

**Demande d'avis n°**

**A1770011**

**B1770012**

**C1770013**

**D1770014**

**E1770015**

Décisions transmettant les demandes d'avis : 5 jugements du 25 juillet 2017 du tribunal de grande instance de Strasbourg

---

**Rapporteur : Nina Touati**  
**assistée de Françoise Catton, auditeur**

**RAPPORT**

La Cour de cassation est saisie de cinq demandes d'avis transmises par le tribunal de grande instance de Strasbourg par jugements du 31 juillet 2017 posant en termes quasiment identiques la question suivante : « Les dispositions de [l'article] L. 911-8 du code de la sécurité sociale sont-elles applicables aux anciens salariés licenciés d'un employeur en liquidation judiciaire? ».

La question posée étant la même, nonobstant une différence rédactionnelle minime, les demandes d'avis donneront lieu à un rapport unique.<sup>1</sup>

**1 - Rappel des faits et de la procédure**

**Demande d'avis n° A 17-70.011 :**

La société Wendling vins (la société) a conclu avec l'institution de prévoyance Humanis prévoyance (l'institution de prévoyance) un contrat collectif de prévoyance au bénéfice de ses salariés.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Les demandes d'avis n° A1770011, C1770013, D1770014 et E1770015 font référence aux « dispositions de L. 911-8 du code de la sécurité sociale » alors que la demande d'avis n° B1770012 mentionne « les dispositions de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale »

<sup>2</sup> Il semble que ce contrat ne couvrait que les risques de prévoyance « lourde » (incapacité, invalidité, décès) et non les frais de santé, le jugement du 25 juillet 2017 mentionnant que la société Jenner et associés en a convenu à l'audience et s'est « désistée »

La société a été placée en liquidation judiciaire par jugement du 2 janvier 2017, avec désignation de la société Jenner et associés en qualité de liquidateur.

La société Jenner et associés, ès qualités, a sollicité la mise en oeuvre de la « portabilité » des garanties prévue par l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale au bénéfice des anciens salariés de l'entreprise.

L'institution de prévoyance a opposé un refus et notifié sa décision de résilier le contrat en application de l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale .

Contestant cette position, la société Jenner et associés, ès qualités, a assigné l'institution de prévoyance afin d'obtenir la communication sous astreinte de tous les documents et formulaires nécessaires à la mise en oeuvre de la portabilité des garanties prévoyance et santé prévue à l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, de voir enjoindre sous astreinte à l'institution de prévoyance d'exécuter ses obligations contractuelles et légales, notamment de procéder au remboursement des frais de santé et de prévoyance des anciens salariés de la société et de voir dire et juger que pendant la période de « portabilité », l'institution de prévoyance devra rembourser aux salariés toutes sommes engagées au titre de leurs soins de santé et leur assurer toutes prestations dues au titre du contrat de prévoyance.

Par jugement du 25 juillet 2017, le tribunal de grande instance de Strasbourg a sollicité l'avis de la Cour de cassation dans les termes de la question précitée.

### **Demande d'avis n° B 17-70.012**

La société VN France (la société) qui avait souscrit un contrat collectif de prévoyance au bénéfice de ses salariés a été placée en liquidation judiciaire par jugement du 5 décembre 2016, la société Jenner et associés étant désignée comme liquidateur.

La société Jenner et associés, ès qualités, a sollicité la mise en oeuvre de la « portabilité » des garanties prévue par l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale au bénéfice des anciens salariés de l'entreprise, ce que l'organisme assureur a refusé <sup>3</sup> .

Contestant cette position, la société Jenner et associés, ès qualités a assigné l'institution de prévoyance AG2R Réunica prévoyance afin d'obtenir la communication sous astreinte de tous les documents et formulaires nécessaires à la mise en oeuvre de la « portabilité » des garanties prévoyance et santé prévue à l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, de voir enjoindre sous astreinte à l'institution de prévoyance d'exécuter ses obligations contractuelles et légales, notamment de procéder au remboursement des frais

---

» de sa demande relative aux frais de santé.

<sup>3</sup> Une incertitude subsiste au vu des pièces du dossier sur l'identité de l'organisme assureur, l'institution de prévoyance AG2R prévoyance , assignée par le liquidateur, ayant sollicité sa mise hors de cause en faisant valoir que le contrat de prévoyance avait été conclu auprès de la société mutuelle d'assurance La mondiale, laquelle est intervenue volontairement à l'instance.

de santé et de prévoyance des anciens salariés de la société et de voir dire et juger que pendant la période de « portabilité », l'institution de prévoyance devra rembourser aux salariés toutes sommes engagées au titre de leurs soins de santé et leur assurer toutes prestations dues au titre du contrat de prévoyance.

La société La mondiale est intervenue volontairement à l'instance.

Par jugement du 25 juillet 2017, le tribunal de grande instance de Strasbourg a sollicité l'avis de la Cour de cassation dans les termes de la question précitée.

### **Demande d'avis n° C 17-70.013**

L'association Regain (l'association) a conclu avec l'institution de prévoyance AG2R Réunica prévoyance (l'institution de prévoyance) un contrat collectif « frais de santé » au bénéfice de ses salariés.

L'association a été placée en redressement judiciaire par jugement du 27 juin 2016 puis en liquidation judiciaire par jugement du 5 décembre 2016, avec désignation de la société Jenner et associés en qualité de liquidateur.

La société Jenner et associés, ès qualités, a sollicité la mise en oeuvre de la « portabilité » des garanties prévue par l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale au bénéfice des anciens salariés de l'association.

L'institution de prévoyance a opposé un refus et notifié sa décision de résilier le contrat en application de l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale .

La société Jenner et associés, ès qualités, a assigné l'institution de prévoyance afin d'obtenir la communication sous astreinte de tous les documents et formulaires nécessaires à la mise en oeuvre de la « portabilité » des garanties prévoyance et santé prévue à l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, de voir enjoindre sous astreinte à l'institution de prévoyance d'exécuter ses obligations contractuelles et légales, notamment de procéder au remboursement des frais de santé et de prévoyance des anciens salariés de la société et de voir dire et juger que pendant la période de « portabilité », l'institution de prévoyance devra rembourser aux salariés toutes sommes engagées au titre de leurs soins de santé et leur assurer toutes prestations dues au titre du contrat de prévoyance.

Par jugement du 25 juillet 2017, le tribunal de grande instance de Strasbourg a sollicité l'avis de la Cour de cassation dans les termes de la question précitée.

### **Demande d'avis n° D17-70.014**

La société VN France (la société) a conclu auprès de la société Arial assurance aux droits de laquelle se trouve la mutuelle Via santé (la mutuelle) un contrat collectif « frais de santé » au bénéfice de ses salariés.

La société a été placée en liquidation judiciaire par jugement du 5 décembre 2016 avec désignation de la société Jenner et associés en qualité de liquidateur.

La société Jenner et associés, ès qualités, a sollicité la mise en oeuvre de la « portabilité » des garanties prévue par l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale au bénéfice des anciens salariés de l'association, ce que la mutuelle a refusé.

Contestant cette position, la société Jenner et associés, ès qualités, a assigné la mutuelle afin d'obtenir la communication sous astreinte de tous les documents et formulaires nécessaires à la mise en oeuvre de la « portabilité » des garanties prévoyance et santé prévue à l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, de voir enjoindre sous astreinte à la mutuelle d'exécuter ses obligations contractuelles et légales, notamment de procéder au remboursement des frais de santé et de prévoyance des anciens salariés de la société et de voir dire et juger que pendant la période de « portabilité », la mutuelle devra rembourser aux salariés toutes sommes engagées au titre de leurs soins de santé et leur assurer toutes prestations dues au titre du contrat de prévoyance.

Par jugement du 25 juillet 2017, le tribunal de grande instance de Strasbourg a sollicité l'avis de la Cour de cassation dans les termes de la question précitée.

### **Demande d'avis n° E 17-70.015**

L'association vie et vacances (l'association) a conclu auprès de la mutuelle Via santé (la mutuelle) un contrat collectif « frais de santé » au bénéfice de ses salariés.

L'association a été placée en redressement judiciaire par jugement du 1<sup>er</sup> avril 2016, converti en liquidation judiciaire par jugement du 14 octobre 2016 avec désignation de la société Jenner et associés en qualité de liquidateur.

La société Jenner et associés, ès qualités, a sollicité la mise en oeuvre de la « portabilité » des garanties prévue par l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale au bénéfice des anciens salariés de l'association, ce que la mutuelle a refusé.

Contestant cette position, la société Jenner et associés, ès qualités, a assigné la mutuelle afin d'obtenir la communication sous astreinte de tous les documents et formulaires nécessaires à la mise en oeuvre de la « portabilité » des garanties prévoyance et santé prévue à l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, de voir enjoindre sous astreinte à la mutuelle d'exécuter ses obligations contractuelles et légales, notamment de procéder au remboursement des frais de santé et de prévoyance des anciens salariés de la société et de voir dire et juger que pendant la période de « portabilité », la mutuelle devra rembourser aux salariés toutes sommes engagées au titre de leurs soins de santé et leur assurer toutes prestations dues au titre du contrat de prévoyance.

Par jugement du 25 juillet 2017, le tribunal de grande instance de Strasbourg a sollicité l'avis de la Cour de cassation dans les termes de la question précitée.

L'institution de prévoyance AG2R Réunica prévoyance, la mutuelle Via santé et la société La mondiale, représentées par la SCP Baraduc, Duhamel, Rameix, ont présenté des observations dans les saisines pour avis n° B 17-70.012, C 17-70.013 et D 17-70.014.

La société Jenner et associés, prise en sa qualité de liquidateur des sociétés Wendling vins et VN France et des associations Regain et Vie et vacances, représentée par la SCP Waquet, Farge, Hazan, a présenté des observations dans les cinq saisines pour avis.

L'institution de prévoyance Humanis prévoyance, représentée par la SCP Celice, Soltner, Texidor, Perier, a présenté des observations dans la demande d'avis n° A 17.70.011.

## **2 - Recevabilité des demandes d'avis**

### **2.1 Recevabilité au regard des règles de forme**

#### **2.1.1 Avis aux parties et au ministère public**

L'article 1031-1 du code de procédure civile, dans sa rédaction issue du décret n° 2016-660 du 20 mai 2016, énonce que *« lorsque le juge envisage de solliciter l'avis de la Cour de cassation, en application de l'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire, il en avise les parties et le ministère public, à peine d'irrecevabilité. Il recueille leurs observations écrites éventuelles dans le délai qu'il fixe, à moins qu'ils n'aient déjà conclu sur ce point. Dès réception des observations ou à l'expiration du délai, le juge peut, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation en formulant la question de droit qu'il lui soumet. Il sursoit à statuer jusqu'à réception de l'avis ou jusqu'à l'expiration du délai mentionné à l'article 1031-3 »*.

Dans la première demande d'avis (n° A 1770011), le jugement formulant la demande indique que *« l'avis du ministère public et celui des parties a été sollicité le 22 juin 2017 »* et précise que « les avis », en réalité les observations, du ministère public, de la partie demanderesse et de la partie défenderesse ont été reçus respectivement les 4, 11 et 10 juillet 2017. L'ensemble des pièces est produit devant la Cour de cassation.

Dans la deuxième demande d'avis (n°B 1770012), le jugement formulant la demande indique que *« l'avis du ministère public et celui des parties a été sollicité le 22 juin 2017 »* et précise que « les avis », en réalité les observations, du ministère public, de la partie demanderesse et de la partie défenderesse ont été reçus les 4 et 11 juillet 2017. L'ensemble des pièces est produit devant la Cour de cassation.

Dans la troisième demande d'avis (n°C 1770013), le jugement formulant la demande indique, après avoir rappelé les dispositions du texte précité, que *« l'avis du ministère public et celui des parties a été sollicité le 22 juin 2017 »* et précise que « les avis », en réalité les observations, du ministère public, de la partie demanderesse et de la partie défenderesse ont été reçus les 4 et 11 juillet 2017. L'ensemble des pièces est produit devant la Cour de cassation.

Dans la quatrième demande d'avis (n°D 1770014), le jugement formulant la demande indique, après avoir rappelé les dispositions du texte précité, que *« l'avis du ministère public et celui des parties a été sollicité le 22 juin 2017 »* et précise que « les avis », en réalité les observations, du ministère public, de la partie demanderesse et de la partie

défenderesse ont été reçus les 4 et 11 juillet 2017. L'ensemble des pièces est produit devant la Cour de cassation.

Dans la cinquième demande d'avis (n°E 1770015), le jugement formulant la demande indique, après avoir rappelé les dispositions du texte précité, que « *l'avis du ministère public et celui des parties a été sollicité le 22 juin 2017* » et précise que « les avis », en réalité les observations, du ministère public, de la partie demanderesse et de la partie défenderesse ont été reçus respectivement les 4 juillet 2017, 11 juillet 2017 et 29 juin 2017. L'ensemble des pièces est produit devant la Cour de cassation.

### **2.1.2 Notification du jugement sollicitant l'avis**

Aux termes de l'article 1031-2 du code de procédure civile « *La décision sollicitant l'avis est adressée, avec les conclusions et les observations écrites éventuelles, par le secrétariat de la juridiction au greffe de la Cour de cassation. Elle est notifiée, ainsi que la date de transmission du dossier, aux parties par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le ministère public auprès de la juridiction est avisé ainsi que le premier président de la cour d'appel et le procureur général lorsque la demande d'avis n'émane pas de la cour* ».

Les décisions sollicitant l'avis ont été reçues au greffe de la Cour de cassation le 31 juillet 2017. Les décisions ont été notifiées aux parties par lettres recommandées avec demande d'avis de réception en date du 25 juillet 2017 avec l'indication de la date de transmission du dossier à la Cour de cassation. Le rapporteur a obtenu du greffe de la juridiction la production des accusés de réception qui manquaient au dossier. Les décisions ont également été adressées à la même date au procureur de la République du tribunal de grande instance de Strasbourg et au procureur général près la cour d'appel de Colmar.

Les cinq demandes d'avis paraissent ainsi recevables en la forme.

## **2.2 Recevabilité au regard des règles de fond**

L'article L. 441-1 du code de l'organisation judiciaire dispose : « *Avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges, les juridictions de l'ordre judiciaire peuvent, par une décision non susceptible de recours, solliciter l'avis de la Cour de cassation* ».

Il est acquis que la question posée émane d'une juridiction de l'ordre judiciaire, en l'occurrence le tribunal de grande instance de Strasbourg.

La demande d'avis doit porter sur une question de droit nouvelle, sérieuse et se poser dans de nombreux litiges.

## 2.2.1 Une question de droit nouvelle

### 2.2.1.1 Une question de droit

La question posée doit être dégagée des éléments de fait de l'espèce dont l'appréciation échappe au contrôle de la Cour de cassation et être de pur droit. (Cass., avis, 3 octobre 1994, n° 09-40.016, *Bull.* 1994, avis, n° 1 ; Cass., avis, 20 juin 1997, n° 09-70.006, *Bull.* 1997, avis, n° 4 ; Cass., avis, 5 décembre 2011, n° 11-00.006, *Bull.* 2011, avis, n° 8)

En l'espèce, aucune appréciation d'élément de fait n'est nécessaire pour répondre à la question posée qui conduit à s'interroger sur l'applicabilité du dispositif de maintien des droits institué par l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale en cas de liquidation judiciaire de l'employeur.

La question posée doit également être précise (Cass., avis, 29 octobre 2007, n° 07-00.014, *Bull.* 2007, avis, n° 12).

Dans le cas de l'espèce, il semble que, telle qu'elle est libellée, la question posée ne se limite pas à la seule situation des salariés licenciés postérieurement au placement en liquidation judiciaire de l'employeur mais recouvre plus largement celle de tous les anciens salariés licenciés dont l'employeur a été placé en liquidation judiciaire, quelle que soit l'époque du licenciement.

Sous cette réserve, la question posée paraît remplir la condition de précision exigée.

On observera que seuls sont visés dans la question posée les salariés ayant fait l'objet d'un licenciement alors que l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale concerne plus généralement, comme on le verra plus tard, la cessation du contrat de travail, non consécutive à une faute lourde, ouvrant droit à prise en charge par le régime d'assurance chômage.

La question posée doit enfin commander l'issue du litige (Cass., Avis, 20 octobre 2000, n° 02-00.014 et n° 02-00.015, *Bull.* 2000, avis, n° 8).

Cette condition paraît également remplie, la solution apportée à la question posée commandant l'issue des litiges opposant le liquidateur de plusieurs associations et sociétés aux organismes assureurs sur la question de l'application, en cas de liquidation judiciaire de l'employeur, des dispositions de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale au bénéfice des anciens salariés licenciés.

### 2.2.1.2 Une question nouvelle

Ainsi qu'il est mentionné dans l'ouvrage « Droit et pratique de la cassation en matière civile », « *il existe deux aspects de la nouveauté : la question est nouvelle soit parce qu'elle est suscitée par l'application d'un texte nouveau, soit parce que, suscitée par un texte ancien, elle n'a pas été tranchée par la Cour de cassation statuant sur un pourvoi (...)* ». <sup>4</sup>

La question posée n'a, à notre connaissance, jamais été tranchée par la Cour de cassation, étant observé que l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, créé par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, constitue une disposition législative très récente, entrée en vigueur à compter du 1<sup>er</sup> juin 2014 en ce qui concerne les garanties liées aux risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité (incluant les frais de santé) et à compter du 1<sup>er</sup> juin 2015 s'agissant des garanties liées au risque décès ou aux risques d'incapacité de travail ou d'invalidité. <sup>5</sup>

Il est à noter que la Cour de cassation dit n'y avoir lieu à avis lorsqu'elle est saisie d'un pourvoi portant sur la même question de droit sur lequel elle va statuer dans un délai rapproché (Cass., avis, 14 février 1997, n° 09-60.011 ; Cass., avis, 31 mai 1999, n° 99-20.008, *Bull.* 1999, avis, n° 4).

Jean Buffet relève toutefois qu'il arrive exceptionnellement que la Cour de cassation réponde, malgré des pourvois en cours, à la demande d'avis « *parce que les moyens présentés à l'appui de ces pourvois n'auraient permis à la chambre compétente que d'apporter des réponses partielles ou périphériques, alors que la demande d'avis présentait l'avantage d'apporter une réponse-cadre à portée générale* ». <sup>6</sup>

Or, il convient de relever que deux pourvois en cours concernent la mise en oeuvre du dispositif de maintien des garanties « santé » et « prévoyance » prévu par l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale en cas de liquidation judiciaire de l'employeur (pourvoi n° 16-27.332 et pourvoi n° 17-10.636).

Ces pourvois ont été transmis pour compétence à la deuxième chambre civile et un rapporteur a été désigné respectivement les 29 juin et 4 septembre 2017.

Dans ces deux affaires, la cour d'appel de Paris a dit n'y avoir lieu à référé sur les demandes tendant à voir ordonner en application de l'article L.911-8 du code de la sécurité sociale le maintien des garanties « santé » et « prévoyance » au bénéfice de salariés licenciés à la suite de la liquidation judiciaire de l'employeur.

---

<sup>4</sup> Droit et pratique de la cassation en matière civile, LexisNexis, 2012, n° 409

<sup>5</sup> Article 1, paragraphe X, de la loi du 14 juin 2013.

<sup>6</sup> La saisine pour avis devant la Cour de cassation, colloque 29 mars 2000, BICC n° 518, 15 juillet 2000



Le pourvoi n° 17-10.636 propose un moyen unique de cassation dont la première branche invoque une violation de l'article 809 du code de procédure civile, la deuxième une violation des articles L. 911-8 du code de la sécurité sociale et 809 du code de procédure civile et la troisième un manque de base légale au regard de l'article 809 du code de procédure civile.

Le pourvoi n° 16-27.332 présente un moyen unique de cassation dont la première branche invoque une violation de l'article 873, alinéa 2, du code de procédure civile, la seconde une violation de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale et la troisième, subsidiaire, un manque de base légale au regard de ce texte.

Il conviendra d'apprécier si ces pourvois qui attaquent des décisions rendues en référé permettront d'apporter une réponse normative complète à la question de droit posée.

### **2.2.2 Une question présentant une difficulté sérieuse**

La demande d'avis ne peut porter que sur des questions pour lesquelles plusieurs réponses peuvent être raisonnablement envisagées, de sorte qu'il existe un risque réel de contrariété de jurisprudence.

Tel n'est pas le cas lorsque la réponse à la question s'impose avec évidence, n'exige qu'un examen sommaire des textes en cause dont les conditions d'application ou leur combinaison ne suscitent aucune interrogation ou encore ne dépend que d'une opération de qualification qui relève de l'office du juge (Cass, avis, 11 octobre 2011, n° 11-00.005 ; Cass., avis, 3 avril 2013, n° 13-70.002, Cass., avis, 5 mai 2014, n° 14-70.003, Bull.2014, avis, n° 2).

La question posée dans les cinq demandes d'avis dont la Cour de cassation est saisie concernant l'application des dispositions de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale aux anciens salariés licenciés d'un employeur placé en liquidation judiciaire a été considérée par la doctrine la plus autorisée comme présentant une difficulté sérieuse.

Ainsi Patrick Morvan, dans son ouvrage « Droit de la protection sociale » indique : « *un point n'a pas été réglé : si l'entreprise est en liquidation judiciaire, qui finance la portabilité au profit des salariés licenciés ? Celle-ci survit-elle dès lors que l'entreprise disparaît et que le contrat d'assurance de groupe a été résilié?* »<sup>7</sup>

MM. Wissmer et de Calbiac, dans le JurisClasseur protection sociale complémentaire relèvent pour leur part qu' « aucune disposition légale ou réglementaire relative à la portabilité ne précise les conditions de mise en oeuvre du maintien des garanties en cas de liquidation judiciaire. On constate donc des analyses divergentes des juridictions du

---

<sup>7</sup> Droit de la protection sociale, Patrick Morvan, LexisNexis, 8<sup>e</sup> édition, p. 939, n° 1101

*fond. Certaines condamnent les organismes assureurs à maintenir leurs garanties aux salariés licenciés (CA Lyon, 24 janv. 2017, n° 15/06017), d'autres considèrent que cette obligation n'est pas applicable (CA Paris, 13 sept. 2016, n° 15/17810 : JurisData n° 2016-018668 . - CA Paris, 14 nov. 2016, n° 16/08749) ».*<sup>8</sup>

D'autres auteurs se font l'écho des différentes analyses auxquelles ont donné lieu la question posée.<sup>9</sup>

L'étude des décisions des cours d'appel montre qu'il existe effectivement une divergence d'appréciation sur la question du maintien des garanties santé et prévoyance au bénéfice des anciens salariés en cas de liquidation judiciaire de l'employeur.

Selon la cour d'appel de Paris, il résulte de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale spécifiant que les garanties maintenues sont celles en vigueur dans l'entreprise, de l'article 4 de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 prévoyant la remise par le gouvernement d'un rapport sur les modalités de prise en charge du maintien des couvertures santé et prévoyance pour les salariés lorsqu'une entreprise est en liquidation judiciaire, ainsi que des travaux parlementaires, que le maintien des droits prévu par l'article L. 911-8 précité ne peut recevoir application postérieurement à la liquidation judiciaire qui entraîne la cessation immédiate, sauf autorisation judiciaire de poursuite, de l'activité de l'entreprise, et ce, en l'absence d'un dispositif en assurant le financement (arrêt du 13 septembre 2016, RG n° 15/17810 ; arrêt du 9 mars 2017, RG n° 16/05124).

La cour d'appel de Lyon a adopté une solution inverse dans une série de six arrêts rendus au fond en relevant qu'il n'y avait pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas et qu'il résultait des dispositions de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale que la seule exception au principe de la « portabilité » était le cas des salariés licenciés pour faute lourde, de sorte qu'en l'absence de dispositions expresses, les salariés licenciés à l'occasion d'une procédure de liquidation judiciaire n'étaient pas exclus de son bénéfice (cour d'appel de Lyon, 24 janvier 2017, RG n° 15/06017 ; 21 février 2017, RG n° 15/06038 ; 21 mars 2017, RG n° 15/08943 ; 21 mars 2017, RG 15/07703 ; 30 mai 2017, RG n° 16/01876 ; 27 juin 2017, RG n° 16/05526).

Au vu de ces éléments, il semble que la question posée puisse être considérée comme présentant une difficulté sérieuse.

---

<sup>8</sup> JurisClasseur protection sociale complémentaire, synthèse, n° 230, n° 4

<sup>9</sup> Voir notamment : Olivier Anfray, "contrats en cours - Portabilité et liquidation judiciaire : divergences d'appréciation, Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales, n° 6, mars 2017, repère 85 ; F. Broud, H. Bourbouloux, A. De Oliveira « L'impossible mise en oeuvre du dispositif de la portabilité des garanties de mutuelle et de prévoyance dans les entreprises en liquidation judiciaire », Bulletin Joly Entreprises en difficulté, 2017, n° 02, p. 92 ; C. Bistondi, « La portabilité des droits santé et prévoyance : de quelques difficultés pratiques », Gazette du palais 2015, n° 258, p. 13.

### **2.2.3 Une question se posant dans de nombreux litiges**

Selon une étude statistique de la société Altares, le nombre des défaillances d'entreprises s'est élevé en 2015 à 63 081 dont 1533 procédures de sauvegarde, 18 370 redressements judiciaires et 43 178 liquidations judiciaires directes.<sup>10</sup>

Par ailleurs, la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a prévu la généralisation de la couverture santé dans les entreprises, par voie de négociation collective ou à défaut, et au plus tard au 1<sup>er</sup> janvier 2016, par voie de décision unilatérale de l'employeur.

M. Dominique Libault, directeur général de l'école nationale supérieure de la sécurité sociale, estime, dans le rapport qu'il a établi en septembre 2015 à la demande du gouvernement sur la solidarité et la protection sociale complémentaire collective, que 4 millions de personnes assurées en contrats individuels devraient basculer vers un contrat collectif et 400 000 personnes accéder à une complémentaire santé.<sup>11</sup>

Si le problème posé par les demandes d'avis n'a pas donné lieu à une jurisprudence quantitativement importante des cours d'appel, il est toutefois susceptible de concerner, au vu de ces éléments chiffrés, un nombre important de dossiers.

## **3 - Eléments de réponse au fond**

### **3.1 La protection sociale complémentaire des salariés : généralités**

La protection sociale complémentaire recouvre dans la pratique l'ensemble des systèmes d'assurance, individuels ou collectifs, obligatoires ou facultatifs, qui ont pour objet de couvrir les risques que supportent les personnes physiques.<sup>12</sup>

S'agissant plus particulièrement des salariés, le code de la sécurité sociale fixe désormais dans le Titre 1<sup>er</sup> du Livre IX intitulé « dispositions générales relatives à la protection sociale complémentaire des salariés », des règles communes applicables quel que soit l'organisme assureur.

---

<sup>10</sup> Étude Deloitte Altares citée par le Lamy droit commercial 2017 « statistiques » n° 2511

<sup>11</sup> Rapport sur la solidarité et la protection sociale complémentaire collective - Dominique Libault - septembre 2015 - Ladocumentationfrançaise.fr

<sup>12</sup> Lamy rémunérations complémentaires - Etude n° 501-2

Il y a lieu de rappeler à ce titre que trois types d'organismes assureurs sont habilités à réaliser des opérations d'assurance relatives à la protection sociale complémentaire des salariés :

- les entreprises d'assurance régies par le code des assurances qui peuvent revêtir notamment la forme de sociétés anonymes ou de sociétés d'assurance mutuelles,

- les mutuelles régies par le code de la mutualité, qui sont des personnes de droit privé à but non lucratif (article L. 111-1 du code de la mutualité).

- les institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale, lesquelles sont constituées soit par un accord de branche lorsque leur champ d'intervention s'étend à une branche professionnelle, soit par une convention ou un accord collectif ou encore un accord référendaire lorsque leur champ d'intervention porte sur l'entreprise, soit par la délibération concordante des entreprises adhérentes et des représentants des membres participants réunis en assemblée générale lorsque le champ d'intervention est ouvert à plusieurs branches professionnelles (article R. 931-1-3 du code de la sécurité sociale).

Lorsque les garanties de protection sociale complémentaire sont collectives, seul cas de figure qui nous intéresse, l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale, prévoit qu'à moins qu'elles ne soient instituées par des dispositions législatives ou réglementaires, elles le sont :

- par voie de conventions ou d'accords collectifs,
- à la suite de la ratification à la majorité des salariés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise (accord référendaire),
- par une décision unilatérale du chef d'entreprise constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé.

L'opération d'assurance collective peut être, soit à adhésion obligatoire lorsque les salariés sont obligés d'y adhérer, soit à adhésion facultative lorsqu'ils y adhèrent librement.

Elle implique dans tous les cas une relation juridique triangulaire entre :

- l'employeur qui souscrit un contrat d'assurance de groupe ou adhère à une mutuelle ou au règlement d'une institution de prévoyance,

- l'organisme assureur,

- les salariés assurés, désignés comme "adhérents" par le code des assurances et comme "membres participants" par le code de la mutualité et le code de la sécurité sociale.

Il convient d'observer, par ailleurs, que les dispositions du titre 1<sup>er</sup> du livre IX du code de la sécurité sociale, dans lesquelles figure le nouvel article L. 911-8, sont d'ordre public en application de l'article L. 914-1 du code de la sécurité sociale<sup>13</sup>.

Enfin, hormis ces dispositions et celles fixées par la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, qui sont communes aux sociétés d'assurance, aux mutuelles et aux institutions de prévoyance, chaque catégorie d'organisme assureur est régie par le code qui lui est propre, à savoir le code des assurances pour les sociétés d'assurance, le code de la mutualité pour les mutuelles et le code de la sécurité sociale pour les institutions de prévoyance.

### **3.2 Le maintien des garanties au bénéfice des salariés privés d'emploi : de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 à la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013**

#### **3.2.1 Les dispositions de l'article 4 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989**

En cas de cessation ou de rupture du contrat de travail, le principe est que les garanties cessent de s'appliquer<sup>14</sup>, l'ancien salarié ne pouvant plus bénéficier de la couverture de l'organisme assureur dès lors qu'il n'appartient plus au groupe des salariés assurés collectivement.

L'idée de permettre aux anciens salariés de continuer à bénéficier des garanties dont ils disposaient auparavant a trouvé sa première expression dans la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite « loi Evin ».

L'article 4 de la « loi Evin » organise ainsi, lorsque les salariés sont garantis collectivement sur la base d'un accord collectif, d'un accord référendaire ou d'une décision unilatérale de l'employeur, un maintien, sous certaines conditions, de la couverture des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident au profit :

- des anciens salariés bénéficiaires d'une rente d'incapacité ou d'invalidité,

---

<sup>13</sup> L'article L. 914-1 du code de la sécurité sociale, inclus dans le titre 1<sup>er</sup> du Livre IX, prévoit que «les dispositions du présent titre sont d'ordre public ».

<sup>14</sup> La Cour de cassation juge toutefois que « *lorsque les 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* » (2<sup>e</sup> Civ.17 avril 2008, pourvoi n° 07-12.064, Bull. 2008, II, n° 100) et « *qu'il ne peut être dérogé à ce principe par une disposition contractuelle* » (2<sup>e</sup> Civ, 5 mars 2015, pourvoi n° 13-26.892, Bull. 2015, II, n° 52). Cette jurisprudence ne porte toutefois que sur le droit au maintien des prestations acquises ou nées pendant la période où le salarié appartenait au groupe assuré et non sur le droit au maintien des garanties pour des sinistres postérieurs à la cessation du contrat de travail.

- des anciens salariés bénéficiaires d'une pension de retraite,
- des anciens salariés privés d'emploi, bénéficiaires d'un revenu de remplacement.

Le maintien de la couverture des frais de santé bénéficie, sans condition de durée, à l'ensemble des salariés précités qui en font la demande dans les six mois qui suivent la rupture de leur contrat de travail.

Il donne lieu à la souscription d'un contrat individuel dont le tarif applicable est plafonné par décret.<sup>15</sup>

La question s'est posée de savoir si les garanties maintenues pouvaient être différentes de celles prévues dans le contrat collectif.

La Cour de cassation a jugé sur ce point « *qu'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 à l'ancien salarié privé d'emploi de la couverture résultant de l'assurance de groupe souscrite par l'employeur pour la garantie des frais de santé* », censurant un arrêt qui avait fait application d'une stipulation du contrat collectif selon laquelle « la couverture des frais médicaux est maintenue sur la base du régime le plus proche de celui prévu par le contrat collectif et obligatoire » (2<sup>e</sup> Civ., 7 février 2008, pourvoi n° 06-15.006, Bull. 2008, II, n° 25).

### **3.2.2 Les dispositions de l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, modifié par l'avenant n° 3 du 18 mai 2009**

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail (étendu par arrêté du 23 juillet 2008), modifié par l'avenant n° 3 du 18 mai 2009 (étendu par arrêté du 7 octobre 2009) a prévu dans son article 14 que « *pour garantir le maintien de l'accès à certains droits liés au contrat de travail, en cas de rupture de celui-ci, non consécutive à une faute lourde, ouvrant droit à prise en charge par l'assurance chômage, un mécanisme de portabilité est, dès à présent, mis en place pour éviter une*

---

<sup>15</sup> L'article 1<sup>er</sup> du décret n° 90-769 du 30 août 1990 prévoyait initialement que « les tarifs applicables aux personnes visées par l'article 4 de la loi du 31 décembre 189 susvisée ne peuvent être supérieurs de plus de 50 p. 100 aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs » Ce texte a été modifié par un décret n° 2017-372 du 21 mars 2017. Dans sa nouvelle rédaction, il prévoit un plafonnement des tarifs évolutif : la première année, les tarifs ne peuvent être supérieurs aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs ; la seconde année, ils ne peuvent être supérieurs de plus de 25% aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs, la troisième année, ils ne peuvent être supérieurs de plus de 50 % aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs. Ces dispositions s'appliquent aux contrats souscrits ou aux adhésions intervenues à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2017 (article 2 du décret du 21 mars 2017)

*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 nouvel emploi et acquiert de nouveaux droits ».*

Dans sa rédaction issue de l'avenant du 18 mai 2009, il a permis aux anciens salariés concernés de garder « *le bénéfice des garanties des couvertures complémentaires santé et prévoyance appliquées dans leur ancienne entreprise pendant leur période de chômage et pour des durées égales à la durée de leur dernier contrat de travail, appréciée en mois entiers, dans la limite de neuf mois de couverture* », à la condition que « *les droits à couverture complémentaires aient été ouverts chez le dernier employeur* ».

Les partenaires sociaux ont prévu deux modes de financement alternatifs de ce maintien des garanties « santé » et « prévoyance » :

- un financement conjoint par l'ancien employeur et l'ancien salarié dans les proportions et dans les conditions applicables aux salariés de l'entreprise, les cotisations pouvant soit être appelées au fur et à mesure, soit être appelées en totalité par l'employeur au moment de la rupture du contrat de travail . Dans ce dernier cas, si l'ancien salarié reprend une activité avant la fin de la « portabilité », il sera procédé , à sa demande, au remboursement du trop versé,

- un financement par un système de mutualisation défini par accord collectif, ou à défaut d'accord collectif dans les autres conditions définies à l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale.

Compte tenu du mode de financement du dispositif, les partenaires sociaux sont convenus que le salarié aurait la possibilité de renoncer au maintien des garanties.

L'accord interprofessionnel du 11 juin 2008 et l'avenant n° 3 du 18 mai 2009 ayant fait l'objet d'un arrêté d'extension mais non d'un arrêté d'élargissement, ils n'ont eu d'effet obligatoire qu'à l'égard des employeurs adhérents à une organisation patronale affiliée au MEDEF, à la CGPME ou à l'UPA, signataires de ces accords, ainsi qu'aux employeurs relevant d'un secteur d'activité représenté par l'une de ces organisations.<sup>16</sup>

Certaines branches d'activité sont ainsi restées hors de leur champ d'application, notamment, les professions agricoles, les professions libérales, le secteur de l'économie sociale et celui de la presse.<sup>17</sup>

### **3.2.3 L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 et la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013**

---

<sup>16</sup> Cf not. Soc., 16 mars 2005, pourvoi n° 03-16.616, *Bull.* 2005, V, n° 97 ; Soc, 12 mars 2014, pourvoi n° 12-28.991

<sup>17</sup> Droit de la protection sociale, Patrick Morvan, LexisNexis, 8<sup>e</sup> édition, p° 936, n° 1097

L'accord 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 a prévu, entre autres dispositions, la généralisation de la couverture complémentaire des frais de santé.

Par ailleurs, en vue d'améliorer l'effectivité de la « portabilité » de la couverture santé et prévoyance, les signataires de l'accord du 11 janvier 2013 sont convenus de « *généraliser, au niveau des branches professionnelles et des entreprises, le système de mutualisation du financement des garanties de couverture de frais de santé et de prévoyance* ».

Pour atteindre cet objectif, ils ont décidé « *d'ouvrir un délai d'un an, à compter de l'entrée en vigueur du présent accord, pour permettre aux branches professionnelles et aux entreprises, de mettre en place un tel système de mutualisation du financement du maintien des garanties de couverture complémentaire de frais de santé* », ce délai étant « *porté à deux ans pour la mutualisation du financement du maintien des garanties de prévoyance* ».

La durée maximale du maintien de ces garanties est par ailleurs passée de 9 mois à 12 mois.

On relèvera que les partenaires sociaux n'ont pas envisagé le cas particulier des entreprises placées en liquidation judiciaire.

La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi a eu pour ambition affichée de transposer cet accord ainsi qu'il résulte de l'exposé des motifs dans lequel il est indiqué notamment que « *l'équilibre et les engagements des signataires de l'accord sont pleinement respectés par le présent projet* ».

Elle a en particulier généralisé le mécanisme de « portabilité » des garanties « santé » et « prévoyance » en créant l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, qui dispose :

« *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, non consécutive à une faute lourde, ouvrant droit à prise en charge par le régime d'assurance chômage, selon les conditions suivantes :*

*1° 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, 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 ;*

*2° Le bénéfice du maintien des garanties est subordonné à la condition que les droits à remboursements complémentaires aient été ouverts chez le dernier employeur ;*

*3° Les garanties maintenues au bénéfice de l'ancien salarié sont celles en vigueur dans l'entreprise ;*

*4° 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 ;*

*5° L'ancien salarié justifie auprès de son organisme assureur, à l'ouverture et au cours de la période de maintien des garanties, des conditions prévues au présent article ;*

*6° L'employeur signale le maintien de ces garanties dans le certificat de travail et informe l'organisme assureur de la cessation du contrat de travail mentionnée au premier alinéa.*

*Le présent article est applicable dans les mêmes conditions aux ayants droit du salarié qui bénéficient effectivement des garanties mentionnées au premier alinéa à la date de la cessation du contrat de travail ».*

Ce texte, dont on a vu que les dispositions étaient d'ordre public en application de l'article L. 914-1 du code de la sécurité sociale, ne dit rien des conditions de mise en oeuvre du maintien des garanties au bénéfice des anciens salariés en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise.

Le législateur a seulement prévu à l'article 4 de la loi du 14 juin 2013 la remise d'un rapport par le gouvernement sur ce sujet :

*« Le gouvernement remet au parlement, avant le 1<sup>er</sup> mai 2014, un rapport sur les modalités de prise en charge du maintien des couvertures santé et prévoyance pour les salariés lorsque l'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 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 ».*

A notre connaissance, le rapport demandé au gouvernement n'a toujours pas été déposé.

La loi du 14 juin 2013 a également modifié certaines dispositions de la loi du 31 décembre 1989, afin d'assurer une meilleure articulation des deux dispositifs de maintien des

garanties . Elle a notamment modifié l'article 4 de cette loi en prévoyant que la demande de maintien de la couverture des frais de santé et de maternité pouvait être présentée par les anciens salariés « *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* ».

### **3.3 Le dispositif de maintien des couvertures « santé » et « prévoyance » résultant de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale**

Seul sera brièvement étudié le dispositif de maintien des droits au bénéfice des anciens salariés, à l'exclusion du cas particulier des ayants droit.

#### **3.3.1 Les conditions du maintien des droits**

##### **3.3.1.1 Des garanties collectives instituées dans les conditions prévues à l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale contre certains risques**

L'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale fait référence aux « salariés garantis collectivement dans les conditions prévues à l'article L. 911-1 ».

On a vu qu'il s'agissait des garanties de protection sociale complémentaire instituées par voie de convention ou d'accords collectifs, par un accord référendaire ou par une décision unilatérale de l'employeur.

Il est à noter qu'aucune distinction n'est opérée entre les garanties collectives à adhésion obligatoire et les garanties à adhésion facultative, de sorte que l'on peut penser qu'elles sont les unes et les autres concernées par le dispositif de « portabilité » des couvertures « santé » et « prévoyance ».

##### **3.3.1.2 Une cessation du contrat de travail non consécutive à une faute lourde, ouvrant droit à l'assurance chômage**

Le bénéfice du maintien des garanties est expressément réservé aux salariés « en cas de cessation du contrat de travail, non consécutive à une faute lourde, ouvrant droit à prise en charge par le régime d'assurance chômage ».

Le contrat de travail doit d'abord avoir cessé pour une cause autre qu'une faute lourde.

On relèvera que la notion de « cessation du contrat de travail », retenue par l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale est plus large que celle de « rupture du contrat de travail » à laquelle se référait l'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008, en ce qu'elle permet d'inclure dans le dispositif de « portabilité » des couvertures « santé »

et « prévoyance » les salariés dont le contrat de travail à durée déterminé n'a pas été renouvelé.

La cessation du contrat de travail doit ensuite ouvrir droit à prise en charge par le régime d'assurance chômage.

Le régime d'assurance chômage assure un revenu de remplacement dénommé « allocation d'aide au retour à l'emploi », pendant une durée déterminée, aux salariés involontairement privés d'emploi qui remplissent certaines conditions tenant à la réalisation d'une période minimale de travail, à leur âge, à leur inscription sur la liste des demandeurs d'emploi, à leur aptitude physique à l'exercice d'un emploi.

On rappellera brièvement que sont considérés comme involontairement privés d'emploi, et donc susceptibles de bénéficier du dispositif de « portabilité » des garanties « santé » et « prévoyance », les salariés dont la cessation du contrat de travail résulte<sup>18</sup> :

- d'un licenciement (sauf pour faute lourde),
- d'une rupture conventionnelle du contrat de travail (article L. 1237-11 et suivants du code du travail),
- d'une fin de contrat de travail à durée déterminée ou de contrat de mission,
- d'une rupture anticipée d'un contrat de travail à durée déterminée ou d'un contrat de mission, à l'initiative de l'employeur,
- d'une démission considérée comme légitime,
- d'une rupture de contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées à l'article L. 1233-3 du code du travail relatif au licenciement économique.

### 3.3.1.3 Des droits ouverts chez le dernier employeur

La « portabilité » des garanties suppose que l'ancien salarié ait eu des droits ouverts chez le dernier employeur.

Même si l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale ne vise que les « droits à remboursement complémentaires », ce qui renvoie apparemment à la seule prise en charge des frais médicaux qui seule donne lieu à « remboursement », il semble que la condition relative à l'existence de « droits ouverts » concerne également les prestations incapacité, invalidité et décès.

Cette condition implique notamment, s'il s'agit d'un contrat à adhésion facultative, que l'ancien salarié y ait effectivement adhéré.

---

<sup>18</sup> Convention assurance chômage, 14 mai 2014, règlement annexé, article 2

Il faut également qu'il ait rempli les conditions d'ouverture des droits avant de quitter l'entreprise, notamment les conditions d'ancienneté éventuellement prévues.

### **3.3.2 L'objet du maintien des droits : les garanties en vigueur dans l'entreprise**

L'article L. 911-8,3° du code de la sécurité sociale précise que « *les garanties maintenues au bénéfice de l'ancien salarié sont celles en vigueur dans l'entreprise* ».

Ces dispositions ne fixent pas une condition d'éligibilité au dispositif de maintien des garanties mais en définissent l'objet.

Il semble que par la référence faite aux garanties en vigueur dans l'entreprise, la couverture dont bénéficient les anciens salariés soit strictement identique à celle des salariés « actifs » et qu'elle puisse évoluer à la hausse ou à la baisse en cas de modification des garanties applicables dans l'entreprise<sup>19</sup> mais également cesser en cas de résiliation du contrat de prévoyance collectif non suivie de la souscription d'un nouveau contrat .

En effet, contrairement au maintien de la couverture des frais de santé prévu par l'article 4 de la loi du 31 décembre 1989 qui repose sur la souscription d'un contrat individuel , la « portabilité » légale instituée par l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale n'a pas d'autre support que le contrat de prévoyance collectif applicable dans l'entreprise et paraît ainsi devoir évoluer ou disparaître avec lui.<sup>20</sup>

### **3.3.3 Le plafonnement des prestations**

L'article 911-8,4° du code de la sécurité sociale précise 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* ».

---

<sup>19</sup> En ce sens : Lamy social , n° 5425 (mise à jour mars 2017)

<sup>20</sup> A noter que l'article 5 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 permet aux salariés garantis collectivement de bénéficier sous certaines conditions d'un maintien de la couverture à titre individuel en cas de résiliation ou non renouvellement du contrat socle. Il dispose ainsi 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, sans condition de probatoire ni d'examen ou de questionnaire médicaux, au profit des salariés concernés, sous réserve qu'ils en fassent la demande avant la fin du préavis* » . La loi du 14 juin 2013 a modifié ce texte afin de préciser qu'il était « *applicable au titre des anciens salariés garantis en application de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale* ».

Selon M. Patrick Morvan «*un effet d'aubaine est ici déjoué* ».

Cet auteur relève en particulier que « *la garantie dite "de maintien de salaire" (qui peut atteindre 100% de son montant brut ou net" due en cas d'incapacité temporaire de travail est une prestation de prévoyance répandue dans le accords collectifs de branche. Sa portabilité intégrale aurait pu conduire le chômeur auquel il a été prescrit un arrêt de travail (puisqu'un inactif peut être reconnu en incapacité de travail) à percevoir des indemnités journalières d'un montant supérieur à celui de l'allocation d'assurance chômage* ». <sup>21</sup>

### **3.3.4 La durée du maintien des droits**

Le maintien des garanties prend effet à la date de la cessation du contrat de travail, ce qui permet d'éviter toute interruption de la couverture « santé » et « prévoyance ».

Sa durée, appréciée en mois, le cas échéant arrondie au nombre supérieur, est égale à la période d'indemnisation du chômage sans pouvoir dépasser :

- la durée du dernier contrat de travail ou des derniers contrats de travail lorsqu'ils sont consécutifs,
- une durée de 12 mois.

### **3.3.5 Les informations et justificatifs à fournir**

L'employeur doit informer les anciens salariés de la « portabilité » de leurs droits dans le certificat de travail.

L'ancien salarié doit justifier auprès de l'organisme assureur qu'il remplit les conditions prévues pour bénéficier de la « portabilité » des couvertures « santé » et « prévoyance », notamment qu'il continue d'être pris en charge au titre de l'assurance chômage.

## **3.4 Les anciens salariés d'un employeur en liquidation judiciaire sont-ils exclus du champ d'application de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale ?**

On a vu que l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale ne disait rien de la « portabilité » des garanties « santé » et « prévoyance » en cas de liquidation judiciaire de l'employeur, ni pour l'exclure ni pour l'inclure dans son champ d'application.

---

<sup>21</sup> Droit de la protection sociale, Patrick Morvan, 8<sup>e</sup> édition, LexisNexis, p. 940, n° 1104

Se pose ainsi un problème d'interprétation de la loi.

### 3.4.1 Méthodes et règles pratiques d'interprétation de la loi

M. Carbonnier<sup>22</sup> décrit plusieurs méthodes d'interprétation de la loi qu'il n'est pas inutile de rappeler brièvement :

- la méthode exégétique consistant à aller au-delà de la seule lecture littérale et grammaticale du texte en recherchant la volonté du législateur telle qu'elle résulte des travaux préparatoires ( exposé des motifs, rapports, débats parlementaires). En l'absence d'une volonté clairement exprimée, elle conduit à rechercher « l'esprit de la loi » et , le cas échéant, à apprécier les conséquences auxquelles chacune des interprétations en conflit conduirait en écartant celles, absurdes ou socialement nuisibles que le législateur n'a pas dû rechercher,

- la méthode téléologique, consistant à déterminer la portée de la loi au regard de deux éléments : la formulation littérale du texte et le but social poursuivi lors de son élaboration,

- la méthode historique ou évolutive selon laquelle l'interprète a le droit d'adapter librement le texte aux nécessités sociales de son époque,

- la méthode structuraliste, consistant à procéder à une analyse du texte, considéré comme un ensemble dont la structure recèle et révèle l'intention du système,

- la méthode de la libre recherche scientifique, selon laquelle, le juge doit, en cas de vide juridique, faire oeuvre de législateur et élaborer une solution, en s'aidant de toutes les données historiques, utilitaires, rationnelles, sentimentales, d'où peut naître la règle de droit.

A côté de ces méthodes d'interprétation, ce même auteur évoque plusieurs règles pratiques d'interprétation qu'il qualifie de « recettes » empiriques et traditionnelles, au nombre desquelles se trouvent notamment :

- la maxime selon laquelle il est défendu de distinguer là où la loi ne distingue pas (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). En vertu de cette maxime, l'interprète n'a pas le pouvoir de restreindre l'application d'une loi conçue en termes généraux,

---

<sup>22</sup> Droit Civil - introduction - Théorie générale du droit civil, vol. I, PUF, 2004, n° 154 à 157

- la maxime selon laquelle la loi cesse là où cessent ses motifs (*cessante ratiōe legis, cessat ejus dispositio*). Selon cette maxime, la loi ne doit pas être appliquée à des situations, qui tout en paraissant incluses dans sa lettre, se trouvent exclues de son esprit. M. Carbonnier indique que cette maxime pourrait sembler contredire la précédente mais précise qu'elle pourra se concilier avec elle, si on la limite aux hypothèses où l'opposition entre la lettre et l'esprit est manifeste, où le dépassement du but est évident.

L'ensemble de ces méthodes et règles d'interprétation qui peuvent se combiner entre elles laissent une grande liberté à l'interprète mais sont également sources d'incertitudes, une même disposition législative pouvant, suivant la technique employée, donner lieu à des interprétations divergentes.

La Cour de cassation conserve à cet égard une totale liberté de choix des techniques et méthodes d'interprétation de la loi, comme le rappelait M. Pluyette au rapport d'un arrêt rendu le 13 mars 2007, sur la question, aujourd'hui réglée par le législateur, de la validité d'un mariage consenti entre personnes de même sexe ( 1<sup>e</sup> Civ. , 13 mars 2007, pourvoi n° 05-16.627 , Bull., 2007, I, n° 113).

### 3.4.2 L' application de la maxime *Ubi Lex non distinguit ...*

Les bénéficiaires du droit au maintien des couvertures « santé » et « prévoyance » sont, comme on l'a vu précédemment, les salariés garantis collectivement dans les conditions de l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale dont la cessation du contrat de travail, non consécutive à une faute lourde, ouvre droit à prise en charge par l'assurance chômage.

Il n'est opéré aucune distinction entre les salariés des entreprises *in bonis* et les salariés dont l'employeur a fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire.

Une première approche consiste à faire application de la maxime précitée selon laquelle il est défendu de distinguer là où la loi ne distingue pas , en considérant que le dispositif de maintien des droits institué par ce texte a vocation à s'appliquer, en raison de sa généralité, à tous les salariés qui en remplissent les conditions, y compris ceux dont l'employeur a été placé en liquidation judiciaire.

C'est cette approche qu'a fait prévaloir la cour d'appel de Lyon dans les six arrêts précédemment cités.

C'est également la position exprimée par M. Patrick Morvan dans son ouvrage « Droit de la protection sociale » :

« Nous sommes d'avis, dans le silence de la loi, que la portabilité s'applique sans qu'il y ait lieu de distinguer entre les entreprises *in bonis* et les entreprises en liquidation

*judiciaire. La circonstance que le financement d'une telle garantie n'existe plus n'implique pas que cette garantie n'existe pas elle-même ».*<sup>23</sup>

L'application de cette maxime ne constitue toutefois qu'une technique d'interprétation de la loi, parmi d'autres, la Cour de cassation procédant parfois à des distinctions que la lettre du texte ne prévoit pas mais que son esprit commande ( par ex : 3<sup>e</sup> civ., 9 juillet 2008, pourvoi n° 07-10.926, *Bull.* 2008, III, n° 124 ayant jugé que les formalités prescrites par l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 ne concernent que les cautionnements conclus sous seing privé et non ceux donnés en la forme authentique et rejeté le moyen tiré de ce que ce texte n'opérait pas une telle distinction).

Il conviendra à cet égard d'apprécier si l'esprit de la loi, sa raison d'être, implique d'exclure les anciens salariés du bénéfice du maintien des garanties, ce dont on peut a priori douter, s'agissant d'une loi destinée à améliorer la protection sociale complémentaire des salariés privés involontairement d'emploi.

### **3.4.3 L'interprétation exégétique : la recherche de la volonté du législateur**

#### **3.4.3.1 Les travaux préparatoires**

La question de savoir si le mécanisme de la « portabilité » des garanties « santé » et « prévoyance » devait s'appliquer en cas de liquidation judiciaire de l'employeur a fait l'objet de discussions devant l'Assemblée Nationale et le Sénat.

L'exposé sommaire des motifs de l'amendement n° 4884 sollicitant l'établissement d'un rapport du Gouvernement sur cette question mettait en avant le fait que les dispositions de l'article 1<sup>er</sup> du projet de loi (article L. 911-8 du code de la sécurité sociale) ne prévoyaient pas le cas de l'entreprise en liquidation judiciaire.

Ses auteurs indiquaient ainsi :

*« L'article 1<sup>er</sup> 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 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).*

---

<sup>23</sup> Droit de la protection sociale, 8<sup>e</sup> édition, LexisNexis, p. 939, n° 1102



*Dans une période de contrainte 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 par 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<sup>24</sup> du code de la sécurité sociale. Afin d'assurer cette nouvelle mission, il conviendrait d'allouer au fonds de nouvelles ressources, autres que celles de la CMU ».*

En première lecture devant l'Assemblée Nationale, lors de la séance du 4 avril 2013, Mme Fanélie Carrey-Conte a soutenu l'amendement n° 4884 en ces termes :

*« Il y a un élément que les partenaires sociaux n'ont pas prévu et qui n'est pas non plus présent dans le projet de loi, mais il n'a pas échappé à notre sagacité : il s'agit de la portabilité des droits en couverture santé lorsque l'entreprise est en liquidation judiciaire.*

*Il est donc important de réfléchir aux solutions qui permettraient aux salariés concernés de conserver le nouveau droit à la portabilité des couvertures santé et prévoyances créé par le projet de loi. C'est pourquoi l'amendement propose que le gouvernement remette au parlement un rapport sur les modalités de prise en charge de cette portabilité pour que le problème ne reste pas sans solution à l'avenir ».*

Par ailleurs deux amendements n° 223 et n° 574 prévoyant que « la liquidation judiciaire de l'entreprise est sans effet sur le maintien des garanties en application de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale », ont été déposés devant le Sénat, le premier ayant été retiré et le second rejeté en première lecture lors de la séance du 19 avril 2013.<sup>25</sup>

Il semble ainsi, que dans l'esprit du législateur, les dispositions de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale n'étaient pas applicables lorsque l'employeur de l'ancien salarié est placé en liquidation judiciaire, en l'absence de financement adapté.

#### 3.4.3.2 Les dispositions de l'article 4 de la loi du 14 juin 2013 relatives à l'établissement d'un rapport par le gouvernement

---

<sup>24</sup> En réalité l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale

<sup>25</sup> Dossiers législatifs - Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi - Légifrance.gouv.fr

Selon le Conseil constitutionnel « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative » (par ex : Cons. Const., 29 juillet 2004, n° 2004-500 DC).

A cet égard, une simple demande de rapport au Gouvernement sur un sujet déterminé n'énonce aucune règle ayant une valeur normative.

On peut lire dans un rapport d'information déposé par la commission des affaires sociales sur la mise en application de la loi n° 2014-288 du 5 mars 2014, qu' « *il est de pratique courante, au cours de l'examen d'une loi d'introduire par voie d'amendement parlementaire des demandes de rapport au gouvernement* ».

Selon les députés, rédacteurs de ce rapport, ces amendements répondent à quatre types de préoccupations :

*«- le parlementaire à l'origine de l'amendement souhaite mettre la lumière sur un sujet précis. Il souhaite faire travailler les services de l'Etat sur ledit sujet afin d'évaluer la faisabilité d'une réforme ;*

*- le parlementaire aurait souhaité une disposition normative mais est contraint de demander un rapport, du fait de l'interdiction de créer une charge supplémentaire inscrite à l'article 40 de la Constitution ;*

*- le parlementaire a déposé un amendement créant une véritable norme mais l'a retiré afin d'engager un travail de fond avec le Gouvernement, dans le cadre d'un rapport à remettre au Parlement ;*

*- le parlementaire répond à une demande d'information et de suivi de l'application d'une ou plusieurs dispositions votées dans la loi en question ».*

Les dispositions de l'article 4 de la loi du 14 juin 2013 tendant à l'établissement d'un rapport sur les modalités de prise en charge du maintien des couvertures santé et prévoyance pour les salariés lorsque l'entreprise est en situation de liquidation judiciaire, paraissent ressortir de la première catégorie.

Paraissant dépourvues de portée normative, elles sont seulement de nature à éclairer l'interprète sur la volonté du législateur.

A ce titre, en ce qu'elles prévoient que le rapport demandé présentera la possibilité de faire intervenir un fonds de mutualisation «*pour prendre en charge le financement 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* »<sup>26</sup>, elles semblent témoigner de ce que dans l'esprit du législateur les dispositions de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale ne concernaient pas les entreprises placées en liquidation judiciaire.

#### 3.4.4 Les réponses ministérielles

Bien que l'interprétation de dispositions législatives donnée par le Gouvernement ne puisse s'imposer au juge qui reste maître du sens qu'il entend leur donner, les réponses ministérielles apportées aux questions posées par des parlementaires sur l'application de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale en cas de liquidation judiciaire de l'employeur, méritent d'être citées.

α question n° 1019 de M. Hillmeyer (question orale sans débat)<sup>27</sup>

*« M. Francis Hillmeyer attire l'attention de Mme la ministre des affaires sociales, de la santé et des droits des femmes sur la question de la portabilité des frais de santé des salariés du groupe RAPP et Mobilier européen licenciés à la suite de la liquidation judiciaire de leur société. Ces deux groupes ont en effet fait l'objet d'un jugement de liquidation judiciaire entraînant la suppression de 134 emplois sur un effectif de 156 pour le GIE RAPP et de 131 emplois sur un effectif de 156 pour le Mobilier européen et de 738 emplois sur un effectif de 1 900 pour la SER. Se pose à l'avenir pour les salariés victimes de licenciement, la question de la garantie de la portabilité à titre gratuit de la couverture santé et de prévoyance dont ils bénéficiaient jusqu'alors. En effet, pour assurer le maintien de leur couverture pendant leur période d'indemnisation chômage jusqu'à la fin de l'année 2015, les salariés du groupe ont été contraints de financer la part salariale et patronale de la portabilité de la couverture santé dans le cadre du PSE. Or, conformément aux dispositions de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, les salariés garantis collectivement bénéficient du maintien de cette couverture en cas de cessation du contrat de travail, non consécutif à une faute lourde, ouvrant droit à prise en charge par le régime d'assurance chômage. Alors que l'institution de prévoyance sur cette base légale s'est dite prête à rembourser les versements des salariés, l'absence de mécanisme de solidarité à travers la création d'un fonds national de solidarité rend de facto inopérant le principe de la gratuité de la portabilité en cas de cessation d'activité. Or, cette absence de mécanisme apparaît de la responsabilité du Gouvernement dans la mesure où en vertu de l'article 4 de la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, il lui appartenait de remettre 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 doit 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*

---

<sup>26</sup> Souligné par le rapporteur

<sup>27</sup> Question publiée au JO le 28 avril 2015

*en situation de liquidation judiciaire, dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale. Ainsi, non seulement l'absence de rapport est contraire à la volonté du législateur mais aussi bafoue le principe de la portabilité à titre gratuit tel qu'édicté par la loi, la vocation du PSE n'étant pas de suppléer aux défaillances de l'État. Par conséquent, il lui demande les mesures qu'elle entend prendre pour honorer les engagements du Gouvernement et permettre une traduction législative concrète du principe de la gratuité de la portabilité, qui est un droit attaché aux salariés et aboutir à un règlement de ce dossier, très attendu par les 1 000 salariés licenciés ».*

Réponse de Mme Pascale Boistard, secrétaire d'Etat chargée des droits des femmes :<sup>28</sup>

*« Vous avez rappelé, monsieur le député, la situation difficile dans laquelle se trouvent les salariés du groupe Rapp et de Mobilier européen qui ont été licenciés à la suite de la liquidation judiciaire de leur société, s'agissant en particulier de la question tout à fait essentielle de la portabilité de leur couverture complémentaire santé.*

*Je souhaite avant tout rappeler que le Gouvernement, conformément à la volonté des partenaires sociaux, a généralisé et amélioré le dispositif de portabilité de la couverture santé et de la couverture prévoyance à tous les salariés. Ainsi, l'article 1er de la loi sur la sécurisation de l'emploi prévoit que les anciens salariés bénéficient, sous certaines conditions, des mêmes garanties que les salariés en activité. La durée maximale de la portabilité a été portée à douze mois et tous les anciens salariés en bénéficient à titre gratuit.*

*Ce dispositif repose sur la couverture des salariés en activité s'agissant aussi bien du contenu des garanties que de leur financement, lequel provient des salariés en activité et de l'employeur. La disparition de l'entreprise met donc fin à ce mécanisme et ne permet pas aux anciens salariés concernés d'en bénéficier. La mise en œuvre de la portabilité en cas de défaillance des entreprises se heurte à la difficulté de financer les garanties concernées dans ce cas.*<sup>29</sup>

*Cette question avait été soulevée lors du débat parlementaire, ce qui avait conduit le législateur à demander au Gouvernement la remise d'un rapport sur ce sujet. Le Gouvernement a dû prendre en compte le nouveau cadre juridique instauré, comme vous le savez, par la décision du Conseil constitutionnel. En effet, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la loi sur la sécurisation de l'emploi, les clauses de désignation ont été censurées. Or, ces clauses permettaient d'assurer une mutualisation au niveau des branches professionnelles et elles auraient dès lors pu constituer une solution à la situation des entreprises placées en liquidation judiciaire.*

*Compte tenu des évolutions profondes que connaît actuellement la protection sociale complémentaire collective, nous avons demandé à Dominique Libault, ancien directeur de la Sécurité sociale, de mener une large concertation afin qu'il puisse formuler des propositions concrètes visant à offrir un cadre stabilisé et solidaire pour la couverture complémentaire collective des salariés et des anciens salariés. Son rapport devrait être remis au cours du mois de juin, et*

---

<sup>28</sup> Réponse publiée au JO le 6 mai 2015

<sup>29</sup> Souligné par le rapporteur

le Gouvernement en tirera toutes les conséquences, s'agissant notamment de la question de la portabilité de la couverture complémentaire des salariés licenciés suite à une liquidation judiciaire ».

▫ question écrite n° 91367 de M. Barbier, député de l'Isère<sup>30</sup>

« M. Jean-Pierre Barbier appelle l'attention de Mme la ministre du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social sur la question de la portabilité de la couverture complémentaire santé des salariés qui ont été licenciés à la suite de la liquidation judiciaire de leur société. L'article 1er de la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi prévoit que les anciens salariés bénéficient, sous certaines conditions, des mêmes garanties que les salariés en activité. Or, en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise, la portabilité ne peut s'appliquer. Pour remédier à cette situation, l'article 4 de la loi du 14 juin 2013 prévoyait que le Gouvernement remette 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. Le rapport prévoyait notamment de présenter la possibilité de faire intervenir un fonds de mutualisation. Ce rapport n'a toujours pas été publié. Par conséquent, il lui demande de bien vouloir préciser les intentions du Gouvernement sur ce sujet ».

Réponse du Ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle<sup>31</sup>

« L'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale permet d'assurer la portabilité des droits des salariés lorsqu'ils se retrouvent au chômage. Ainsi, les salariés couverts dans leur entreprise par une complémentaire santé ou un contrat de prévoyance bénéficient du maintien des droits à titre gratuit pendant un an au maximum en cas de rupture du contrat de travail. Ce dispositif de portabilité, en cas de défaillance de l'entreprise, ne peut se déployer qu'avec un niveau élevé de mutualisation. L'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale prévoit que les accords professionnels ou interprofessionnels peuvent instituer des garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité et comprenant, à ce titre, des prestations à caractère non directement contributif. Les partenaires sociaux peuvent décider que ces garanties seront gérées, de façon mutualisée, pour toutes les entreprises de la branche. Le périmètre des garanties collectives gérées de façon mutualisée pourrait couvrir, si les partenaires sociaux le souhaitent, le maintien des couvertures santé et prévoyance pour les salariés lorsqu'une entreprise est en situation de liquidation judiciaire comme le préconisait le rapport de la mission conduite par Dominique Libault sur la solidarité et la protection sociale complémentaire collective. Un projet de décret en cours d'examen au Conseil d'Etat définit les modalités de mise en œuvre de cette gestion mutualisée ».

### **3.4.5 L'appréciation des conséquences sociales et économiques des interprétations en conflit**

---

<sup>30</sup> Question publiée au JO le 1<sup>er</sup> décembre 2015

<sup>31</sup> Réponse publiée au JO le 6 décembre 2016

### 3.4.5.1 Les conséquences à l'égard des organismes assureurs : la question du financement du maintien des garanties en cas de liquidation judiciaire de l'employeur

On a vu que l'accord national interprofessionnel du 11 juin 2008, modifié, prévoyait deux modes de financement du maintien des garanties « santé » et « prévoyance » : un financement assuré conjointement par l'ancien employeur et l'ancien salarié et un financement par un système de mutualisation établi par accord collectif, ou à défaut d'accord collectif dans les autres conditions définies à l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale.

L'accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 a décidé de généraliser ce second mode de financement.

L'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, dont l'objet était de transposer ce dernier accord, ne comporte toutefois aucune référence à un financement mutualisé de la « portabilité » légale.

Il indique seulement que les anciens salariés concernés par le dispositif de maintien des garanties en bénéficient « à titre gratuit ».

Cette disposition ne signifie pas toutefois que la couverture des risques sera accordée sans contrepartie financière par les organismes assureurs mais seulement que les anciens salariés n'auront à verser aucune cotisation pendant la période de maintien des droits.

En ce sens, elle implique nécessairement un système de mutualisation dont les modalités de mise en oeuvre pourront être définies, soit par un accord collectif, soit par un accord référendaire, soit par décision unilatérale du chef d'entreprise, constatée par écrit.

Concrètement, le maintien des garanties « à titre gratuit » au bénéfice des anciens salariés sera le plus souvent financé par la fixation d'une cotisation salariale et patronale supérieure au coût réel de la couverture des risques, les actifs cotisant pour les futurs salariés bénéficiaires de la « portabilité » légale à titre gratuit.

En cas de liquidation judiciaire, ce financement est susceptible d'être remis en cause lorsque l'activité a cessé et que tous les salariés sont progressivement licenciés.

Dans son rapport sur la solidarité et la protection sociale complémentaire collective, précédemment évoqué, M. Dominique Libault s'est interrogé sur la question du financement de la « portabilité » des droits en cas de liquidation judiciaire de l'entreprise et s'est prononcé en ces termes :

*«[124] Des réflexions sont en cours pour organiser cette portabilité dans les meilleures conditions. Il est certain, en tout état de cause, qu'elle ne peut se déployer qu'avec un niveau élevé de mutualisation, compte tenu de la nature des risques encourus, à moins de confier à l'organisme assureur le soin de financer la continuité des droits en cas de*

*faillite, pendant une durée similaire à celle prévue par l'article L. 911-8, lorsque le salarié se retrouve au chômage. Je ne préconise pas de retenir cette piste en raison des surprimes qui pourraient en résulter pour les entreprises présentant des risques économiques importants. Il me paraît préférable de s'appuyer sur les fonds de solidarité idoines tels que le fonds du IV de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale,<sup>32</sup> ou les fonds ad hoc d'ores et déjà instaurés par les branches pour financer cette portabilité (cf.recommandation n°3) ».*

On observera que M. Libault n'a pas retenu l'idée, avancée par les promoteurs de l'amendement n° 4884 précité, d'un financement du maintien des garanties en cas de liquidation judiciaire de l'employeur par le Fonds de financement de la protection complémentaire de la couverture universelle du risque maladie (Fonds CMU).

Seule a été envisagée une mutualisation au niveau des branches professionnelles, notamment via le « le fonds du IV de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale ».

L'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, auquel M. Libault fait référence, est, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013, divisé en quatre paragraphes :

- le paragraphe I dispose que les accords collectifs peuvent, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, « *prévoir l'institution de garanties collectives présentant un degré élevé de solidarité et comprenant à ce titre des prestations à caractère non directement contributif, pouvant notamment prendre la forme d'une prise en charge partielle ou totale de la cotisation pour certains salariés ou anciens salariés, d'une politique de prévention ou de prestations d'action sociale* ». Dans ce cas les partenaires sociaux peuvent organiser la couverture des risques concernés en recommandant un ou plusieurs organismes assureurs. Pour rappel, ce nouveau dispositif de « recommandation » fait suite à la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013 (n° 2013-672 DC) qui a déclaré contraire à la Constitution, comme portant une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, l'ancien article L. 912-1 du code de la sécurité sociale qui permettait d'inclure dans ces accords collectifs des clauses dites de « désignation » consistant à désigner un organisme assureur unique ou un groupe d'organismes assureurs auquel les entreprises étaient tenues de s'affilier et, sous certaines conditions, des clauses dites de « migration » imposant aux entreprises déjà assurées par ailleurs de rejoindre le ou les organismes assureurs désignés.

- le paragraphe II prévoit que « *la procédure de recommandation doit être précédée d'une procédure de mise en concurrence des organismes ou institutions concernés, dans des conditions de transparence, d'impartialité et d'égalité de traitement entre les candidats suivant des modalités prévues par décret* »,

---

<sup>32</sup> Souligné par le rapporteur

- le paragraphe III impose un réexamen des modalités d'organisation de la recommandation tous les cinq ans,

- le paragraphe IV, qui nous intéresse plus particulièrement, dispose enfin, que « *les accords mentionnés au I peuvent prévoir que certaines prestations nécessitant la prise en compte d'éléments relatifs à la situation des salariés ou sans lien direct avec le contrat de travail les liant à leur employeur sont financées et gérées de façon mutualisées, selon des modalités fixées par Décret en Conseil d'Etat, pour l'ensemble des entreprises entrant dans leur champ d'application* ».

Le décret d'application visé par le paragraphe IV, relatif à la gestion mutualisée de certaines prestations n'est intervenu que le 9 février 2017 (décret n° 2017-162).<sup>33</sup>

Il a créé un nouvel article R. 912-3 du code de la sécurité sociale aux termes duquel il est prévu que :

« *Lorsqu'ils mettent en œuvre les dispositions du IV de l'article L. 912-1, les accords mentionnés au premier alinéa du I du même article :*

*1° définissent les prestations gérées de manière mutualisée qui comprennent des actions de prévention ou des prestations d'action sociale mentionnées à l'article R. 912-2 ;*

*2° déterminent les modalités de financement de ces actions. Ce financement peut prendre la forme d'un montant forfaitaire par salarié, d'un pourcentage de la prime ou de la cotisation mentionnée à l'article R. 912-1, ou d'une combinaison de ces deux éléments ;*

*3° créent un fonds finançant les prestations mentionnées au 1° et percevant les ressources mentionnées au 2° ;*

*4° précisent les modalités de fonctionnement de ce fonds, notamment les conditions de choix du gestionnaire chargé de son pilotage par la commission paritaire de branche ».*

Selon une première analyse, les prestations pouvant être gérées de façon mutualisée seraient exclusivement des actions de prévention ou des prestations d'action sociale.<sup>34</sup>

Selon une seconde analyse, défendue par M. Barthélémy, les prestations mutualisées visées par l'article R. 912-3 du code de la sécurité sociale ne se limiteraient pas à la prévention et à l'action sociale, mais pourraient concerner toutes les prestations concrétisant un objectif de solidarité, la seule exigence posée étant que parmi ces

---

<sup>33</sup> Le décret n° 2017-162 du 9 février 2017 est, selon son article 2, applicable aux accords conclus ou renouvelés à compter de sa date d'entrée en vigueur, soit le 12 février 2017

<sup>34</sup> D.O actualité n° 7, 16 février 2017, 16



prestations définies par les partenaires sociaux, certaines soient relatives à la prévention ou à l'action sociale.<sup>35</sup>

Cette dernière approche, pourrait permettre aux partenaires sociaux de mutualiser, conformément aux recommandations de M. Libault, le financement de la portabilité des couvertures « santé » et « prévoyance » en cas de liquidation judiciaire de l'employeur, via le fonds de mutualisation prévu à l'article R. 912-3 du code de la sécurité sociale pris pour l'application du IV de l'article L. 912-1 du même code.

Reste qu'en l'absence de prévision d'une telle mutualisation au sein d'une branche professionnelle déterminée, la question du financement de la « portabilité » des droits en cas de liquidation judiciaire reste entière.

On observera toutefois que ce problème de financement ne paraît pas se poser dans les mêmes termes en cas de poursuite temporaire de l'activité autorisée par le tribunal, dès lors que dans ce cas les salariés actifs continuent de financer le maintien des garanties des futurs chômeurs.

Par ailleurs, les difficultés liées au financement du maintien à titre gratuit des droits des anciens salariés semblent également pouvoir se poser en dehors de toute situation de liquidation judiciaire de l'employeur, dès lors qu'une diminution importante des effectifs, notamment dans le cadre d'un plan de sauvegarde de l'emploi, modifie de manière significative le ratio entre les salariés « actifs » et les anciens salariés bénéficiant de ce dispositif.

Il conviendra, au bénéfice de ces observations, d'apprécier si ces considérations d'ordre économique, sont, ou non, de nature à influencer sur l'appréciation du champ d'application de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale.

#### 3.4.5.2 Les conséquences à l'égard des salariés

Si l'on devait considérer que la « portabilité » légale des couvertures « santé » et « prévoyance » instituée par l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale exclut le cas des entreprises placées en liquidation judiciaire, il en résulterait une double conséquence pour les salariés :

- d'une part, les salariés dont le contrat de travail a pris fin avant le prononcé de la liquidation judiciaire et qui remplissaient les conditions pour bénéficier du maintien des garanties, perdraient leurs droits à la « portabilité »,

---

<sup>35</sup> La revue fiduciaire - Jacques Barthélémy - feuillet hebdo n° 3689 du 20 avril 2017

- d'autre part, les salariés dont le contrat de travail a cessé après l'ouverture de la liquidation judiciaire, notamment ceux licenciés par le liquidateur, ne pourraient prétendre au maintien des droits prévu par ce texte.

Envisagée comme une exclusion, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, ferait obstacle en tant que telle au maintien des garanties au bénéfice des anciens salariés, que le contrat collectif de prévoyance soit poursuivi ou résilié, que le groupe des salariés « actifs » assurés ait ou non disparu, que l'activité ait cessé ou qu'elle se soit poursuivie temporairement.

### **3.5 La liquidation judiciaire prive-t-elle d'objet le dispositif de maintien des garanties institué par l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale ?**

Si l'on devait estimer que l'article L. 911-8 du code des assurances n'exclut pas de son champ d'application les anciens salariés d'un employeur placé en liquidation judiciaire, il conviendrait alors de se demander si la liquidation judiciaire est ou non de nature à priver d'objet le dispositif de maintien des garanties.

On a vu que selon l'article L. 911-8, 3° du code de la sécurité sociale, « les garanties maintenues sont celles en vigueur dans l'entreprise ».

Trois approches de la notion de « garanties en vigueur dans l'entreprise » sont concevables.

Selon la première, les garanties sont en vigueur tant que le contrat « socle » qui les définit est lui-même en vigueur. Se pose alors la question de savoir quels sont les effets de la liquidation judiciaire sur ce contrat .

Selon la seconde, les garanties ne sont en vigueur dans l'entreprise que si elle bénéficient effectivement à des salariés actifs constituant le groupe assuré . Se pose alors la question de savoir quels sont les effets de la liquidation judiciaire sur l'existence de ce groupe.

Selon la troisième, les garanties ne sont en vigueur qu'autant que l'entreprise existe. Se pose alors la question des effets de liquidation judiciaire sur l'existence de l'entreprise.

#### **3.5.1. Liquidation judiciaire et continuation des contrats collectifs relatifs à la protection sociale complémentaire des salariés**

##### **3.5.1.1 Le régime des contrats en cours en cas de liquidation judiciaire**<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> On observera que le droit des procédures collectives est applicable dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle sous réserve des dispositions dérogatoires particulières prévues

L'article L. 141-11-1 du code de commerce, créé par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 <sup>37</sup> fixe le régime de la continuation des contrats en cours en cas de liquidation judiciaire, mettant ainsi un terme aux incertitudes et discussions doctrinales qui avaient surgi sous l'empire de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 sur la possibilité pour le liquidateur de poursuivre les contrats en l'absence d'un maintien de l'activité.<sup>38</sup>

Ce texte adapte le régime des contrats en cours aux spécificités de la liquidation judiciaire.

Il ne s'applique toutefois, ni au contrat de travail, ni au contrat de fiducie.

Il pose d'abord dans son paragraphe I le principe suivant lequel « *nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture ou du prononcé d'une liquidation judiciaire* » en précisant que « *le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture* » et que « *le défaut d'exécution de ces engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif* ».

Il s'opère ainsi selon la formule utilisée par la doctrine<sup>39</sup> une « purge » des inexécutions financières antérieures au jugement d'ouverture.

Cet article confère ensuite dans son paragraphe II au seul liquidateur la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au contractant du débiteur, étant précisé que le paiement doit alors se faire au comptant, sauf accord du cocontractant pour accorder des délais de paiement.

On observera que lorsqu'un administrateur est désigné, l'article L. 641-10 prévoit qu'il exercera au lieu et place du liquidateur les prérogatives de l'article L. 641-11-1 du code de commerce.

C'est donc suivant le cas au liquidateur ou à l'administrateur qu'il reviendra d'opter pour la continuation des contrats en cours.

---

par les articles L. 670-1 et suivants du code de commerce.

<sup>37</sup> Les dispositions de l'article L. 141-11-1 du code de commerce sont entrées en vigueur le 15 février 2009 mais ne sont pas applicables aux procédures en cours (article 173 de l'ordonnance du 16 décembre 2008).

<sup>38</sup> Droit et pratique des procédures collectives, Pierre-Michel Le Corre, 9<sup>e</sup> ed., "Daloz action", 2017/2018, n° 431-32

<sup>39</sup> Droit et pratique des procédures collectives, Pierre-Michel Le Corre, 9<sup>e</sup> ed., "Daloz action", 2017/2018, n° 431-11

L'article L. 641-11-1 du code de commerce définit ensuite dans son paragraphe III trois hypothèses dans lesquelles les contrats en cours sont résiliés de plein droit, à savoir :

1°- Après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant au liquidateur et restée plus d'un mois sans réponse, ce délai pouvant être avant son expiration soit réduit par le juge commissaire, soit prorogé pour une durée ne pouvant excéder deux mois ;

2°- A défaut de paiement dans les conditions fixées au II et d'accord du cocontractant pour poursuivre les relations contractuelles ;

La chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé à cet égard que « *la résiliation de plein droit, prévue à l'article L. 641-11-1, III, 2°, pour défaut de paiement défini au II du même article suppose que le liquidateur rait opté, expressément ou tacitement pour la continuation du contrat, sans que soit exigée la délivrance à ce dernier, par la cocontractant du débiteur, d'une mise en demeure préalable d'exercer cette option* » (Com., 8 mars 2017, pourvoi n° 15-21.397, à publier).

3°- Lorsque la prestation du débiteur porte sur le paiement d'une somme d'argent, au jour où le cocontractant est informé de la décision du liquidateur de ne pas poursuivre le contrat ;

Il s'agit d'une cause de résiliation de plein droit propre à la liquidation judiciaire.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment jugé qu'elle supposait une manifestation expresse de volonté de la part du liquidateur (Com., 17 février 2015, pourvoi n° 13-17.076, *Bull.* 2015, IV, n° 35 ).

L'article R. 641-21 du code de commerce précise que « le juge commissaire constate, sur la demande de tout intéressé, la résiliation de plein droit des contrats dans les cas prévus au III de l'article L. 641-11-1 ».

A côté de ces hypothèses de résiliation de plein droit, l'article L. 641-11-1 du code de commerce prévoit dans son paragraphe IV « *qu'à la demande du liquidateur, lorsque la prestation du débiteur ne porte pas sur le paiement d'une somme d'argent, la résiliation est prononcée par le juge-commissaire si elle est nécessaire aux opérations de liquidation et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* ».

Le régime des contrats en cours à la date de la liquidation judiciaire permet ainsi au liquidateur d'imposer à son cocontractant la poursuite des relations contractuelles en dépit des défaillances financières antérieures du débiteur.

### 3.5.1.2 L'application du régime de droit commun des contrats en cours aux contrats de prévoyance collective

La règle de la continuation des contrats en cours, ne s'applique par définition qu'aux relations contractuelles.

Elle ne peut ainsi concerner une affiliation à un régime obligatoire de sécurité sociale qui ne procède pas d'un contrat mais d'un statut légal obligatoire (Soc., 13 mars 1997, pourvoi n° 95-18.358, *Bull.*, 1997, V, n° 109 s'agissant d'une affiliation à une caisse d'assurance maladie).

La question pouvait se poser de savoir si un régime de protection sociale complémentaire des salariés à adhésion obligatoire institué par voie d'accords collectifs, d'accords référendaires ou par la décision unilatérale de l'employeur était soumis au régime des contrats en cours.

Plusieurs arguments militaient en ce sens.

En premier lieu la protection sociale complémentaire des salariés repose sur la mise en oeuvre de techniques contractuelles, à savoir :

- lorsque l'organisme assureur est une société d'assurance, par la souscription d'un contrat d'assurance de groupe, 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 des risques dépendant de la durée de la vie humaine, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque de chômage* » ,

- lorsque l'organisme assureur est une mutuelle ou une institution de prévoyance, par la signature d'un bulletin d'adhésion à un règlement ou par la conclusion d'un contrat spécifique, composé généralement de conditions générales et particulières<sup>40</sup> .

En second lieu la protection sociale complémentaire des salariés ne constitue pas un régime obligatoire de sécurité sociale .

Par un arrêt du 28 janvier 2011, la Cour de cassation a confirmé cette approche en jugeant au visa de l'article L. 621-28, alinéa 4, du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises et de l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale, que « *sous réserve de la mise en oeuvre du régime spécial de résiliation prévu par le second de ces textes, 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 de ces textes* » (Com., 28 juin 2011, pourvoi n° 09-16.646, *Bull.* 2011, IV, n° 108).

Cette solution, sauf en ce qui concerne l'application des dispositions de l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale qui sont propres aux institutions de prévoyance, est

---

<sup>40</sup> Articles L. 932-1 du code de la sécurité sociale et L. 114-1 du code de la mutualité

transposable aux relations existant entre une société d'assurance ou une mutuelle et une entreprise adhérente ou souscriptrice.

Elle paraît devoir également être maintenue sous l'empire des dispositions postérieures issues de la loi du 26 juillet 2005 puis de l'ordonnance du 18 décembre 2008 qui ont amélioré mais sans le bouleverser le régime de la continuation des contrats en cours.

### 3.5.1.3 Le régime spécial de résiliation des contrats conclus avec une institution de prévoyance

L'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale a été créé par la loi n° 94-678 du 8 août 1994.

L'alinéa premier de ce texte prévoyait dans sa rédaction initiale que :

*« 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 ».*

A l'époque de l'adoption de ce texte, des dispositions similaires s'appliquaient aux contrats conclus avec une société d'assurance, l'article L. 113-6, alinéa 1<sup>er</sup>, du code des assurances disposant que *« 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 judiciaire. La portion de prime afférente au temps pendant lequel l'assureur ne couvre plus le risque est restituée au débiteur ».*

Le législateur de 1994 paraît ainsi avoir eu l'intention de transposer aux institutions de prévoyance le régime applicable aux garanties souscrites auprès d'entreprises d'assurance, étant observé qu'aucune disposition similaire n'a jamais existé s'agissant des mutuelles.

Les dispositions du premier alinéa de l'article L. 113-6 du code des assurances ont été supprimées par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises.

Dans un rapport n° 335 du 11 mai 2005 fait au nom de la commission des lois, M. Jean-Jacques Hyest justifiait cette modification en ces termes :

*« Actuellement, l'article L. 113-6 du code des assurances définit un régime dérogatoire aux règles fixées par l'article L. 113-6 du code de commerce. Tout en affirmant le principe de la continuation automatique des contrats d'assurance en cours, il y apporte une large dérogation.*

*A l'instar du contrat de travail, du contrat de bail ou encore du contrat de vente de marchandises en cours de livraison qui font l'objet de dispositions dérogatoires du droit commun, la loi du 25 janvier 1985 a prévu des règles spécifiques aux contrats d'assurance. L'administrateur ou le débiteur autorisé par le juge-commissaire ainsi que l'assureur conservent en effet le droit de résilier le contrat dans les trois mois suivant la date du jugement d'ouverture du redressement ou de la liquidation judiciaire.*

*Ce dispositif fait l'objet de critiques de la part des praticiens. Outre qu'il accorde un avantage exorbitant aux sociétés d'assurance, il est également susceptible de compromettre la situation de l'entreprise (...) ».*

Les dispositions de l'article L. 932-10, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de la sécurité sociale n'ont pas en revanche été abrogées par la loi du 26 juillet 2005 mais, au contraire, étendues à la nouvelle procédure de sauvegarde par l'effet mécanique d'une disposition de mise en cohérence des textes législatifs et réglementaires antérieurs <sup>41</sup> posant le principe de la substitution des références à la procédure de redressement judiciaire par des références à la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire :

*« La garantie subsiste en cas de procédure de sauvegarde ou 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 sauvegarde ou 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 ».*

Une partie de la doctrine a vu dans le maintien du droit de résiliation prévu à l'article L. 932-10, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de la sécurité sociale lors de l'adoption de la loi du 26 juillet 2005 un simple « oubli » du législateur .<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Article 165 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005

<sup>42</sup> En ce sens Memento Social Francis Lefebvre, 2017, n° 19800 : « On peut s'interroger sur la raison pour laquelle la loi 2005-845 du 26 juillet 2005 n'a pas abrogé l'article L 932-10 du Code de la sécurité sociale comme elle a supprimé l'article L 113-6, alinéa 1, du Code des assurances. A notre sens, au vu des arguments figurant dans les rapports à l'Assemblée nationale et au Sénat (I-III-19860 s.), qui ne mentionnent pas l'article L 932-10 du Code de la sécurité sociale, ainsi que des débats parlementaires (qui n'ont pas évoqué ce texte, l'abrogation de l'article L 113-6 du Code des assurances n'ayant fait l'objet d'aucune discussion), il s'agit d'un oubli du législateur ».

L'ordonnance n° 2017-734 du 4 mai 2017 a finalement modifié l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale qui demeure toutefois applicable aux procédures ouvertes avant la date de son entrée en vigueur.<sup>43</sup>

Dans sa nouvelle rédaction, l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale prévoit que « *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 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* ».

Des dispositions analogues ont été insérées dans le code des assurances (article L. 145-7 du code des assurances) et dans le code de la mutualité (article L. 221-8-1 du code de la mutualité).

Sur le fond, l'ancien article L. 932-10 du code de la sécurité sociale qui institue une règle spéciale aux contrats qu'il vise, déroge au régime de droit commun des contrats en cours, en permettant aux institutions de prévoyance de résilier l'adhésion ou le contrat pendant un délai de trois mois à compter de la date du jugement de sauvegarde ou de redressement ou de liquidation judiciaires.

C'est ce qu'à retenu la chambre commerciale dans l'arrêt précité du 22 juin 2011 en jugeant que le régime général des contrats en cours était applicable aux relations entre une institution de prévoyance et une entreprise adhérente sous réserve de la mise en oeuvre du régime spécial de résiliation prévu par l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale.

C'est dans le même sens que la Cour de cassation s'était prononcée, s'agissant des dispositions analogues de l'ancien article L. 113-6 du code des assurances.

Dans un arrêt du 1<sup>er</sup> avril 2003, la première chambre civile a en effet jugé au visa des articles L. 113-6 du code des assurances et 37 de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, devenu L. 621-28 du code de commerce « *que selon le premier de ces textes, dérogeant au second, si l'assurance subsiste en cas de redressement ou de liquidation judiciaire, l'assureur conserve le droit de résilier le contrat pendant un délai de trois mois à compter de la date du jugement de redressement ou de liquidation judiciaire* » (1<sup>ère</sup> Civ., 1<sup>er</sup> avril 2003, pourvoi n° 99-21.362, *Bull.*, 2003, I, n° 90).

---

<sup>43</sup> En l'absence de dispositions transitoires, le nouvel article L. 932-10 du code de la sécurité sociale n'est applicable qu'aux procédures collectives ouvertes après la date de son entrée en vigueur, le 6 mai 2017.



Les dispositions de l'article L. 932-10 du code de la sécurité sociale dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 4 mai 2017 paraissent ainsi de nature à faire échec au maintien des couvertures « santé » et « prévoyance » au bénéfice des anciens salariés non seulement en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire mais également en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

### **3.5.2 Liquidation judiciaire et disparition du groupe assuré constitué des salariés "actifs"**

La nature juridique de l'assurance collective a été discutée par la doctrine.

Schématiquement, deux thèses se sont d'abord affrontées. Selon la première, un lien contractuel unique lie l'organisme assureur au souscripteur d'une assurance collective, les adhérents tenant leur droit d'une stipulation pour autrui consentie en leur faveur. Selon la seconde, deux liens contractuels se superposent, celui résultant du contrat « cadre » liant l'organisme assureur au souscripteur, auquel s'ajouterait un lien contractuel direct liant l'organisme assureur à chaque adhérent.

Selon une troisième analyse postérieure, il conviendrait de distinguer entre les assurances collectives à adhésion obligatoire et les assurances collectives à adhésion facultative.

Selon M. Bigot, « *dans les premières, qui se rencontrent dans les régimes de prévoyance collective obligatoires, l'assureur n'accepte pas individuellement les adhésions. Il assure en bloc l'ensemble du groupe considéré, ou refuse de le faire. Il n'y a pas de contrat entre l'assureur et les adhérents qui tiennent leurs droits de la stipulation pour autrui consentie en leur faveur par leur employeur souscripteur de l'assurance collective - stipulant - et l'assureur - promettant. Dans les secondes, qui caractérisent les contrats emprunteurs (sur lesquels J. Kullmann in *Traité*, tome IV, n° 938 et s.), au contrat collectif conclu entre l'établissement de crédit et l'assureur se superposent des « liens contractuels directs » entre l'assureur et l'adhérent, caractérisés d'une part par la demande d'adhésion de l'adhérent, d'autre part par l'acceptation de l'assureur qui l'agrée mais peut la refuser (L. Mayaux, *Traité*, tome IV, n° 831) ».<sup>44</sup>*

Au delà de son intérêt théorique l'analyse des liens juridiques existant entre l'organisme assureur et l'adhérent ou le membre participant à une opération de prévoyance collective est susceptible d'influer sur la notion de « garanties en vigueur dans l'entreprise » au sens de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale.

Si l'on admet qu'un lien contractuel existe entre chaque adhérent ou membre participant et l'organisme assureur, on pourrait considérer que, pour que des garanties soient encore

---

<sup>44</sup> Revue générale du droit des assurances, Jean Bigot, 1<sup>er</sup> juillet 2017, n° 2008-3, page 708

en vigueur dans l'entreprise, il faut qu'un ou plusieurs salariés « actifs » en bénéficient, cette condition n'étant plus remplie en cas de licenciement de tous les salariés composant le groupe assuré mais étant à l'inverse satisfaite en cas de poursuite temporaire d'activité autorisée par le tribunal.

A l'inverse, en l'absence d'un tel lien, les garanties seraient en vigueur tant que le contrat liant l'organisme assureur à l'entreprise adhérente n'a pas été résilié.

On peut relever qu'en matière d'assurance emprunteur, la Cour de cassation a jugé que « *l'adhésion au contrat d'assurance de groupe, bien que conséquence d'une stipulation pour autrui, n'en crée pas moins entre l'adhérent et l'assureur, qui l'agrée, un lien contractuel direct, de nature synallagmatique* » (1<sup>ère</sup> Civ., 22 mai 2008, pourvoi n° 05-21.822, *Bull.* 2008, I, n° 145 et dans le même sens : Com., 13 avril 2010, pourvoi n° 09-13.712, *Bull.* 2010, IV, n° 76).

Mais cette solution est-elle transposable aux contrats de prévoyance collectifs? Faut-il distinguer entre les contrats à adhésion obligatoire et ceux à adhésion facultative ?

### **3-5-3 Liquidation judiciaire et « disparition » de l'entreprise**

L'entreprise ne fait l'objet d'aucune définition légale ou réglementaire bien qu'il y soit fait référence tant dans le code de commerce que dans le code du travail.

Sous un angle relevant davantage du droit social, elle est définie dans le « vocabulaire juridique » de M. Gérard Cornu<sup>45</sup> comme la « *réunion, sous l'autorité de l'employeur ou de ses préposés, de travailleurs salariés poursuivant une activité commune, cadre dans lequel le droit du travail contemporain a organisé la collectivité du personnel et aménagé ses rapports avec le chef d'entreprise* ».

Sous un angle commercial, elle est définie par les auteurs du « Lexique des termes juridiques »<sup>46</sup> comme étant une « *unité économique qui implique la mise en oeuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution des richesses reposant sur une organisation préétablie* ».

Selon l'article L. 640-1 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises « *la procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens.* »

---

<sup>45</sup> Vocabulaire Juridique, Gérard Cornu, PUF, 8<sup>e</sup> édition, p. 364

<sup>46</sup> Lexique des termes juridiques 2014-2015, Dalloz

Comme le relève M. Le Corre dans son ouvrage « Droit et pratique des procédures collectives », « *l'arrêt d'activité est la solution de principe de la liquidation judiciaire . Il entraîne obligation pour le liquidateur de procéder aux licenciements dans les conditions des articles L. 321-8 et L. 321-9 du code de travail (C.com, art. L. 641-4, al. 6, dans sa rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005, al. 4 dans la rédaction de l'ordonnance du 18 décembre 2008)* ». <sup>47</sup>

Mais une poursuite temporaire de l'activité est possible.

L'article L. 641-10, alinéa 1<sup>er</sup>, du code de commerce prévoit ainsi que « *si la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, ou si l'intérêt public ou de celui des créanciers l'exige, le maintien de l'activité peut être autorisé par le tribunal pour une durée maximale fixée par décret en Conseil d'Etat.* ».

M. Le Corre estime que l'intérêt public auquel ce texte fait référence peut résulter de « *la volonté d'éviter des licenciements immédiats, alors que peut être espérée une cession de l'unité de production qui permettra, in fine, la conservation d'un certain nombre de salariés* ». <sup>48</sup>

Il faut encore réserver le cas où la procédure de liquidation judiciaire concerne une association et qu'elle est clôturée pour extinction du passif.

La Cour de cassation a en effet jugé au visa de l'article 1844-7,7° du code civil « *qu'une association ne prend pas fin par l'effet du jugement ordonnant sa liquidation judiciaire et qu'après la décision de clôture de cette procédure pour extinction du passif, elle redevient maîtresse de ses biens* » (Com., 19 octobre 2010, pourvoi n° 09-14.971).

La solution s'explique par le fait que les dispositions de l'article 1844-7,7° du code civil qui prévoyaient dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 que la société prend fin par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire ne sont pas, selon une jurisprudence constante<sup>49</sup>, applicables à une association, laquelle se retrouve rétablie dans ses droits après la clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif et peut ainsi poursuivre l'activité constituant son objet social.

L'article 1844-7,7° du code civil, disposant dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 que « *la société prend fin (...) 7° par l'effet d'un jugement ordonnant la*

---

<sup>47</sup> Droit et pratiques des procédures collectives, Pierre Michel Le Corre, Dalloz action 2017/2018, n° 554.1

<sup>48</sup> Droit et pratiques des procédures collectives, Pierre Michel Le Corre, Dalloz action 2017/2018, n° 554.21

<sup>49</sup> Com., 8 juillet 2003, pourvoi n° 01-02.050, *Bull.*, 2003, IV, n° 126 ; Com., 14 décembre 2004, pourvoi n° 02-16.094 et 02-11.024

*clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif »*, la même solution pourrait s'appliquer aux sociétés placées en liquidation judiciaire lorsque la procédure est clôturée pour extinction du passif.

L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire n'entraîne pas ainsi nécessairement la disparition de l'entreprise.

\*\*\*\*\*

C'est au regard de l'ensemble de ces éléments qu'il sera répondu aux présentes demandes d'avis.