

PORTABILITÉ. Le maintien d'une protection sociale complémentaire au profit des anciens salariés reste, dix ans après sa mise en place, une quête d'équilibre financier entre les droits et devoirs des parties au contrat d'assurance. La Cour de cassation a l'occasion, dans cet arrêt du 15 février 2024, de préciser le devenir des droits à un tel maintien au cas particulier d'anciens salariés licenciés pour motif économique par une entreprise liquidée.

Obligations de l'assureur en matière de portabilité : les effets d'une loi inéquitable ?

Charlotte Bertrand, Avocate, astella avocats

Depuis sa consécration légale en 2013 et la création de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, la portabilité (ou maintien gratuit) des garanties de prévoyance et de frais de santé des anciens salariés au chômage comporte plusieurs zones d'ombre. Quel débiteur : l'employeur ou l'organisme assureur mettant en œuvre la couverture ? Quels bénéficiaires, notamment le sort des ayants droit ? Quel mode de financement : intégré aux cotisations périodiques versées au fil de l'eau, sous forme d'une prime unique déclenchée en cas de procédure collective, par des provisions préconstituées chez l'organisme assureur ?

L'une de ces incertitudes a pris le devant de la scène judiciaire ces dernières années, associée à un environnement économique dégradé des entreprises post-Covid : *quid* du droit à portabilité d'anciens salariés licenciés par une entreprise placée en liquidation judiciaire ?

Dans un arrêt du 15 février 2024 (*Cass. 2^e civ., 15 févr. 2024, n° 22-16.132 F-B*), la Cour de cassation y apporte une réponse sans équivoque. Cette dernière précision jurisprudentielle ainsi apportée nous donne l'occasion de faire un bilan sur les contours de l'obligation de portabilité.

LA RÉSILIATION DU CONTRAT D'ASSURANCE MET UN TERME À L'OBLIGATION DE PORTABILITÉ

Dans cette affaire, un organisme assureur avait résilié à l'échéance annuelle, en l'espèce le 31 décembre 2019, le contrat de frais de santé sous-

crit par une entreprise mise en liquidation judiciaire dont l'ensemble des salariés avait été licencié avec des fins de préavis échelonnées entre avril et août 2019. Lors de la réception du courrier de résiliation, qui précisait que les anciens salariés ne bénéficieraient plus du maintien de leur couverture santé à compter du 1^{er} janvier 2020, le liquidateur judiciaire a fait souscrire et financer une couverture individuelle aux salariés concernés et a attaqué en parallèle l'organisme assureur pour violation de ses prétendues obligations légales issues de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale.

Le liquidateur obtient gain de cause devant le tribunal de commerce puis la Cour d'appel de Paris, comme cela est fréquemment le cas. Mais la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel et rend une décision fondée sur une application stricte de l'article L. 911-8 précité au terme d'un raisonnement implacable.

Premièrement, les garanties à maintenir « sont celles en vigueur dans l'entreprise, [ce qui] implique que le contrat [...] liant l'employeur à l'organisme assureur ne soit pas résilié ». Deuxièmement, « cette résiliation [...] met un terme au maintien des garanties au bénéfice des anciens salariés ». En conclusion, « par l'effet de la résiliation du contrat par l'assureur, aucune garantie n'était plus en vigueur dans l'entreprise, ce qui empêchait le maintien des garanties antérieures ».

Le débat est désormais tranché : ni le droit commercial, préservant les intérêts des entreprises en difficulté et

notamment la poursuite des contrats en cours, ni le droit du travail, offrant des maintiens de garanties aux anciens salariés au chômage, ne font échec à la mise en œuvre de la faculté légale d'ordre public de résilier un contrat d'assurance à son échéance annuelle, sans motif ni justification particulière (*C. assur., art. L. 113-12 ; CSS, art. L. 932-12 et C. mut., art. L. 221-10*). Et une fois cette résiliation valablement intervenue, l'organisme assureur est délié de toute obligation de couverture ultérieure.

Cette solution, tant commentée et discutée, n'est-elle pas simplement la résultante d'une application littérale et rigoureuse du texte de loi ? Les magistrats auraient-ils pu en décider autrement sans violer la règle de droit ?

UNE SOLUTION HABITUELLE EN DEHORS DU CONTEXTE DE LIQUIDATION JUDICIAIRE...

Comme l'a rappelé à juste titre la Cour de cassation, l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale précise, en son 3^e, que « les garanties maintenues au bénéfice de l'ancien salarié sont celles en vigueur dans l'entreprise ». Ainsi, le mécanisme de portabilité fait survivre artificiellement le lien contractuel au-delà de la cessation du contrat de travail et consiste à neutraliser temporairement les effets de la sortie des effectifs sur le bénéfice des couvertures de prévoyance et de frais de santé qui continuent à s'appliquer « comme si de rien n'était ». L'ancien salarié continue à être traité ●●●

●●● comme un salarié actif pendant une durée maximale de 12 mois (sous réserve de respecter certaines conditions légalement énumérées comme principalement le droit à une prise en charge par l'assurance chômage). Dès lors, il bénéficie bien des mêmes garanties que celles en vigueur chez son ancien employeur dans les mêmes conditions que s'il en était encore salarié.

Cette interprétation de la nature des garanties à maintenir pendant la portabilité n'a d'ailleurs jamais été débattue depuis l'origine. Il est admis que lorsqu'un employeur *in boni* décide de changer d'organisme assureur au titre de ses couvertures de prévoyance et/ou de frais de santé, il emporte avec lui chez le nouvel assureur les anciens salariés en portabilité jusqu'au terme de leur maintien, peu important le fait qu'ils ne soient plus aux effectifs de l'entreprise souscriptrice. Pour ce faire, il est devenu systématique pour les assureurs de solliciter, lors de la souscription d'un contrat, non seulement la liste des salariés en activité mais également celle des anciens salariés portés (accompagnée de l'échéance maximale de leur maintien).

Cette manière de procéder est d'autant plus pertinente qu'elle est la seule à permettre, en pratique, le respect des deux exigences légales que sont d'une part, le bénéfice des garanties en vigueur dans l'entreprise et d'autre part, la gratuité du financement pour les anciens salariés. En effet, pour ce qui est des garanties en vigueur, elles ne peuvent être mieux assurées que par le contrat d'assurance en cours d'application au profit des salariés de l'entreprise. Quant à la gratuité, dès lors que l'ancien salarié doit être exonéré de toute contrepartie financière, sa couverture doit nécessairement soit avoir été préfinancée au titre du contrat résilié, soit être financée par les cotisations des actifs acquittées au titre du contrat en vigueur, seul à être alimenté par des flux financiers réguliers.

... D'AUTANT PLUS JUSTIFIÉE PAR LA DISPARITION DE L'EMPLOYEUR DÉBITEUR DE L'OBLIGATION

Si ce schéma habituel semble logique lorsqu'un contrat d'assurance est résilié au profit d'un autre qui lui succède immédiatement, l'évidence s'estompe

lorsque la résiliation du contrat ne peut être suivie d'une nouvelle souscription pour cause de liquidation judiciaire de l'employeur.

Pour autant, la Cour de cassation transpose et applique le même principe dans cette situation, rappelant ainsi implicitement que les magistrats ne sont pas habilités à aménager, voire contourner, l'application d'une règle de droit claire au gré des situations factuelles rencontrées, au motif que la solution qui en résulterait serait contraire à l'idée que l'on se fait de la justice sociale ou de l'équité.

En effet, il ne s'agit pas de la première obligation légale qui disparaît avec l'insolvabilité ou la disparition de son débiteur. C'est même là le principe. Or, le droit à la portabilité n'est pas un droit fondamental et absolu des salariés susceptible d'être invoqué à l'encontre de tous. C'est une obligation de droit du travail qui incombe à un employeur vis-à-vis de ses anciens salariés, à laquelle n'est pas directement tenu l'organisme assureur qui vient uniquement garantir « par ricochet » l'engagement patronal... sous réserve donc qu'il existe (ledit engagement, et partant, l'employeur).

L'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, créé par la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013, est la reprise par le législateur d'un dispositif initialement institué par les partenaires sociaux dans un accord national interprofessionnel (*ANI, 11 janv. 2008, art. 14*) et ayant vocation à mettre à la charge des employeurs une obligation nouvelle postérieurement à la rupture du contrat de travail de ses salariés : le maintien temporaire des couvertures de prévoyance et de frais de santé. Il fait donc indéniablement partie des normes de droit du travail qui régissent les droits et obligations réciproques entre les parties au contrat de travail : l'employeur et son salarié, à l'exclusion des tiers comme l'organisme assureur.

UNE CHARGE ÉCONOMIQUE DISPROPORTIONNÉE POUR L'ASSUREUR ?

Si le concours d'un organisme assureur garantissant lesdits régimes de prévoyance et de frais de santé est indispensable, cela ne le rend pas pour autant directement débiteur de cette obligation à l'égard des salariés.

Bien au contraire, il n'est dès lors tenu que dans les limites et sous les conditions qui sont librement fixées dans les stipulations contractuelles souscrites, et notamment, sous réserve du coût convenu entre les parties. C'est pourquoi il est nécessaire d'en organiser contractuellement la tarification et les modalités de financement au sein des cotisations des actifs.

Pendant, un tel paiement au fil de l'eau ne permet pas de poursuivre le maintien si le paiement des primes d'assurance s'interrompt, quelle qu'en soit la cause, voire lorsque le nombre d'anciens salariés en portabilité excède celui des salariés en activité contribuant à l'alimentation du contrat. Une solution fréquente consiste alors également à subordonner contractuellement le maintien au règlement ponctuel d'une surprime lors de la survenance de licenciements en nombre. Dans tous les cas, ces financements exigibles par l'effet du contrat cessent si le contrat qui les fonde est résilié, et le maintien de garanties perd sa contrepartie financière.

L'ASSUREUR TENU PAR D'AUTRES OBLIGATIONS DE MAINTIEN « GRATUIT »

On ne peut s'empêcher d'opposer ce mécanisme à celui des obligations de maintien légales d'ordre public incombant expressément aux organismes assureurs en vertu de la loi Évin n° 89-1009 du 31 décembre 1989, et en particulier de son article 7.

En l'espèce, contrairement au schéma ci-dessus, l'assureur résilié est légalement tenu par une obligation de maintien du bénéfice des prestations immédiates et différées postérieurement à la résiliation de son contrat d'assurance, et ce, malgré la cessation de toute perception de cotisations. L'existence de cette obligation à son encontre implique l'obligation corrélatrice de provisionner ce risque pendant la durée de vie du contrat, pour garantir l'effectivité du maintien post-résiliation. Dans cette hypothèse, disposant des fonds suffisants pour assurer le versement des prestations maintenues, les organismes assureurs ne peuvent naturellement se libérer par la résiliation du contrat qui constitue précisément le fait générateur de leur engagement.

Les deux systèmes sont donc inversés : le maintien loi Évin incombe à l'organisme assureur qui intervient dans ce cadre dès la résiliation de son contrat et en assure le financement par la constitution préalable des provisions y afférentes ; la portabilité incombe à l'employeur et l'assureur voit ses obligations à ce titre, exclusivement contractuelles, disparaître par la résiliation de son contrat, notamment en raison de la cessation corrélative de toute contrepartie financière.

Il est donc impératif de résoudre la question centrale du financement de la portabilité lorsque l'entreprise ne peut plus en supporter la charge.

QUELLES SOLUTIONS POUR PROLONGER LES DROITS DES SALARIÉS LICENCIÉS DES ENTREPRISES LIQUIDÉES ?

La décision rendue le 15 février 2024 par la Cour de cassation vient à nou-

veau nourrir le débat soulevé dès 2013 par le législateur sur l'identification de solutions de financement spécifiques et adaptées. À la lumière du rapport dit « Libault » de septembre 2015 et de la proposition de loi qui a suivi, plusieurs alternatives ont été évoquées, à ce jour sans grand succès :

- soit, le financement *via* un fonds de mutualisation alimenté par une taxe additionnelle à la taxe sur les conventions d'assurance et géré par un établissement public ;

- soit, la création d'une obligation faite aux branches de négocier la mise en place à leur niveau d'un fonds de mutualisation dans le cadre du IV de l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale.

D'autres mécanismes pourraient également être envisagés comme, par exemple, de faire intervenir les AGS pour prendre en charge la part patronale des cotisations, le cas échéant avec une obligation corrélative pour l'an-

cienn salarié de régler la part salariale. Certes, la gratuité à ce jour instituée serait remise en cause mais cela est sans doute un moindre mal par rapport à une cessation pure et simple de toute couverture collective, principalement en prévoyance. En effet, en matière de frais de santé, les anciens salariés au chômage peuvent déjà bénéficier d'un maintien de leur couverture à l'identique en vertu de l'article 4 de loi Évin précitée, mais uniquement sous réserve de s'acquitter de l'intégralité de la cotisation y afférente (part patronale comprise).

Quoi qu'il en soit, chaque solution peut être débattue et comporte des écueils mais il est essentiel que le législateur se mobilise pour trancher cette problématique de quelque sorte que ce soit, sauf à admettre et accepter que les anciens salariés au chômage les moins bien protégés soient ceux qui ont fait l'objet d'un licenciement collectif pour motif économique à la suite de la liquidation judiciaire de leur employeur. ■

EXTRAIT DE L'ARRÊT

Vu l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale :

7. Ce texte, créé par la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, permet aux salariés garantis collectivement dans les conditions prévues à l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale contre les risques 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, de bénéficier 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 l'assurance chômage, selon les conditions qu'il détermine.

8. Ces dispositions d'ordre public sont applicables aux anciens salariés licenciés d'un employeur placé en liquidation judiciaire qui remplissent les conditions fixées par ce texte.

9. Toutefois, le maintien des garanties, qui selon le 3° du texte susvisé, sont celles en vigueur dans l'entreprise, implique que le contrat ou l'adhésion liant l'employeur à l'organisme assureur ne soit pas résilié.

10. Cette résiliation, peu important qu'elle intervienne après le licenciement des salariés concernés, met un terme au maintien des garanties au bénéfice des anciens salariés.

11. Pour condamner l'assureur à maintenir les garanties prévues par le contrat d'assurance collective complémentaire santé et à payer certaines sommes au liquidateur, l'arrêt rappelle d'abord que les dispositions d'ordre public de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale ne distinguent pas, pour le bénéfice de la portabilité à titre gratuit, entre les salariés d'entreprises in bonis et ceux des employeurs en liquidation judiciaire.

12. Il ajoute que la référence aux garanties en vigueur dans l'entreprise doit s'entendre comme désignant les garanties applicables, et donc en vigueur, au jour de l'ouverture de la procédure collective, laquelle ne fait pas disparaître l'entreprise, qui ne prend fin que par l'effet du jugement ordonnant la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif.

13. Il affirme ensuite que si la résiliation du contrat, en application de l'article L. 113-2 du code des assurances, est possible, c'est pour autant que, dans une interprétation combinée de cet article et de l'article L. 911-8 du Code de la sécurité sociale, elle n'affecte pas les garanties en vigueur, au jour du licenciement des anciens salariés.

14. En statuant ainsi, alors que, par l'effet de la résiliation du contrat par l'assureur, aucune garantie n'était plus en vigueur dans l'entreprise, ce qui empêchait le maintien des garanties antérieures, la cour d'appel a violé le texte susvisé.

► Cass. 2^e civ., 15 févr. 2024, n° 22-16.132 F-B