance groupe a été résilié ?* »¹⁷ et les divergences jurisprudentielles évoquées plus haut témoignent de la légitimité de la question.

Seule, l'analyse des dispositions en concurrence permet de répondre à cette question.

II - Le droit de résiliation de l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale et son articulation avec le principe de poursuite des contrats en cours de l'article L. 641-11-1 du code de commerce

Disposition d'ordre public applicable aux seules institutions de prévoyance¹⁸, l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale a un double objet : il maintient la garantie du contrat de protection en cas de procédure collective notamment en cas de liquidation judiciaire ; il réserve au profit des institutions de prévoyance la possibilité de résilier le contrat pendant un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture de la procédure. Il précise aussi que la portion de cotisation afférente au temps pendant lequel l'institution de prévoyance ne couvre plus le risque est restituée au débiteur.

Sa clarté ne devrait appeler aucun commentaire. Il octroie aux organismes de protection le privilège de rompre de leur propre initiative le contrat de garantie. On peut s'en étonner pour deux raisons.

La première est qu'il vient heurter de plein fouet le principe, d'ordre public lui aussi comme il a été dit, de la poursuite des contrats en cours de l'article L. 641-11-1 du code de commerce.

¹⁶ Réponse de Mme Pascale Boistard, secrétaire d'Etat chargée des droits des femmes, publiée au JO du 6 mai 2015 page 4274.

¹⁷ Patrick Morvan, Droit de la protection sociale, LexisNexis, 8^{ème} édition, n° 1102 pages 938 et 939.

¹⁸ Art. L 932-38 du code de la sécurité sociale, déjà cité.

Sur ce point, l'arrêt rendu le 28 janvier 2011¹⁹ par la chambre commerciale de la Cour de cassation mérite attention quand il précise :

« Attendu que, sous réserve de la mise en oeuvre du régime spécial de résiliation prévu au second texte [L. 932-10 du code de la sécurité sociale], les relations entre une institution de prévoyance relevant du livre neuvième du code de la sécurité sociale relatif à la protection sociale complémentaire et l'entreprise adhérente sont, en cas de procédure collective de celle-ci, soumises au régime général des contrats en cours fixé par le premier texte ; qu'il en résulte que le défaut de règlement intégral des cotisations antérieures au jugement d'ouverture n'a pas pour conséquence de priver les membres participants de l'entreprise adhérente de tout droit aux garanties collectives complémentaires ; ».

Il est intéressant d'observer que cette question de l'application de l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale, qui n'était pas au centre du débat juridique posé à la chambre, a précisément été abordée par le conseiller rapporteur dans des termes qui ne laissent guère de doute sur l'interprétation et la portée à donner à cet arrêt. Il écrivait en effet à l'époque²⁰ :

« Mais il faut souligner qu'il existe aussi un régime spécial de résiliation réservé, dans l'hypothèse de procédure collective, aux "contrats" conclus par les institutions de prévoyance pour la protection sociale complémentaire des salariés, ce qui est très peu souvent noté par les auteurs spécialistes du droit des procédures collectives, et qui est toujours en vigueur. Il est organisé par l'article L. 932-10, non abrogé, du code de la sécurité sociale et est applicable à toutes les opérations collectives (v. l'extension résultant de l'art. L. 932-19, al. 3 C.S.S). Selon ce texte, dans sa version d'origine résultant de la loi n° 94-678 du 8 août 1994, ici applicable, «La garantie subsiste en cas de redressement ou de liquidation judiciaires de l'adhérent. L'administrateur ou le débiteur autorisé par le juge-commissaire ou le liquidateur, selon le cas, et l'institution de prévoyance conservent le droit de résilier l'adhésion ou le contrat pendant un délai de trois mois à compter de la date du jugement de redressement ou de liquidation judiciaires. La portion de cotisation afférente au temps pendant lequel l'institution de prévoyance ne couvre plus le risque est restituée au débiteur». Il est constant, néanmoins, que ce texte, dérogeant au régime des contrats en cours, comme l'était celui applicable, à l'époque, à la résiliation du contrat d'assurance, n'a pas, non plus, été mis en oeuvre.

Au vu de l'article L. 932-10, on peut, cependant, se demander si, en la matière, la "purge" des inexécutions financières antérieures peut encore jouer, puisque ce texte autorise l'institution de prévoyance à résilier le contrat, sans interdire qu'elle se fonde à cet effet sur une cause antérieure. Mais, à l'inverse, dès lors que le texte maintient la garantie - à supposer qu'elle n'ait pas disparu avant - malgré l'ouverture de la procédure collective, ne peut-on soutenir que, si l'institution de prévoyance n'a pas procédé à la résiliation dans les conditions légales, elle ne peut pas ou plus se prévaloir d'un non-paiement antérieur des cotisations, une fois le délai de trois mois passé ? Peut-être en ce sens, pourrait-on faire valoir que, dans le régime antérieur de résiliation du contrat d'assurance ordinaire, avant la loi de sauvegarde - extrêmement proche, l'ancien art. L. 113-6 du code des assurances, aujourd'hui abrogé, étant quasiment l'équivalent de l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale - il était jugé que tout ce qui n'était pas, en cas de redressement ou de liquidation judiciaires, régi par les dispositions dérogatoires de l'article L. 113-6 l'était par l'article L. 621-28 du code de commerce, c'est-à-dire le texte général sur la poursuite des contrats en cours. V. Cass. com. 17 déc. 1996, n° 93-13.877 ; Bull. civ. IV, n° 315 : *«...après avoir relevé que l'application de l'article L. 113-6 du Code des assurances écartait celle de l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985 [devenu L. 621-28] en ce qui concerne le droit d'exiger l'exécution des contrats d'assurance en cours, l'arrêt retient exactement que pour tout ce qui n'est pas réglé par le texte dérogatoire du code des assurances, ce sont les dispositions de l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985 qui trouvent à s'appliquer ...»*. Ne peut-on pas en déduire, par analogie, que si l'institution de prévoyance n'a pas résilié, dans le délai de trois mois, le "contrat", elle ne peut plus le faire pour des causes antérieures, la règle de la "purge" retrouvant alors son empire, empêchant l'institution de prévoyance de refuser tout droit aux prestations en le fondant sur le non-paiement des cotisations antérieures ?... ».

¹⁹ Cass. Com. 28 juin 2011, n° E 09-16.646.

²⁰ N° E 09-16.646 Rapport du doyen Jean Pierre Remery pages 6 et 7.

La seconde est que cet article L. 932-10 du code de la sécurité sociale a survécu à l'abrogation, par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises²¹, d'une disposition similaire du code des assurances qui, dans son article L. 113-6 rédigé dans des termes identiques²², reconnaissait au profit des assureurs la même faculté de résiliation.

Ceux-ci disposaient en effet auparavant d'un droit totalement autonome de ceux qui leur étaient en outre reconnus par d'autres dispositions pour aggravation du risque ou pour défaut de paiement des primes. L'assureur n'était d'ailleurs pas tenu de respecter les formalités imposées en cas de non-paiement des primes échues. La résiliation devait seulement intervenir dans les trois mois du jugement d'ouverture de la procédure collective, y compris la liquidation judiciaire. A défaut, le contrat était maintenu et devait donc être appliqué dans les termes mêmes de ses stipulations en vigueur au jour de la décision d'ouverture²³.

On ne peut évidemment éviter le rapprochement. Le droit de résiliation de l'article 932-10 institué au bénéfice des institutions de prévoyance est pareillement un droit autonome pouvant être exercé de façon discrétionnaire indépendamment, contrairement à ce que soutient la cour d'appel de Lyon, des dispositions de l'article L. 932-9 du code de la sécurité sociale. Il constitue en effet une exception au principe de suspension de la garantie pour défaut de paiement édicté par cet article lequel n'est pas applicable en cas de redressement et liquidation judiciaires, procédures pour lesquelles seules les dispositions du code de commerce trouvent effet²⁴.

On peut dès lors s'interroger sur les raisons de la survivance de l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale à la réforme de 2005 sur la sauvegarde des entreprises. Volonté délibérée du législateur de maintenir un régime dérogatoire au bénéfice des institutions de prévoyance ou simple omission de sa part comme le soutiennent certains²⁵ ?

Un élément nouveau est depuis intervenu qui peut éclairer le débat et qui, du moins pour l'avenir, pourrait mettre fin à tout contentieux de la nature de ceux à l'origine des demandes d'avis strasbourgeoises. En raison de son caractère récent, il ne pouvait naturellement être pris en compte par la juridiction du fond qui vous a saisis.

En effet, l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale a été modifié par l'article 15 de l'ordonnance n° 2017-734 du 4 mai 2017 portant modification des dispositions relatives aux organismes mutualistes. Dans sa nouvelle version²⁶, le droit spécifique de résiliation a disparu

²¹ Rapport n° 335 (2004-2005) de M. Jean-Jacques Hyst, établi au nom de la commission des lois, déposé le 11 mai 2005 – Voir les développements relatifs à l'article 186 du projet de loi prévoyant la suppression de l'article L. 113-6 du code des assurances.

²² « *L'assurance subsiste en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de l'assuré. L'administrateur ou le débiteur autorisé par le juge commissaire ou le liquidateur selon le cas et l'assureur conservent le droit de résilier le contrat pendant un délai de trois mois à compter de la date du jugement de redressement ou de liquidation judiciaires. La portion de prime afférente au temps pendant lequel l'assureur ne couvre plus le risque est restituée au débiteur [...].*

²³ Philippe Roussel Galle, « *Effets de la résiliation du contrat d'assurance* », Revue des procédures collectives, n° 6, novembre 2014, comm. 156.

²⁴ C. Com., art. L. 622-13, L. 631-14 et L. 641-11-1 ; Lamy social n° 5417 – Redressement ou liquidation judiciaires.

²⁵ Mémento Social Francis Lefebvre, Protection sociale complémentaire d'entreprise, 2017, n° 19800 à 19950 notamment 19920.

²⁶ « *La garantie subsiste en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaires de l'adhérent. En cas de résiliation du bulletin d'adhésion ou du contrat en application de l'article L. 622-13 du code*

et les institutions de prévoyance rejoignent à cet égard le droit commun du régime général des contrats en cours déjà applicable depuis 2006 aux compagnies d'assurance.

Si cette initiative législative récente peut être indifféremment interprétée comme le rattrapage d'une omission ou comme l'expression d'une volonté délibérée de différer cet ajustement, toujours est-il que les dispositions litigieuses de l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale demeureraient applicables avant l'entrée en vigueur de la loi précitée du 4 mai 2017.

Ainsi, et pour conclure à ce stade, l'exercice du droit de résiliation fait échec au principe de la poursuite des contrats en cours et son exercice est pleinement autonome, comme si, par son maintien, le législateur avait voulu préserver les institutions de prévoyance d'un défaut de financement pouvant résulter d'une défaillance de l'entreprise.

III - La question du financement du dispositif

La question du financement du mécanisme de portabilité en cas de liquidation judiciaire est une question importante. Elle constitue, et on peut le comprendre, une des préoccupations majeures des organismes de garantie qui, répondant à une obligation légale pour les employeurs, paraissent légitimes à s'assurer d'un financement certain et pérenne.

On l'a vu, cette préoccupation a bien été repérée par le législateur lors des travaux préparatoires de la loi du 14 juin 2013 et ses enjeux financiers, évalués dans l'étude d'impact qui l'a précédée, ont été mis en évidence dans les termes suivants :

« Le coût pour la sécurité sociale de la généralisation de la protection sociale complémentaire collective, sous plusieurs hypothèses de niveau de prise en charge et d'abondement de l'employeur serait compris entre 300 et 430 M€, selon le champ d'extension retenu.... La généralisation de la portabilité en mutualisation sur 12 mois maximum se traduirait par un coût supplémentaire compris entre 75 et 110 M€ pour la sécurité sociale.

En matière de finances publiques (Etat), la généralisation de la protection sociale complémentaire collective à tous les salariés devrait également se traduire par un manque à gagner pour l'Etat en termes d'impôt sur le revenu, les abondements salariés et employeurs n'étant pas soumis à cet impôt à la différence des cotisations ou primes d'adhésion individuelle à la complémentaire santé. Le manque à gagner pour l'Etat se situera à deux niveaux :

- sur les nouveaux abondements salariés qui se traduisent par une baisse du salaire net imposable,
- sur les nouveaux abondements employeurs s'ils se substituaient partiellement à des éléments de rémunération.

L'Etat aura également un manque à gagner en termes d'impôt sur les sociétés.

Globalement, pour l'ensemble des finances publiques, le coût pourrait être estimé entre 1,5 et 2,1 Md €, selon le champ d'extension retenu.

En matière d'impact sur les entreprises, la généralisation de la protection sociale complémentaire collective à tous les salariés se traduira également par des abondements supplémentaires de cotisations à la charge des

de commerce, la portion de cotisation afférente au temps pendant lequel l'institution de prévoyance ou l'union ne couvre plus le risque, est restituée au débiteur ».

employeurs, qui peuvent être évalués au total entre 2 Md€ et 3 Md€ [selon le champ d'extension retenu : 24% des salariés versus 34,7 % des salariés – cf. infra].

A titre d'illustration des effets individuels potentiels, parmi les 34 branches professionnelles comptant plus de 10.000 salariés ayant mis en place un régime frais de santé, la cotisation (patronale et salariale) s'élève en moyenne à 443 € par an, soit 37 € par mois. Sur ce périmètre, dans 8 cas sur 10, l'employeur prend au moins en charge plus de la moitié des cotisations. En moyenne, la participation employeur est de 54 %.

Ces chiffres sont une évaluation des coûts de cette mesure à l'issue de sa montée en charge, sa mise en œuvre (d'ici à 2016) étant progressive.

L'évaluation des impacts financiers présente nécessairement un caractère très estimatif du fait du caractère incertain des hypothèses retenues pour ce calcul ».

Le dispositif de financement de la portabilité de la protection sociale complémentaire résultant de la loi du 14 juin 2013 sur la sécurité de l'emploi repose sur le principe généralisé d'une mutualisation des risques par cotisations partagées entre les employeurs et leurs salariés. On notera que ce principe n'a d'ailleurs nullement été remis en cause par la décision du Conseil Constitutionnel du 13 juin 2013²⁷ sanctionnant l'atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, par rapport à l'objectif poursuivi, des clauses de désignation d'un organisme de prévoyance par l'effet d'un accord collectif²⁸.

Il s'est traduit dans l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale qui prévoit que les salariés « bénéficient du maintien à titre gratuit de cette couverture ». Il s'agit d'un principe absolu n'autorisant aucune contribution du salarié licencié au maintien de ses couvertures santé et prévoyance.

Si ce dispositif de préfinancement du maintien des couvertures ne pose pas de difficulté majeure pour les entreprises *in bonis* puisqu'il repose, pour partie, sur la présence de salariés « actifs », tel n'est pas le cas en défaillance de l'entreprise tant pour la part patronale qui n'est pas considérée comme une créance salariale et qui est donc exclue d'une prise en charge par les AGS, que pour la part salariale lorsque l'entreprise ne présente plus aucune activité.

Et dans cette dernière hypothèse la seule alternative relève donc de l'intervention d'un fonds de garantie à constituer dont on sait qu'il n'a pas été mis en place et fait encore l'objet de discussions parlementaires²⁹ et gouvernementales, faire peser sur les seuls organismes complémentaires ou sur les seuls employeurs la prise en charge de la portabilité ayant été exclue.

Cette impasse d'ordre financier compromet-elle pour autant l'application des dispositions de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale aux salariés licenciés d'un employeur en liquidation judiciaire ?

IV - Sur l'applicabilité de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale

²⁷ Cons. Const., 13 juin 2013, n° 2013-672 DC, JO 16 juin 2013, p. 9976.

²⁸ Voir à ce sujet : Muriel Delumeau, « L'inconstitutionnalité des clauses de désignation dans la protection sociale d'entreprise », Semaine sociale Lamy - 2014, n° 1619 Supplément, Chronique de protection sociale d'entreprise Première partie, p. 64.

²⁹ Dominique Libault, « Rapport sur la solidarité et la protection sociale complémentaire collective » remis le 23 septembre 2015 - Proposition de loi déposée par M. Francis Hillemeier tendant à la création d'un « fonds public financé par une taxe additionnelle sur les contrats collectifs d'assurance complémentaire, couvrant le seul risque de défaut de paiement de l'employeur faisant l'objet d'une liquidation ».

Ainsi que le souligne, parmi d'autres, l'un des commentateurs de la réforme de 2013³⁰, les organismes de protection ne manquent pas d'arguments pour soutenir que les salariés en portabilité dont l'entreprise est placée en procédure de liquidation judiciaire n'entreraient pas dans le champ d'application de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale.

Sans craindre la tautologie, rappelons-le. Pourquoi, en effet, le législateur aurait-il expressément précisé, dans l'article 4 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, son intention de voir le dispositif de portabilité maintenu « *dans les mêmes conditions que l'article L. 911-8* » s'il considérait que ledit article s'appliquait de plein droit ? Par ailleurs, et même si cet article devait être considéré comme applicable, son 3° prévoit bien que « *les garanties maintenues sont celles en vigueur dans l'entreprise* ». Or, en cas de liquidation judiciaire, dans l'hypothèse où il n'y a plus de salarié dans l'entreprise, aucune garantie n'étant en vigueur, aucune garantie ne peut être maintenue.

On pourrait, certes, souscrire aisément à cette analyse avantageuse pour les organismes d'assurance et de prévoyance, préjudiciable en revanche pour les salariés concernés. Mais les arguments textuels sur lesquels elle repose sont-ils suffisamment pertinents pour emporter la conviction ? Reflète-t-elle la véritable intention initiale du réformateur de 2013 ? Et si tel était le cas, pour quelles raisons les dispositions de l'article incriminé n'excluent-elles pas de la portabilité, clairement et sans autre interprétation possible, cette catégorie de salariés d'un employeur en liquidation judiciaire ?

Cette approche appelle en effet plusieurs critiques d'ordre juridique et contextuel.

En premier lieu, et comme l'a d'ailleurs relevé à bon droit la cour d'appel de Lyon, l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale n'opère aucune distinction relative à la situation économique et juridique de l'entreprise, qu'elle soit *in bonis* ou en liquidation judiciaire. Toutes choses égales par ailleurs, ses dispositions sont à cet égard à rapprocher de celles de l'article L. 932-10 du même code qui, s'agissant des institutions de prévoyance, n'opère lui-même aucune distinction en prévoyant la restitution au débiteur de la portion de cotisation afférente au temps pendant lequel ladite institution ne couvre plus le risque, quelle que soit la procédure collective en cause.

C'est en ce sens que s'est d'ailleurs prononcée une partie de la doctrine autorisée³¹.

En deuxième lieu, et sans s'attarder sur l'ambiguïté suggestive qui s'attache au caractère « à titre gratuit » du maintien, de principe, de la couverture en cas de cessation du contrat de travail, énoncé en premier alinéa, le sens que l'on peut donner à l'expression « *les garanties maintenues sont celles en vigueur dans l'entreprise* » n'exclut nullement qu'il puisse s'agir des garanties en vigueur dans l'entreprise au moment de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire.

On retiendra d'ailleurs que liquidation judiciaire ne signifie pas derechef disparition de l'entreprise qui, pour les besoins des opérations de liquidation (cession, négociation des actifs...), pourrait avoir avantage à ce que certains contrats, notamment de protection complémentaire, se poursuivent. Au demeurant, l'entreprise ne disparaît juridiquement que

³⁰ Claudie Bistondi, « *La portabilité des droits santé et prévoyance : de quelques difficultés pratiques* », Gazette du Palais, 15 septembre 2015, n° 258, p. 13.

³¹ Patrick Morvan, Droit de la protection sociale, 8^{ème} édition LexisNexis, p. 939.

par l'effet du jugement de clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif.

Mais au-delà des approches littérale et exégétique, toujours critiquables, que l'on peut faire d'un texte et, en l'occurrence, de l'article L. 911-8, c'est davantage l'ordonnement des normes et l'objectif que s'est fixé le législateur qui doivent retenir l'attention.

En troisième lieu, en effet, l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale est rattaché au chapitre premier « Détermination des garanties complémentaires des salariés » du titre premier, livre neuvième de ce code dont l'article L. 914-1 indique que ses dispositions sont d'ordre public, ce qui n'est pas le cas de l'article 4 de la loi n° 2013-514 du 14 juin 2013 prévoyant la remise d'un rapport gouvernemental sur la question du financement du dispositif.

On ne saurait sur ce dernier point, et en quatrième lieu, prétendre, comme l'écrit, sans aucun fondement juridique, la cour d'appel de Lyon, que l'absence de dépôt du rapport gouvernemental dans le délai prescrit rendrait caduque la disposition qui le prévoit, un tel document pouvant toujours être déposé. De même, ne peut-on arguer de cette carence, comme le fait la cour d'appel de Paris, pour l'ériger en obstacle absolu à toute applicabilité de la portabilité.

Si l'impasse financière décrite ci-dessus ne peut être perdue de vue, elle ne saurait juridiquement constituer un élément d'exclusion d'une catégorie de salariés particulièrement vulnérables dont la situation résulte d'un échec économique qui pourrait même parfois être la conséquence d'une mauvaise gestion ou d'une faute de leur employeur.

Il paraît en ce sens pour le moins audacieux de penser que le législateur aurait délibérément entendu les écarter de ce mécanisme de protection, sa préoccupation, toujours contemporaine, étant précisément de mettre en place un système adéquat de financement.

L'objectif en 2013 était bien, en effet, d'assurer la généralisation de la portabilité de la couverture de tous les salariés, non fautifs de la rupture de leur contrat de travail, en situation de chômage.

Et c'est bien là la finalité de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale.

Car en fait, alors qu'était clairement affirmé cet objectif, ce ne sont que des considérations « *techniques* » qui ont conduit au retrait ou au rejet de deux amendements sénatoriaux visant à faire adopter l'idée que « *la liquidation judiciaire de l'entreprise [devait être] sans effet sur le maintien des garanties en application de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale* »³².

En cinquième lieu, et c'est là un argument de poids qui doit finir de convaincre, le droit de résiliation dans les trois mois du jugement d'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, spécifiquement reconnu aux institutions de prévoyance par l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale, d'ordre public lui aussi, constituait pour elles une sorte d'échappatoire à une portabilité qui n'aurait aucune contrepartie financière.

Sa suppression par l'ordonnance n° 2017-734 du 4 mai 2017 portant modification des dispositions relatives aux organismes mutualistes est la démonstration de la volonté du législateur de donner au régime des contrats en cours sa plénitude en y intégrant également

³² Séance du Sénat (compte-rendu intégral des débats) du 19 avril 2013 – débats sur les amendements n° 223 et 574.

la protection contractuelle des organismes de prévoyance. S'il conviendra à l'avenir d'en tirer tous les effets, cette orientation législative constitue *a posteriori* un éclairage intéressant, voire déterminant, sur la portée à réserver en l'espèce aux dispositions législatives de nature commerciale.

Alors, certes, la prise en charge financière de la protection complémentaire des salariés d'un employeur en liquidation judiciaire pourrait *in fine* être supportée par les organismes d'assurance et de prévoyance, voire provisionnée par les employeurs au titre d'un risque qui restera malgré tout difficile à évaluer. Mais, elle pourrait aussi, ainsi qu'il est suggéré au rapport, relever d'une mutualisation au niveau des branches professionnelles dans le cadre des dispositions des l'article L. 912-1 IV et R. 912-3 du code de la sécurité sociale.

L'enjeu n'est pas moindre. A titre indicatif, on relèvera qu'il y a eu, en 2016, 57.844 défaillances d'entreprise dont 39.263 liquidations judiciaires directes impliquant 200.000 emplois³³.

Mais il appartient désormais aux autorités publiques et aux partenaires sociaux, auxquelles le juge ne peut se substituer, de prendre les initiatives nécessaires pour rechercher et assurer un équilibre adéquat des obligations dues à chacune des parties, exigence particulièrement prégnante depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-734 du 4 mai 2017.

La question transmise à la formation mixte de votre Cour par les jugements du tribunal de grande instance de Strasbourg **se pose déjà et ne manquera pas de se poser encore**. Certains organismes complémentaires santé et prévoyance, quelle qu'en soit leur forme juridique, semblent en effet déterminés à contester les décisions qui ne feraient pas droit à leurs prétentions en raison du déséquilibre financier auquel pourrait les conduire l'octroi des garanties consenties, sans contrepartie financière.

Son sérieux n'est pas à mettre en doute. Elle se situe au cœur d'un conflit de normes juridiques d'égale valeur, puisque toutes d'ordre public, dont l'articulation entre elles et les divergences jurisprudentielles auxquelles elles donnent lieu appellent une clarification salutaire. Elle est en outre au centre d'enjeux financiers et sociaux importants tant pour les organismes de protection que pour cette catégorie particulière de salariés dont l'employeur fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire.

Seul, le critère de **sa nouveauté** pourrait interroger. Il a en effet été jugé à plusieurs reprises qu'une question n'est pas nouvelle lorsqu'elle se pose dans des pourvois soumis à la Cour³⁴.

Si deux des décisions précitées de la cour d'appel de Paris ont été frappées de pourvois³⁵, en cours d'instruction, l'examen de ceux-ci conduit toutefois à penser que la Cour pourrait être amenée à ne pas trancher au fond le débat sur la portabilité tel qu'exposé dans les développements qui précèdent mais, s'agissant d'arrêts intervenus sur appel d'ordonnances de référé, à juger des pouvoirs du juge des référés dans les deux cas d'espèce qui lui ont été soumis.

³³ Christophe Pitaud, *Les Echos Entreprises* 6 février 2017.

³⁴ [Avis, 14 juin 1993, n° 09-30.001](#) ; [Avis, 11 mars 1994, n° 09-30.021](#) ; [Avis, 31 mai 1999, n° 99-20.008](#) ; [Avis, 4 avril 2011, n° 11-00.002](#) ; [Avis, 22 octobre 2012, n° 12-00.012](#) ; [Avis, 9 mars 2015, n° 14-70.012](#).

³⁵ Pourvoi n° Q 16-27.332, pourvoi n° N 17-10.636, pourvoi n° X 17-19.447.

CONCLUSION

Nous sommes en conséquence d'avis :

- 1) de déclarer recevables les demandes d'avis dans les dossiers n° A 1770011, B 1770012, C 1770013, D 1770014 et E 1770015, les formalités prévues par les articles L. 1031-1 et L. 1031-2 du code de procédure civile ayant été respectées,
- 2) après jonction des dossiers soumis à votre avis, de répondre à la question posée de la façon suivante :

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, sous réserve, s'agissant des seules institutions de prévoyance, de l'exercice régulier du droit de résiliation prévu par l'article L 932-10 du même code dans sa version applicable avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2017-734 du 4 mai 2017.