



MÉDIATION
DE LA PROTECTION
SOCIALE (CTIP)

RAPPORT ANNUEL D'ACTIVITÉ DU MÉDIATEUR **2023-2024**





MÉDIATION
DE LA PROTECTION
SOCIALE (CTIP)

RAPPORT
ANNUEL
D'ACTIVITÉ DU
MÉDIATEUR
2023-2024

ANNÉES 2023-2024 : LA MÉDIATION, UNE DEMANDE TOUJOURS TRÈS FORTE

L'exercice 2022-2023 avait déjà été marqué par de profondes transformations :

- Mise en œuvre de la politique de l'amiable ;
- Entrée en vigueur de la recommandation 2022-R-01 du 9 mai 2022 de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), ayant eu pour effet d'étendre la recevabilité des saisines du Médiateur.

En considération de ces deux données, l'exercice 2023-2024 se caractérise par une double réussite :

- Les médiations, celle de la protection sociale (CTIP) parmi les autres, sont entrées dans les mœurs et sont la meilleure illustration de cette politique de l'amiable ; en témoignent l'augmentation constante du nombre de saisines et un taux d'acceptation des avis qui se maintient au-delà des 90 % ;
- La recommandation de l'ACPR a été intégrée en pratique, les services réclamations des institutions se sont adaptés, le service de la médiation également, au prix de gros efforts.

Il faut insister sur ce point, les médiations dites de la consommation constituent à ce jour le mode le plus performant de règlement amiable des différends. Elles traitent de manière qualitative et gratuite plus de 180 000 dossiers par an. Elles participent de fait d'une mission de service public et elles complètent en même temps qu'elles allègent la tâche des juridictions de l'ordre judiciaire.

Les médiations confirment ainsi par la forte augmentation du nombre de saisines, leur rôle essentiel dans la résolution des litiges. Cette reconnaissance suppose néanmoins pour elles de faire face à de nouveaux défis afin de continuer à répondre au mieux aux attentes des assurés comme des institutions. Et, dans ce contexte, le Médiateur de la protection sociale (CTIP) tient à rappeler toute l'importance qu'il attache à l'exigence qualitative dans la motivation des solutions proposées.

SOMMAIRE

1. OBSERVATIONS LIMINAIRES

- 10 Protection sociale complémentaire : 13 ans de médiation
- 10 Le particularisme du secteur de la prévoyance
- 11 La continuité des missions
- 11 Du bon usage du rapport
- 12 La modernisation du processus de saisine

2. DONNÉES QUANTITATIVES 2010-2024

- 14 Évolution sur les années 2010-2024
- 15 Données quantitatives de l'exercice 2023
- 18 Données sur l'année 2024

3. LA PROCÉDURE DE MÉDIATION

- 20 Le déroulement de la procédure
- 22 Les variantes procédurales
- 22 Les problèmes de preuve
- 23 La « doctrine du médiateur »
- 23 La protection des données personnelles
- 24 Observations conclusives

4. DEMANDES DE MÉDIATION 2010-2023

Prévoyance collective

Nature des prestations

Logique indemnitaire et principe forfaitaire
Incidence sur l'imputation de la CSG et de la CRDS

Invalidité et incapacité

Fait générateur
Notion de « salaire de référence »
Temps partiel ou suspension du contrat de travail
Salarié invalide ayant des revenus d'activité
Invalidité et incapacité permanente professionnelle
Pluriactivité
Invalidité et retraite
Invalidité et détachement
Retard de paiement

Capital décès

Notion d'accident
Confidentialité de la désignation
Identification du bénéficiaire
Décès du bénéficiaire avant acceptation
Incidence d'une séparation

Rente éducation

Indemnité de fin de carrière

Contrats obsèques

Expertises internes (contrôle médical)

Fausse déclaration

Articles 2 et 7 de la loi Évin

États pathologiques antérieurs
Droit aux prestations différées
Articulation entre les articles 2 et 7 de la loi Évin

Retraite supplémentaire

Dette querable
Rente ou capital ?
Information
Rachat anticipé
Transfert

RAPPORT ANNUEL D'ACTIVITÉ DU MÉDIATEUR 2023-2024

67	Frais de santé	96	Informations orales
67	100 % santé	96	Décisions de gestion
68	Clauses abusives	97	Procédure de résiliation
68	Dispenses d'affiliation		
70	Soins transfrontaliers		
71	Remboursements plafonnés		
71	Estimations de remboursement (devis)		
72	Dépassements d'honoraires	100	Le devenir des recommandations
75	Optique	100	Présentation récapitulative des recommandations
78	Dentaire		Traitement des réclamations au sein des institutions de prévoyance
78	Kinésithérapie		Garanties obsèques et garanties accident
79	Médecines alternatives		Recommandation à l'usage des demandeurs
80	Maintien des garanties		Le salaire de référence
80	Portabilité des garanties collectives		La CSG et la CRDS
	Durée et étendue de la portabilité		La rente éducation
	Cessation du contrat de travail		Les frais de santé
	Mensualisation et franchise		Les notices d'information
	Portabilité et adhésion individuelle		Les informations <i>ad hoc</i>
	Portabilité, résiliation du contrat collectif, liquidation		Les informations orales
84	Maintien des garanties frais de santé (article 4 de la loi Évin)		
85	Questions générales	5.	RECOMMANDATIONS
85	Intégrité des garanties		
86	Notices d'information		
	Absence de remise		
	Cas des salariés bénéficiant du maintien des garanties		
	Inexactitudes ou ambiguïtés de la notice		
	Devoir de conseil		
88	Répétition de l'indu		
	Paiement indu et décision erronée		
	Indu et requalification des prestations		
	Étendue de l'indu		
	Prescription et preuve de l'indu		
	Répétition de l'indu et compensation		
92	Prescription	108	ANNEXE 1 : Charte de Médiation de la protection sociale (CTIP)
	Délai de déclaration du sinistre et délai de prescription	111	ANNEXE 2 : Adhérents à la Médiation de la protection sociale (CTIP)
	Durée du délai		
	Point de départ du délai de prescription		
	Opposabilité de la prescription		
	Suspension de la prescription		
	Renonciation au bénéfice de la prescription		



Xavier LAGARDE

« Au-delà des avantages d'un règlement amiable, la Médiation de la protection sociale permet une application raisonnée et raisonnable des régimes de prévoyance. »

PRÉSENTATION DU MÉDIATEUR DE LA PROTECTION SOCIALE (CTIP)

Depuis 2010, Monsieur Xavier LAGARDE exerce les fonctions de Médiateur de la protection sociale (CTIP) en toute indépendance et impartialité. Son mandat a été renouvelé pour une durée de 3 ans sur décision du Conseil d'administration paritaire du CTIP du 6 octobre 2022. Ce mandat est irrévocable, sauf cas de force majeure.

Monsieur Xavier LAGARDE, agrégé des facultés de droit depuis 1997, est Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon Sorbonne), il dirige le Département de recherche « Sorbonne – Justice et Procès (IRJS) ».

Il est membre honoraire de l'Institut universitaire de France.

Spécialiste de procédure et de droit des contrats, il s'intéresse depuis longtemps aux techniques conventionnelles de règlement des litiges. Il est notamment co-auteur des ouvrages *Droit processuel* (éd. Dalloz) et *Procédure civile* (éd. Sirey). Il est également l'auteur de nombreux écrits en droit des contrats, de la consommation, du travail et de la protection sociale.

LE SERVICE DE MÉDIATION

Boris GODET

Juriste

Cynthia RAVINDRAN

Juriste

Estelle AUBERT

Juriste

Lucie JONGEN-PEYROUX

Juriste

Mélusine LE BERRE

Juriste

Sujana PACKIYANATHAN

Juriste

1

OBSERVATIONS LIMINAIRES

- 10 Protection sociale complémentaire :
13 ans de médiation
- 10 Le particularisme du secteur de la prévoyance
- 11 La continuité des missions
- 11 Du bon usage du rapport
- 12 La modernisation du processus de saisine

PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE : 13 ANS DE MÉDIATION

Le rapport 2023-2024 clôture le 13^e exercice de la médiation du CTIP, devenue « Médiation de la protection sociale (CTIP) ».

En termes institutionnels, cette continuité révèle la maturité d'un dispositif reposant sur le dialogue et la confiance entre les acteurs de la protection sociale, les institutions de prévoyance et leurs adhérents et participants, et, en cas de différend, le service de médiation et le médiateur.

L'activité de la Médiation de la protection sociale créée à l'initiative du CTIP est en progression constante ; à cet égard deux données sont significatives :

- le nombre de saisines n'a cessé de croître entre 2010-2011 (79 dossiers) et 2023 (1 298 dossiers). La médiation est ainsi entrée dans les mœurs et devient un instrument usuel de résolution des différends ;
- le taux de réussite est de 96 % ce qui confirme la bonne réception de la Médiation de la protection sociale par les intéressés.

Sans doute ces éléments ont-ils contribué à ce que la médiation créée en septembre 2010 par le CTIP s'insère sans difficulté dans le cadre légal et réglementaire renouvelé par l'ordonnance n°2015-1033 du 20 août 2015 et le décret n°2015-1382 du 30 octobre 2015. Ces textes en vigueur depuis le 1er janvier 2016 ont généralisé à l'ensemble des secteurs professionnels, dont le secteur de l'assurance, la possibilité de recourir à un dispositif de médiation gratuit. Ils encadrent de surcroît l'activité et le statut des médiateurs de la consommation en termes de compétence, d'impartialité, d'efficacité et d'équité.

Si cette nouvelle réglementation n'imposait pas de modifier substantiellement le dispositif de médiation mis en place depuis septembre 2010, il nécessitait cependant deux démarches :

- une réécriture partielle de la Charte de médiation aux fins de mise en conformité avec les nouvelles exigences légales et réglementaires ;
- l'agrément du médiateur par la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation de la consommation (CECMC) selon la procédure prévue par les articles L. 613-1 et L. 615-1 du code de la consommation.

Il a été décidé en 2016 d'accompagner ces changements d'une nouvelle dénomination de la médiation du CTIP,

désormais appelée « **Médiation de la protection sociale (CTIP)** ».

Cette nouvelle appellation présente un double avantage :

- elle indique clairement l'objet et le particularisme du dispositif de médiation, ainsi que, ce faisant, sa vocation générale dans le domaine de la protection sociale complémentaire ;
- elle rappelle également l'origine du dispositif, fruit du volontarisme des partenaires sociaux.

Elle est désormais officielle depuis que, par décision du 20 mars 2017, la CECMC a inscrit la médiation ainsi dénommée sur la liste officielle des médiateurs de la consommation et notifié cette inscription à la Commission européenne.

La Charte de médiation a également fait l'objet de nouveaux aménagements aux fins de mise en conformité.

Grâce à l'agrément du médiateur et aux modifications de la Charte, la Médiation de la protection sociale (CTIP) fonctionne désormais en conformité avec les dispositions issues des articles L. 611-1 et suivants et R. 612-1 et suivants du code de la consommation.

LE PARTICULARISME DU SECTEUR DE LA PRÉVOYANCE

L'expérience acquise, et il est opportun de le rappeler, a permis de mieux comprendre ce qui fait la spécificité du dispositif de médiation mis en place par les institutions de prévoyance et leur union.

Les institutions de prévoyance sont régies par le code de la sécurité sociale. Si leur fonctionnement repose sur la technique assurantielle, les garanties qu'elles offrent sont constitutives d'une protection sociale complémentaire. De surcroît, ces garanties présentent le plus souvent le particularisme d'être définies par des accords collectifs de sorte que les techniques de la prévoyance se situent au confluent du droit de la Sécurité sociale, du droit du travail et du droit des assurances. L'articulation de ces différentes branches du droit, dont les logiques ne sont pas nécessairement convergentes, requiert souvent d'en référer aux principes généraux du droit des contrats.

Les arbitrages à effectuer dans la médiation des litiges avec les institutions de prévoyance nécessitent en conséquence une expertise adaptée.

Il en est d'autant plus ainsi, qu'en pratique, les litiges sont souvent lourds de conséquences, spécialement dans le secteur de la prévoyance collective (incapacité/invalidité/décès/rente de conjoint/rente éducation/retraite supplémentaire). L'avis rendu sur l'attribution d'une rente d'invalidité conditionne durablement les conditions de vie de son destinataire. En la matière, il n'y a pas de « petit litige ».

De ce point de vue, le taux de réussite de la Médiation de la protection sociale est une heureuse nouvelle en ce qu'il montre que même lorsque les enjeux du dossier sont tels que les parties auraient intérêt à porter leur demande en justice, elles s'abstiennent de le faire et acceptent dans 96 % des cas la proposition du médiateur.

Si les situations individuelles sont moins affectées lorsque sont en cause des garanties frais de santé, il importe cependant de relever que :

- ces garanties font l'objet d'un différend lorsque, précisément, les frais exposés par les participants sont élevés (chirurgie, dentaire...) ;
- l'analyse du sens et de la portée de ces garanties rejaillit le plus souvent sur l'économie générale des contrats collectifs négociés par les partenaires sociaux ; d'où il suit que, le plus souvent, les litiges individuels portent une dimension collective.

LA CONTINUITÉ DES MISSIONS

Bien que régulièrement rappelées dans les précédents rapports, ces missions, confortées par le nouveau dispositif légal et réglementaire, seront ici synthétisées pour mémoire.

- La médiation a **une vocation générale**. Ainsi, tous les membres adhérents du CTIP adhèrent également au dispositif de Médiation de la protection sociale (CTIP).
- La médiation permet **d'améliorer le service rendu aux participants**. En principe dans un délai de trois mois, qui n'a pu être respecté lors des deux derniers exercices pour les raisons évoquées dans la présentation, après que le dossier a été complété à la demande du service de médiation, les plaignants peuvent obtenir gratuitement un avis circonstancié, rendu par un médiateur indépendant, sur le fond des demandes qu'ils lui sont soumises. Les avis sont respectueux des règles et des jurisprudences protectrices des intérêts des participants. Ils sont efficaces dès lors que, sauf très rares exceptions, ils sont suivis par les institutions de prévoyance.

- La médiation constitue un **facteur de régulation** dans la mesure où elle conduit à prendre parti sur la légitimité de telle ou telle pratique des institutions de prévoyance, de telle ou telle clause des règlements ou contrats collectifs. Dans les limites de sa saisine, le médiateur rend ainsi des avis susceptibles d'intéresser l'ensemble de la profession et de l'interroger sur l'évolution de ses pratiques. C'est la raison pour laquelle, dans le respect du principe de confidentialité qui interdit toute désignation nominative des personnes physiques et des institutions de prévoyance, le rapport annuel explicite de manière substantielle la doctrine qui ressort des avis les plus significatifs.

Concrètement et dans cet esprit, le rapport permet de porter à la connaissance des institutions de prévoyance, de leurs entreprises adhérentes et des participants ce qui constitue la doctrine du médiateur. Elle permet ainsi aux institutions d'adapter leurs dispositifs et de s'interroger sur leur conformité. Le rapport fait d'ailleurs l'objet d'une présentation devant les correspondants médiation des institutions, de telle sorte qu'un esprit de dialogue préside aux réflexions sur les bonnes pratiques qu'il permet d'engager.

Le rapport constitue également une source de propositions, exprimées sous la forme de recommandations.

DU BON USAGE DU RAPPORT

Le rapport constitue également, au jour le jour, un outil de travail. L'expérience acquise permet d'observer que certaines questions reviennent de manière récurrente en médiation. Les analyses figurant dans les précédents rapports permettent ainsi d'anticiper les solutions à intervenir et, on l'espère, de résoudre en amont de la médiation, les différends entre participants et institutions. Deux précisions doivent être formulées : chaque situation de fait présente son particularisme de telle sorte que chaque dossier doit faire l'objet d'un examen attentif avant de conclure que sa solution a déjà été énoncée dans les rapports des années antérieures ; de surcroît, si les analyses figurant dans le rapport sont une puissante source d'inspiration, elles n'ont pas valeur de précédent en ce sens qu'une instruction plus approfondie peut conduire à des évolutions.

Afin de renforcer l'utilité de ces usages, **le rapport** pour l'année 2023-2024, comme c'est le cas depuis 2016, présente un caractère récapitulatif en ce sens que sur les sujets les plus récurrents, il expose les solutions déjà retenues les années précédentes.

Cette méthode facilite l'utilisation du rapport puisqu'il suffit en conséquence de se référer au dernier rapport édité pour connaître la doctrine du médiateur depuis le début de son activité.

Une recommandation a d'ailleurs été formulée en 2016 et 2017 sur un meilleur usage possible du rapport. Cette dernière a été en partie suivie d'effet dès lors que le médiateur constate depuis 2018, et cette année encore, que certaines saisines se soldent par un simple donné acte compte tenu du fait que l'institution de prévoyance a fait droit à la demande du plaignant, motif expressément pris de la doctrine récapitulée dans le rapport annuel du médiateur.

LA MODERNISATION DU PROCESSUS DE SAISINE

L'année 2022 a signé l'achèvement d'un projet de grande ampleur pour le service de médiation : la mise en place, avec l'aide d'un prestataire externe, d'une plateforme numérique permettant à chaque assuré de disposer d'un espace personnel et sécurisé afin de transmettre ses demandes et documents au médiateur.

Dorénavant, l'assuré est non seulement accompagné dans le processus de saisine du médiateur par l'explicitation des pièces attendues mais peut également suivre l'évolution de son dossier et transmettre des documents plus aisément.

Les retombées positives de cette avancée sont d'ores et déjà perceptibles par le service de médiation qui obtient désormais des saisines plus qualitatives facilitant leur instruction.

Les organismes assureurs adhérant à la Médiation de la protection sociale (CTIP) bénéficient également de cette évolution majeure puisqu'ils disposent désormais également d'un espace individuel sécurisé leur permettant de visualiser l'intégralité de leurs dossiers faisant l'objet d'une procédure de médiation.

Si la plateforme est opérationnelle depuis le 1^{er} juillet 2022, le service de médiation entend bien poursuivre les démarches afin de perfectionner encore ce nouvel outil.

2

DONNÉES QUANTITATIVES

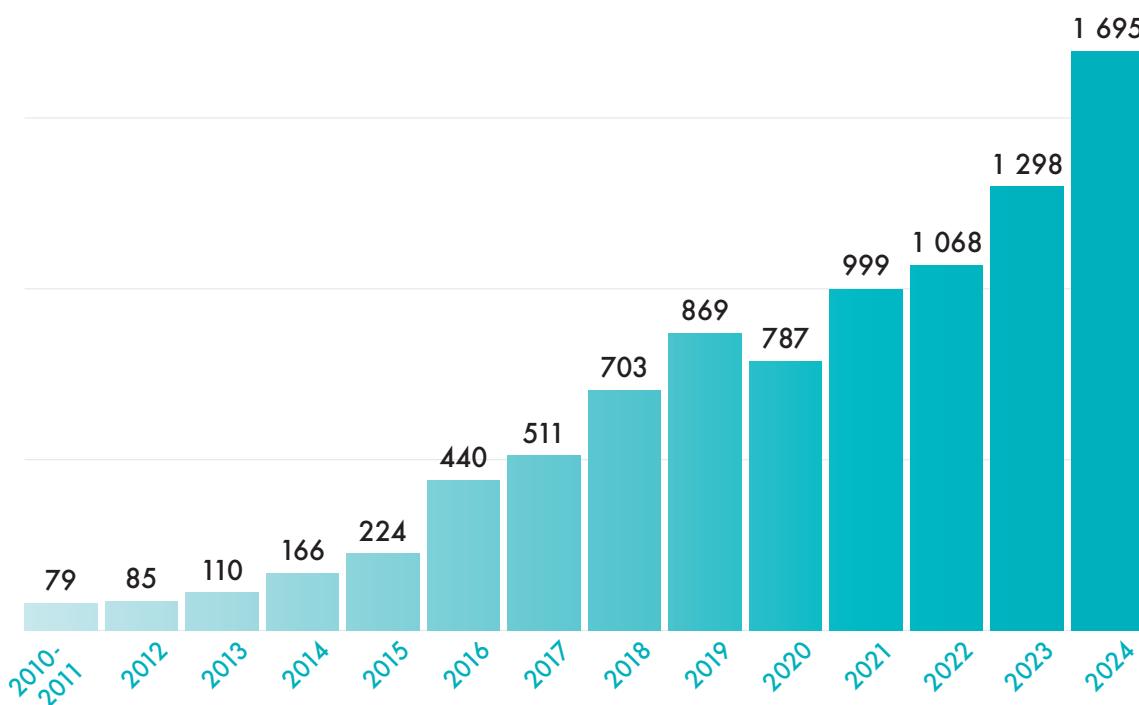
2010-2024

- 14 Évolution sur les années 2010-2024
- 15 Données quantitatives de l'exercice 2023
- 18 Données sur l'année 2024

ÉVOLUTION SUR LES ANNÉES 2010-2024

Depuis la mise en place du dispositif de médiation du CTIP, les saisines du médiateur ont régulièrement augmenté : 79 dossiers ont été traités en 2010-2011, 85 en 2012, 110 en 2013, 166 en 2014, 224 en 2015, 440 en 2016, 511 en 2017, 703 en 2018, 869 en 2019, 787 en 2020, 999 en 2021, 1 068 en 2022, 1 298 en 2023 et 1 695 en 2024.

Dans le contexte inédit de crise sanitaire, l'année 2020 avait marqué une légère baisse d'activité après les périodes de confinements particulièrement strictes. Dès que les contraintes sanitaires ont été allégées, les courbes sont reparties à la hausse.



Cette évolution ne peut être comprise comme une détérioration des pratiques professionnelles dès lors que le taux des avis défavorables aux institutions de prévoyance ne connaît pas d'augmentation significative. Cette observation s'impose d'autant plus que les modifications du régime légal et réglementaire de la protection sociale complémentaire suscitent légitimement des difficultés d'interprétation et des différends. Il serait également hasardeux de pointer une hypothétique tentation contentieuse des participants et bénéficiaires des garanties collectives. Dans l'ensemble, les demandes soutenues par les plaignants sont sérieuses et appellent une instruction approfondie.

Au bénéfice de ces premières observations, certaines tendances se dégagent.

- **Le nombre d'avis du médiateur augmente** dans des proportions équivalentes au nombre de saisines : 19 avis

ont été rendus en 2010-2011, 23 en 2012, 18 en 2013, 27 en 2014, 35 en 2015, 56 en 2016, 73 en 2017, 95 en 2018, 137 en 2019, 111 en 2020, 145 en 2021, 180 en 2022, 303 en 2023.

- **Le taux de réception des avis ne varie pas : seuls 44 avis du médiateur sur 1 222 n'ont pas été suivis par l'institution de prévoyance en treize années d'activité.** S'agissant des avis rendus pour la seule année 2023, on compte 11 refus sur 303 avis, soit un taux de succès de 96 %. Le refus des institutions de prévoyance est le plus souvent argumenté, sur un fondement juridique. Il peut donner lieu à des échanges contradictoires avec le médiateur qui présentent un double avantage :

- À court terme et pour le plaignant, car si la Charte de médiation n'autorise pas le médiateur à revenir sur les termes de l'avis rendu, l'échange avec l'institution de prévoyance permet dans certains dossiers de dégager une solution de compromis ;

- À moyen terme et au regard des finalités du service de médiation, dès lors que ce dialogue facilite la levée d'incompréhensions et l'anticipation d'éventuelles difficultés à venir.

- Jusqu'en 2022, les saisines temporairement irrecevables représentaient la plus grande part des dossiers traités par le service de médiation : 50 % en 2010-2011, 73 % en 2012, 46 % en 2013, 54 % en 2014, 68 % en 2015, 63 % en 2016, 73 % en 2017, 69 % en 2018, 56 % en 2019, 57 % en 2020, 55 % en 2021 et 43 % en 2022.

Elles étaient la marque d'une certaine impatience des plaignants qui, jusqu'en 2022, après le rejet de leur demande, saisissaient immédiatement la médiation avant même l'épuisement des procédures internes de réclamations de leur institution de prévoyance.

Depuis 2023 et l'entrée en vigueur de la recommandation de l'ACPR 2022-R-01 du 9 mai 2022 sur le traitement des réclamations, les saisines temporairement irrecevables sont devenues minoritaires. Elles représentent ainsi 7 % des dossiers reçus sur l'année sous revue.

Ces saisines renvoient aux hypothèses désormais peu fréquentes dans lesquelles les plaignants saisissent la médiation dans un délai inférieur à deux mois après avoir effectué une première réclamation écrite auprès de l'institution de prévoyance ou du gestionnaire du contrat et à laquelle ils n'ont pas encore obtenu de réponse.

Le plus souvent, les plaignants attendent le délai de deux mois de sorte que la saisine du médiateur est recevable.

Que la saisine soit irrecevable ou recevable, la saisine du médiateur provoque un « effet d'alerte » auprès des institutions de prévoyance qui, de plus en plus souvent, règlent le dossier lorsqu'il peut l'être. On peut y voir un effet comminatoire de la saisine et partant une marque de l'efficacité implicite du dispositif de médiation.

- Les irrecevabilités liées à une mauvaise complétude ou orientation du dossier varient d'une année sur l'autre : 40 % en 2010-2011, 36 % en 2012, 25 % en 2013, 24 % en 2014, 13 % en 2015, 20 % en 2016, 10 % en 2017, 13 % en 2018, 21 % en 2019, 26 % en 2020, 27 % en 2021, 33 % en 2022 et 41 % en 2023. Les erreurs d'orientation sont peu pénalisantes pour les plaignants qui sont redirigés vers le médiateur potentiellement compétent.

- Sur l'objet des différends soumis au médiateur de la protection sociale (CTIP), on note des évolutions moins linéaires. De 2010 à 2013, les litiges portaient majoritairement sur des garanties de prévoyance (incapacité de travail ; invalidité ; garanties décès). De 2014

à 2016, les différends ayant pour objet des garanties « frais de santé » ont significativement augmenté à la suite des nouvelles réformes relatives à la généralisation de la complémentaire santé et aux contrats « responsables ».

Depuis 2017, la tendance s'est de nouveau inversée puisqu'une grande majorité de litiges concernent de nouveau la prévoyance. Ce constat se vérifie pour les saisines traitées tout au long de l'année 2023 (v. *infra*, données quantitatives de l'exercice 2023). Les retraites supplémentaires donnent également lieu à quelques saisines du médiateur. Le sujet reste plus rare mais il implique systématiquement des enjeux financiers conséquents pour les participants et les institutions.

C'est à la lumière de ces données synthétiques qu'il y a lieu d'analyser les données quantitatives propres à l'exercice 2023 et les premières estimations concernant l'année 2024.

DONNÉES QUANTITATIVES DE L'EXERCICE 2023

En 2023, 1 298 saisines ont été adressées au médiateur contre 1 068 en 2022, soit une hausse du nombre de dossiers traités de 22 %. En 2024, le nombre de saisine s'établit à 1695. Plus de précisions seront apportées *in fine* concernant ce dernier exercice.

Pour la quatrième année consécutive, le nombre de saisines en ligne a dépassé le nombre de saisines postales, s'établissant à 55 % du total des saisines réceptionnées.

Conformément aux dispositions de l'article R. 614-2 du code de la consommation, les données quantitatives seront présentées comme suit.

A) Le nombre de litiges dont le médiateur a été saisi et leur objet

- Dans 91 dossiers, les participants ont saisi le Médiateur de la protection sociale alors même que le délai de deux mois laissé à leur organisme assureur pour répondre à leur réclamation écrite n'était pas épousé.

Après une première analyse du dossier, le service de médiation les informe que leur demande sera examinée en priorité par le service en charge du traitement des réclamations au sein de l'institution de prévoyance et que, si cet examen conduit à une réponse négative de l'organisme assureur ou bien qu'à l'issue du délai de deux

mois à compter de la réclamation écrite, les participants n'ont pas de retour dudit organisme, il leur appartiendra de saisir à nouveau le médiateur.

Cette procédure est conforme aux termes combinés de l'article L. 612-2 du code de la consommation qui rappellent qu'*« un litige ne peut être examiné par le médiateur de la consommation lorsque le consommateur ne justifie pas avoir tenté, au préalable, de résoudre son litige directement auprès du professionnel par une réclamation écrite selon les modalités prévues, le cas échéant, dans le contrat »* ainsi que de ceux de la recommandation de l'ACPR n°2022-R-01 du 9 mai 2022 qui précisent que le médiateur compétent « peut en tout état de cause être saisi deux mois après l'envoi de la première réclamation écrite qui a été adressée au professionnel, quel que soit l'interlocuteur ou le service auprès duquel elle a été formulée ».

Il est ici utile de rappeler que la saisine prématurée du médiateur a généralement pour conséquence un règlement définitif du dossier par le service de réclamation interne.

- Dans 678 dossiers, les participants justifient d'une réclamation écrite auprès de leur organisme assureur ou du gestionnaire, à laquelle soit une réponse défavorable a été donnée, soit aucune réponse n'a été apportée dans un délai de deux mois. Une période d'instruction s'engage alors entre le service de médiation, le participant et son institution de prévoyance.

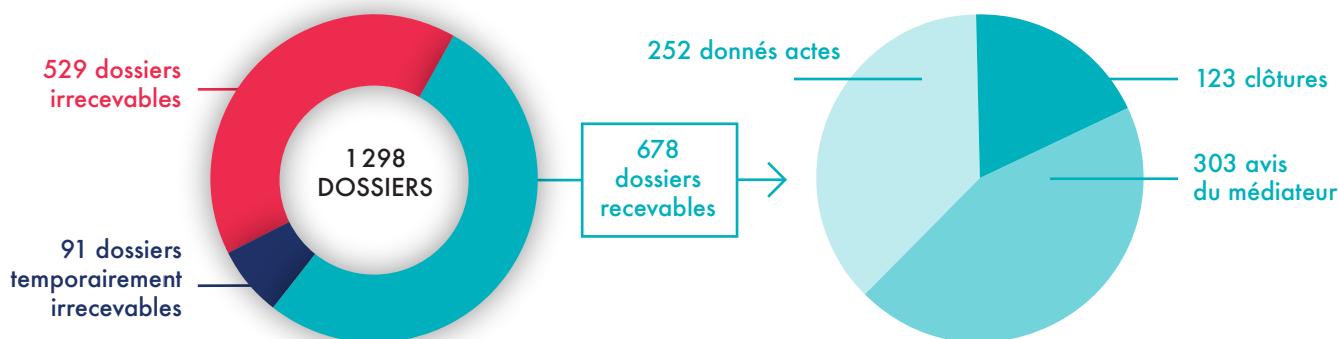
À l'issue de l'instruction, le médiateur a été amené à rendre 303 avis et a pris acte de la résolution du litige par l'institution et à l'avantage du participant dans 252 dossiers. Ces règlements spontanés à l'avantage du participant intervennent généralement à la suite d'un premier échange

avec le médiateur. Un supplément d'instruction sollicité de manière circonstanciée auprès de l'institution provoque un échange avec le médiateur et conduit à un règlement du dossier sans qu'il soit nécessaire de formaliser un avis. Il arrive aussi que, prenant connaissance de la demande du plaignant, l'institution y fasse droit au motif exprès que la demande trouve un fondement dans la doctrine exprimée par le médiateur dans ses rapports annuels.

Le service de médiation a procédé à la clôture de 123 dossiers insuffisamment documentés. Il arrive que, malgré des demandes réitérées, certains plaignants ne fournissent pas de pièces justificatives de leurs demandes. À défaut de retour dans un délai de deux mois et eu égard aux nécessités qu'impose une bonne administration du service de médiation, le médiateur se réserve le droit de considérer que la demande est « manifestement infondée » au sens de l'article L. 612-2 du code de la consommation, ce qui justifie alors la clôture du dossier.

Concernant l'issue des médiations, la saisine du médiateur a eu pour effet de donner satisfaction aux participants dans 70 % des dossiers (avec 136 avis totalement ou partiellement favorables aux participants et 252 donnés actes) et leur a donné tort dans 30 % des dossiers (avec 167 avis défavorables aux participants).

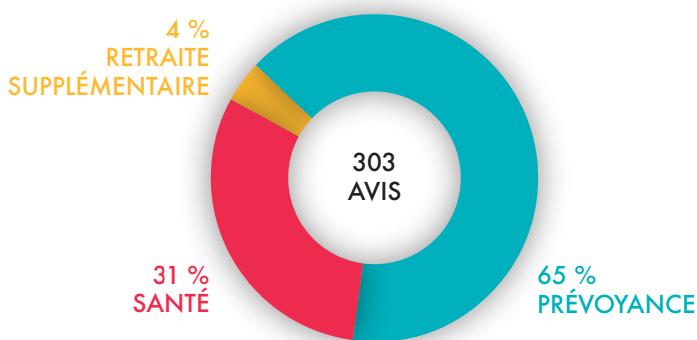
Lorsque les avis sont défavorables aux participants, le médiateur prend un soin particulier à expliquer les considérations juridiques et factuelles qui motivent sa décision. Cet effort de pédagogie semble bénéfique à l'ensemble des parties dès lors que le médiateur n'a pas été alerté d'actions contentieuses entreprises par des participants, alors même que les enjeux sont souvent significatifs, spécialement en matière de prévoyance.



B) Les questions les plus fréquemment rencontrées dans les litiges et les recommandations

En 2023, 92 % des avis rendus concernent des contrats collectifs et seulement 8 % portent sur des contrats individuels. 65 % des avis concernent des garanties de prévoyance (incapacité/invalidité/décès), 31 % des garanties de frais de santé et 4 % les retraites supplémentaires.

Les questions les plus fréquemment posées au médiateur sont exposées aux parties « Demandes de médiation 2010-2023 » et « Recommandations » du présent rapport.



C) La proportion de litiges que le médiateur a refusé de traiter et l'évaluation en pourcentage des différents motifs de refus

Dans 529 dossiers, la demande du participant a été jugée irrecevable. Il s'agit soit de demandes dirigées à tort contre d'autres organismes, de litiges à l'égard desquels le médiateur est sans compétence ou bien encore de demandes dont la forme ne permet pas son instruction par le service de médiation.

Les différents motifs de refus concernent des dossiers dirigés contre :

- des sociétés d'assurance régies par le code des assurances (14 %) ;
- des mutuelles régies par le code de la mutualité (7 %).
- des institutions de retraite complémentaire (3 %) ;

D'autres refus tiennent à l'absence de litige ou au fait que les demandes ont un objet qui échappe à la compétence du médiateur, conformément aux termes de l'article 9 la Charte de la Médiation de la Protection sociale (CTIP) : procédures de recouvrement de cotisations, décisions rendues au titre de l'action sociale de l'organisme assureur, contrôle de la motivation des résiliations (28 %).

Enfin, certains refus tiennent à la forme de la saisine qui ne permet pas toujours au service de médiation d'apprécier sa recevabilité, notamment en l'absence de preuve d'une réclamation écrite adressée à l'organisme assureur préalablement à la saisine du médiateur, de courrier explicitant l'objet du litige ou d'identification d'un organisme assureur (48 %).

Dans chacun de ces cas, le service de médiation communique systématiquement au participant les motifs du refus et, le cas échéant, les éléments utiles pour permettre un éventuel traitement de la demande.

D) Le pourcentage des médiations interrompues et les causes principales de cette interruption

La médiation est interrompue dans deux cas :

- L'institution donne satisfaction au plaignant en cours d'instruction. Dans ce cas, le médiateur acte la résolution du litige après avoir vérifié que celle-ci est satisfactorie eu égard aux demandes formulées.

En 2023, 37 % des dossiers recevables ont fait l'objet d'un donné acte de la part des institutions de prévoyance.

- La demande du plaignant n'est pas documentée malgré les demandes du service de médiation ; dans ce cas, le dossier est clos, la demande étant présumée manifestement infondée.

En 2023, 18 % des dossiers recevables ont été clôturés par le service de médiation faute d'une documentation suffisante pour permettre leur instruction.

E) La durée moyenne nécessaire à la résolution des litiges

Les litiges soumis au médiateur ont été résolus en moyenne dans un délai de 200 jours entre la date de réception du dossier complet par le service de médiation et la fin de la médiation (soit une moyenne de 6,5 mois).

Cette moyenne est obtenue en comptabilisant les dossiers ayant donné lieu à avis du médiateur et ceux résolus spontanément en faveur du plaignant après que les institutions de prévoyance ont été alertées de la saisine du médiateur.

L'allongement de la durée moyenne d'instruction des dossiers donnant lieu à avis est la conséquence, d'une part, de l'augmentation significative du nombre de dossiers pour étude, d'autre part, du traitement requis par les dossiers

les plus complexes, lequel peut impliquer une prise de position des instances délibératives des institutions.

F) Le pourcentage des médiations qui sont exécutées

En 2023, les 303 avis et propositions du médiateur, soit en faveur des institutions, soit en faveur des plaignants, ont été suivis à près de 96 %.

Ce taux est un peu plus bas si l'on considère les seuls avis rendus en défaveur des institutions de prévoyance. 11 avis ont été refusés (8 %), ce qui porte le taux d'acceptation à 92 % pour ces seuls avis.

G) L'existence de la coopération au sein de réseaux de médiateurs de litiges transfrontaliers

En 2023, le médiateur n'a pas été amené à coopérer au sein de réseaux de médiateurs de litiges transfrontaliers.

DONNÉES SUR L'ANNÉE 2024

L'année 2024 s'inscrit dans la croissance continue du nombre de saisines observée depuis que le dispositif existe. Ainsi, le service de médiation a réceptionné 1 695 saisines sur l'intégralité de l'année soit une augmentation de 30 % du nombre de saisines reçues entre 2023 et 2024.

On observe ainsi un bond important des saisines comparativement aux années passées. En effet, en

moyenne, depuis 2021, le service de médiation voit le nombre de saisines augmenter de 19 % d'une année sur l'autre.

L'accroissement du nombre de saisines observé en 2024 s'explique principalement par la mise en œuvre de la recommandation de l'ACPR du 9 mai 2022 pour la deuxième année consécutive. Désormais, les organismes assureurs et leurs gestionnaires renseignent les coordonnées du médiateur compétent dès la réponse à la première réclamation et parfois même à une simple réponse à une demande d'information.

Cette pratique fait aisément connaître aux participants la Médiation de la protection sociale (CTIP) avant même que le service réclamation de l'institution n'ait examiné le dossier litigieux.

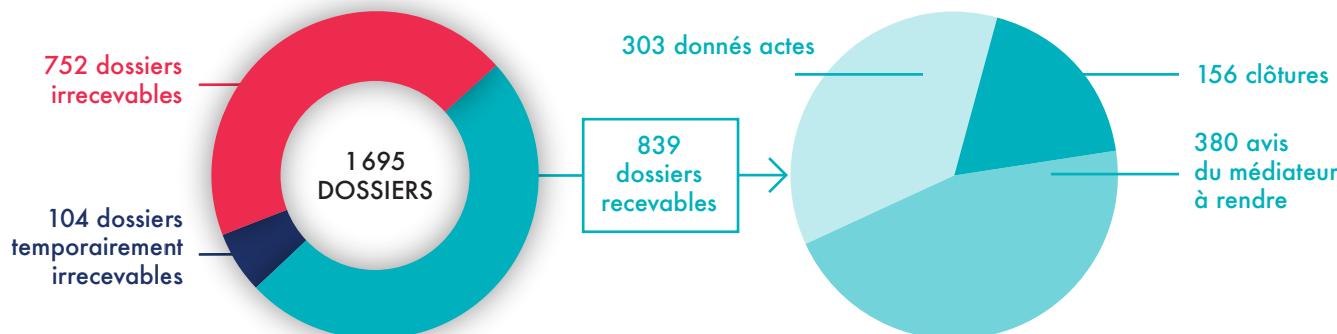
La saisine du médiateur étant facilitée, le service de médiation observe, pour la deuxième année consécutive, que près de la moitié des dossiers sont désormais recevables en médiation, là où en 2022, ce taux était de près de 24 %.

Il y a là une augmentation tout à fait conséquente en partie compensée par l'accroissement du nombre de données actes par les institutions de prévoyance.

Pour autant, si l'on peut saluer les efforts fournis par ces dernières dans le traitement des saisines prématurées, le nombre d'avis qui devront être rendus par le médiateur restera supérieur à celui des années précédentes.

Le service de médiation estime aux alentours de 380, le nombre d'avis que le Médiateur de la protection sociale (CTIP) aura à rendre au titre de l'année 2024.

Nombre de saisines reçues au 31 décembre 2024 et leur répartition* :



* Ces informations sont données à titre prévisionnel et sont susceptibles d'évoluer.

3

LA PROCÉDURE DE MÉDIATION

- 20 Le déroulement de la procédure
- 22 Les variantes procédurales
- 22 Les problèmes de preuve
- 23 La « doctrine du médiateur »
- 23 La protection des données personnelles
- 24 Observations conclusives

Les aménagements de la Charte de la Médiation de la protection sociale (CTIP), en conséquence d'une évolution récurrente des normes applicables, justifient que le rapport annuel explicite à nouveau le déroulement de la procédure de médiation et ses éventuels incidents.

Il en est d'autant plus ainsi que selon l'article L. 612-1 du code de la consommation, le recours à la médiation est désormais présenté comme un « droit » pour le consommateur. Il y a lieu de comprendre ce « **droit à la médiation** » comme une sorte de diminutif du « droit à un recours ». La médiation constitue en conséquence une forme de protection due par les professionnels aux consommateurs et sa mise en œuvre doit être explicitée.

En vertu des articles L. 616-1 et R. 616-1 du code de la consommation, le professionnel doit au consommateur une information préalable sur les coordonnées du médiateur dont relève son activité.

Dans les rapports entre les institutions de prévoyance et les participants, l'information doit figurer dans la notice remise à ces derniers. En pratique et dans les dossiers dont il a été saisi, le médiateur a pu constater qu'aujourd'hui, tel est toujours le cas.

En conséquence de la recommandation de l'ACPR du 9 mai 2022, les institutions de prévoyance doivent par ailleurs rappeler le dispositif de médiation dès l'accusé de réception de la réclamation formulée par le participant.

LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE

L'information sur le déroulement de la procédure résulte d'une lecture attentive de la Charte de médiation. Elle est aisément accessible sur le site Internet du CTIP.

Les développements qui suivent ont pour objet de mettre l'accent sur des points importants ou sensibles.

1. En principe, la saisine du service de médiation est le fait d'un participant ou de l'un de ses ayants droit. Elle peut être aussi le fait d'un employeur. La saisine peut s'opérer par courrier, également au moyen d'un formulaire en ligne disponible à l'adresse <https://ctip.asso.fr/mediateur-de-la-protection-sociale-ctip/>.

Le plaignant peut être assisté d'un avocat ou d'un autre conseil (assureur de protection juridique, association de consommateurs, services sociaux, employeur...).

Le médiateur observe que la présence d'un conseil, spécialement d'un avocat, accroît le plus souvent la qualité de l'instruction du dossier. Naturellement, si le conseil a un coût, il revient au participant de l'assumer.

Sitôt le service de médiation saisi par un plaignant, la recevabilité du dossier est vérifiée. Le dossier n'est pas formellement recevable tant que le plaignant n'a pas effectué de réclamation écrite auprès de son organisme, préalablement à la saisine du médiateur.

L'article L. 612-2 du code de la consommation, dont les termes sont rappelés à l'article 9 de la Charte de médiation, prévoit également qu'il y a irrecevabilité en cas de « demande manifestement infondée ou abusive » ou encore, « lorsque le demandeur a introduit sa demande dans un délai supérieur à un an à compter de sa réclamation écrite auprès de son organisme assureur ». Cette règle ne peut être contournée par la formulation d'une nouvelle réclamation à l'issue de ce délai.

En cas d'irrecevabilité à défaut de réclamation écrite préalable, le service de médiation transmet le dossier au service compétent de l'institution et donne à celle-ci un délai de deux mois pour traiter le dossier. Le défaut de réponse dans ce délai vaut épuisement des voies de recours internes et autorise le médiateur à se saisir du dossier sur demande expresse du plaignant.

Il convient également de rappeler que le service de médiation peut être saisi par une institution de prévoyance. L'opportunité d'une telle saisine est avérée lorsque plusieurs dossiers posent la ou les mêmes questions de principe. Elle accroît l'égalité de traitement des plaignants. Naturellement, pour procéder de la sorte, l'institution doit recueillir l'accord préalable des plaignants.

2. Si le dossier est recevable, il est demandé au plaignant de produire les pièces susceptibles de soutenir sa demande, éventuellement d'expliquer cette dernière, et à l'institution d'établir une note récapitulative comportant une chronologie des faits et une justification de sa position accompagnée des pièces pertinentes.

Les institutions disposent d'un délai de 5 semaines pour répondre, faute de quoi, elles s'exposent à ce qu'un avis soit rendu sans que leur analyse ait été examinée.

Ce délai est assez court, mais il est à rapprocher du délai de 3 mois dont dispose le médiateur pour traiter le dossier, délai qui commence à courir à compter de la réception par le service de médiation des documents sur lesquels est fondée la demande du plaignant (art. 18 de la Charte).

Le médiateur insiste par ailleurs sur l'utilité de la synthèse établie par l'institution. Ce document améliore significativement la qualité de l'instruction.

Le souci d'une application stricte de la confidentialité, qu'impose expressément l'article L. 612-3 du code de la consommation, a conduit le médiateur à ne pas procéder systématiquement à un échange contradictoire entre les parties de leurs productions respectives.

L'article R. 612-3 du code de la consommation conforte ce choix puisqu'il indique que les communications interviennent à la demande des parties et qu'au demeurant, le médiateur peut s'adresser aux parties « ensemble ou séparément ».

3. L'accroissement continu des demandes a entraîné une modification du processus interne de médiation.

L'objectif a été de contenir le retard pris dans le traitement des dossiers, malgré leur accroissement continu, de préserver la qualité de l'instruction et d'assurer que chaque avis exprime la doctrine du médiateur.

Le service de médiation est ainsi constitué de quatre juristes et deux apprenties juristes spécialisés dans le domaine de la protection sociale qui effectuent un travail préparatoire sur chacun des dossiers dont le traitement est finalisé lors de réunions de travail régulières avec le médiateur. Sur les questions les plus complexes, ces réunions permettent une collégialité au sein du service qui améliore significativement la qualité du délibéré.

Le médiateur juge utile d'insister sur les bénéfices de cette collégialité. Une mauvaise compréhension de la garantie d'indépendance conduit certaines instances à penser que le médiateur devrait s'affranchir de toute contradiction, spécialement au sein de l'instance professionnelle qui a pourvu à sa nomination. En réalité, cet esprit d'ouverture est le moyen à privilégier aux fins de parvenir à une proposition de qualité, spécialement lorsque cette institution est elle-même indépendante, situation que garantit le paritarisme au principe de fonctionnement du CTIP. Au reste, cette collégialité n'entame en rien la libre appréciation du médiateur qui décide seul de la teneur de l'avis. Elle offre au médiateur ce qu'elle procure à toute autre instance délibérative, spécialement les juges, à savoir, les bienfaits d'un croisement de points de vue afin d'approcher la solution la plus juste.

Il peut arriver par ailleurs qu'avant de rendre son avis, le médiateur sollicite de nouveau les parties, comme peut le faire un juge lorsqu'il réouvre les débats, aux fins d'obtenir des renseignements ou des analyses complémentaires.

Bien souvent, l'instruction révèle des points de complexité qui requièrent de nécessaires éclaircissements. Ces sollicitations ne sont pas significatives d'un préjugé. Elles sont seulement révélatrices du souci de parvenir à une bonne connaissance du dossier.

4. À l'issue de ces derniers échanges, le médiateur rend son avis en forme de « proposition de solution », ce dernier habituellement structuré en trois parties, comprenant les commémoratifs, la discussion et les conclusions.

Compte tenu de la croissance des demandes, certains avis sont rendus « en une forme simplifiée », essentiellement dans deux hypothèses :

- lorsque le traitement du dossier ne suscite pas de difficultés sérieuses, voire qu'il révèle une demande manifestement infondée, situation qui demeure assez rare ;
- plus souvent, lorsque le différend a été clairement présenté par les parties de telle sorte que l'on peut en traiter directement l'objet sans qu'il soit nécessaire d'en faire une restitution chronologique sur la teneur de laquelle les parties s'accordent.

Un « avis en la forme simplifiée » présente synthétiquement l'objet du différend puis discute de manière circonstanciée les positions du plaignant et de l'institution. Un tel avis permet d'alléger le travail rédactionnel sans altération de l'effort d'instruction.

5. Comme l'indique l'article R. 612-4 du code de la consommation, le médiateur fait connaître aux parties la solution qu'il propose et leur rappelle, par courrier simple ou par voie électronique :

- qu'elles sont libres d'accepter ou de refuser sa proposition de solution ;
- que la participation à la médiation n'exclut pas la possibilité d'un recours devant une juridiction ;
- que la solution peut être différente de la décision qui serait rendue par un juge.

Le médiateur précise également quels sont les effets juridiques de l'acceptation de la proposition de solution et fixe un délai d'acceptation ou de refus de celle-ci.

Conformément aux recommandations de la CECMC, les parties disposent d'un délai de 15 jours pour prendre parti sur la solution proposée.

LES VARIANTES PROCÉDURALES

L'article R. 612-5 du code de la consommation, dont les termes sont rappelés par l'article 18 de la Charte, permet au médiateur de prolonger le délai d'instruction du différend. En principe, la prolongation est justifiée par la complexité du litige. Ainsi qu'il a été dit, l'accroissement du nombre des demandes de médiation a conduit à un étalement de leur traitement, d'où une **prolongation du délai**. Le médiateur privilégie toujours la qualité sur la célérité du traitement, spécialement lorsque la demande ne présente pas un caractère d'urgence.

Lorsque le règlement du différend suppose la résolution de questions sensibles ou d'une technicité telle qu'elles sont à la frontière du droit et de la gestion, le médiateur peut encore utiliser la technique inaugurée en 2012 dite du **prédélibéré**. Quoique rarement mise en œuvre, cette technique est généralement utilisée dans l'hypothèse où le médiateur entend donner raison au plaignant. Dans ce cas, le médiateur prépare un projet d'avis, dont les conclusions sont formalisées et qu'il soumet pour observations éventuelles avant de le formaliser de manière définitive. L'institution est alors informée qu'à défaut d'une réaction à brève échéance, l'avis sera conforme au projet. Il est fréquent que l'institution suive les recommandations du projet. Auquel cas, il est donné satisfaction au participant et la plainte n'a plus lieu d'être. Il peut encore arriver que l'institution apporte un complément d'instruction propre à faire évoluer les termes du prédélibéré. Celui-ci permet également de faire entendre des considérations d'équité, même si en droit, la cause du plaignant est mal engagée.

Cette technique du prédélibéré est un **atout majeur de la médiation** et il serait malvenu de s'en priver, au prétexte malheureux qu'un juge ne pourrait y recourir. La médiation est une « alternative » au jugement de sorte que la procédure de médiation ne peut être la copie conforme d'une procédure judiciaire. Par principe, une alternative se compose de deux termes différents. À défaut d'une telle différence, l'alternative dégénère en addition. La proposition du médiateur n'a aucune force contraignante. Elle est sans raisons d'autorité, elle n'a que l'autorité de la raison. Il est donc normal que dans ce contexte amiable, le médiateur tente les rapprochements que commande l'exercice même de sa mission. La « navette » entre les parties, dont le prédélibéré n'est jamais qu'une modalité d'exercice, est de l'essence de la médiation (en ce sens, *Droit processuel*, S. Guinchard et alii, 12^e éd., Dalloz 2021, n°759). D'ailleurs, l'article 774-2 du code de procédure civile, inséré par le décret n°2023-686 du 29 juillet 2023, prévoit expressément qu'un juge chargé de conduire une mission tendant au règlement amiable d'un litige « peut

décider d'entendre les parties séparément ». Il n'y a donc désormais plus lieu de douter de la légitimité et de la légalité de cette pratique.

Cette technique s'exerce de surcroît dans l'intérêt exclusif des participants et assure ainsi l'effectivité du droit à la médiation que consacre l'article L. 612-1 du code de la consommation. En effet, le prédélibéré permet toujours de dépasser le refus d'une institution dont le médiateur, par l'effet cumulé de son expérience, sait la toute vraisemblance. La solution qu'il permet de dégager est peut-être en-deçà de ce qu'obtiendrait en justice le plaignant, ce qui reste toutefois à démontrer compte tenu de l'aléa judiciaire pesant sur les dossiers traités par la technique du prédélibéré. Pour autant, elle améliore toujours la situation du plaignant qui, sans l'intervention du médiateur auprès de l'institution, resterait face au refus de cette dernière malgré la médiation. Celle-ci ne serait alors pour le consommateur qu'une pénible formalité, dénuée d'incidence, sinon la perte d'un temps inutile, celui pris par le médiateur pour articuler un avis demeurant sans effet. Le droit à la médiation demeurera à l'état de proclamation théorique. Pour le plaignant, **le prédélibéré donne du mieux, toujours préférable au rien**.

LES PROBLÈMES DE PREUVE

L'année 2012 avait été l'occasion d'éprouver les contraintes qu'impose le nécessaire respect du secret médical. En prévoyance, il est en effet fréquent que l'exacte instruction d'une plainte conduise à porter l'attention sur des documents couverts par ce secret.

Après réflexion et concertation avec les correspondants médiation des institutions de prévoyance, le dispositif suivant a été arrêté :

- le médiateur alerte immédiatement l'institution qu'il n'acceptera aucune transmission, sous quelque forme que ce soit, de données ou documents couverts par le secret médical ;
- le médiateur informe également sans délai le plaignant qu'il n'est pas tenu de communiquer ces données ou documents ; il indique cependant qu'en l'absence de communication, il peut estimer ne pas être en situation d'instruire le dossier.

Dans l'ensemble, les plaignants communiquent spontanément les documents utiles à l'instruction et craignent d'autant moins de le faire que la Médiation de la protection sociale (CTIP) obéit à un principe de confidentialité scrupuleusement respecté.

À ce dernier égard, il y a lieu d'insister sur le fait que, dans son avis, le médiateur ne peut expliciter les termes d'un rapport médical qui lui a permis de forger sa conviction. Par exemple, s'il peut faire état d'un lien de causalité entre un état d'invalidité et un accident, il ne lui revient pas de relater dans son avis les éléments médicaux d'où il déduit cette causalité. Sur ce point, le médiateur doit compter sur la **confiance des institutions de prévoyance**.

LA « DOCTRINE DU MÉDIATEUR »

Comme il est rappelé à l'article 19 de la Charte, les solutions proposées par le médiateur sont établies « en considération d'éléments de droit mais aussi dans un souci de règlement amiable et équitable ».

Il ne faut cependant pas perdre de vue que la médiation est un dispositif protecteur des participants de sorte qu'il ne peut être fait appel au sens de l'équité du médiateur avec pour effet d'éluder **les règles impératives d'origine légale ou jurisprudentielle** destinées à protéger leurs intérêts. Dès son rapport annuel pour l'année 2011 (page 16), le médiateur a eu l'occasion de préciser que « la perspective institutionnelle dans laquelle s'inscrit la Médiation de la protection sociale (CTIP) interdit à ce dernier d'offrir aux plaignants un service moindre que celui auquel ils auraient droit s'ils saisissaient un juge ». Malgré les assouplissements procéduraux (*v. supra*) qu'implique le caractère amiable de la médiation, il reste en effet que sur le fond de la demande, le médiateur ne peut recommander une solution qu'il saurait contraire à celle que dicte l'application de règles impératives.

Après avoir rappelé que cette position était unanimement partagée par les médiateurs intervenant dans le secteur de l'assurance, il a été ajouté que « lorsque le droit paraît certain, le médiateur a pris le parti de ne pas appliquer les clauses de contrat collectif en contrariété avec les dispositions impératives. »

Par ailleurs, les considérations d'équité ne doivent pas conduire à une immixtion du médiateur dans les décisions de gestion des institutions de prévoyance. Le médiateur n'a pas juridiction sur ces décisions.

Les considérations d'équité ont une incidence sur la solution que propose le médiateur dans les hypothèses suivantes, alternativement ou cumulativement :

- Aucune règle impérative certaine ne dicte l'issue du délibéré.

- L'incertitude sur la solution du litige résulte du fait que les stipulations du contrat de prévoyance et des notices d'information manquent de clarté, au moins à première lecture, et appellent un effort d'interprétation difficilement accessible à un participant.
- Les circonstances mises en avant par le plaignant présentent un caractère suffisant d'objectivité pour être susceptibles de généralisation ; par exemple, au titre de l'équité, il a pu être décidé qu'une demande en répétition de l'indu ne doit pas avoir pour effet de précipiter le surendettement d'un participant ayant pour unique ressource une rente d'invalidité.
- Selon une doctrine déjà mise en œuvre par le médiateur du Groupement des entreprises mutuelles d'assurances (GEMA) (en ce sens, G. Durry, *Rapport du médiateur du GEMA 2008*, p. 13), les considérations d'équité ont d'autant plus d'importance qu'elles conduisent à valider la demande d'un plaignant dont le comportement a permis de réduire les demandes indemnitàires articulées à l'encontre d'une institution de prévoyance. Ce type de considération pèse sur les différends concernant des participants frappés d'une invalidité et qui néanmoins s'efforcent de poursuivre à temps partiel leur activité professionnelle. L'effort qui est le leur ne peut avoir pour conséquence qu'ils soient *in fine* moins bien traités que des participants inactifs.
- Les difficultés propres à un participant peuvent justifier des particularismes, mais ceux-ci ne peuvent prospérer qu'avec l'accord des institutions ; un échange informel, selon les modalités du prédélibéré, constitue le moyen approprié à cette fin.

LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

La Médiation de la protection sociale (CTIP) s'engage aujourd'hui formellement à respecter la réglementation applicable en matière de protection des données personnelles et notamment celles issues du Règlement européen n°2016/679/UE du 27 avril 2016 dit « RGPD » et de la Loi « informatique et libertés » du 6 janvier 1978.

Cet engagement est aujourd'hui formalisé au sein de la **Charte de protection des données personnelles** (Médiation de la protection sociale (CTIP)), disponible sur le site internet du CTIP.

L'essence même de la médiation implique la collecte directe et indirecte de données personnelles, raison pour laquelle le traitement de ces données a été encadré par la

Charte de protection des données personnelles, laquelle rappelle notamment que :

- les données personnelles sont utilisées exclusivement pour le traitement des demandes de médiation ;
- les données personnelles recueillies ne sont accessibles qu'au personnel de la médiation, ainsi qu'à des prestataires de confiance intervenant dans la maintenance du système d'information. Tous sont soumis à une obligation de confidentialité ;
- la durée de conservation des données personnelles a été limitée à 24 mois ;
- toute personne dispose d'un droit d'accès, de rectification et d'effacement de ses Données Personnelles.

OBSERVATIONS CONCLUSIVES

Le rappel de la procédure de médiation permet de comprendre que ce dispositif amiable est néanmoins solidement structuré et qu'il remplit ainsi l'exigence d'effectivité du « droit à la médiation » que consacre l'article L. 612-1 du code de la consommation.

Il faut ici savoir gré aux **partenaires sociaux** qui ont la charge d'administrer le CTIP d'avoir pris la mesure de l'enjeu et la décision d'allouer des moyens significatifs au fonctionnement de la Médiation de la protection sociale (CTIP). Les participants et les institutions de prévoyance disposent ainsi **d'une instance de règlement amiable des différends** qui leur offre dans le même temps **justice, équité et sécurité juridique**. Pour autant, et ainsi qu'il a été rappelé en avant-propos, le succès de la médiation met en évidence l'insuffisance de ces moyens. Il est urgent de les accroître.

Les plaignants doivent néanmoins mesurer l'effort que représente la mise en place de ce service et solliciter ce dernier avec discernement.

Toute insatisfaction n'est pas une injustice et c'est la raison pour laquelle l'article L. 612-2 du code de la consommation prévoit qu'« un litige ne peut être examiné par le médiateur de la consommation lorsque [...] 2° la demande est manifestement infondée ou abusive. »

En pareille hypothèse, dont l'occurrence est certes faible, le médiateur se contente donc d'exposer brièvement au plaignant, sous la forme d'un avis en la forme simplifiée, les raisons du caractère manifestement infondé de la demande. Cette méthode s'impose d'autant plus que

les coûts de fonctionnement de la médiation sont plus utilement mobilisés par l'instruction des dossiers les plus sensibles.

La gratuité de la médiation est un droit que les participants tiennent de l'article L. 612-1 du code de la consommation. Elle n'est pas exclusive d'un certain sens des responsabilités et des contraintes budgétaires.

Tous les dispositifs qui fonctionnent peuvent être améliorés et c'est en ce sens que le 1^{er} juillet 2021, le Comité consultatif du secteur financier (CCSF) a formulé des recommandations sur la médiation bancaire et de l'assurance. **L'identification de voies d'amélioration ne saurait cependant priver d'un légitime satisfecit tous ceux qui ont œuvré à la réussite de la Médiation de la protection sociale (CTIP).** En treize ans, ce service de médiation s'est imposé comme une référence capable de traiter :

- avec efficacité, compte-tenu de l'insignifiance actuelle du taux d'échec ;
- les demandes que formulent les salariés (13 millions sont concernés) au titre de leur protection sociale complémentaire ;
- et spécialement les demandes les plus lourdes de conséquences dès lors que la médiation se développe le plus souvent en prévoyance.

Chaque année, donc, des centaines de salariés, touchés par l'incapacité et l'invalidité, des ayants droit, frappés par le décès de leur auteur, trouvent dans la médiation une réponse de droit et d'équité aux difficultés qu'ils rencontrent. La réponse donnée ne satisfait pas toujours, mais elle est qualitativement à hauteur des questions posées et aucune demande n'est moins bien traitée qu'une autre. **Puisse la Médiation de la protection sociale (CTIP) être tenue pour l'une des plus belles réussites du paritarisme.**

4

DEMANDES DE MÉDIATION 2010-2023

- 26 Prévoyance collective
- 63 Retraite supplémentaire
- 67 Frais de santé
- 80 Maintien des garanties
- 85 Questions générales

IMPORTANT

Le présent rapport **a un caractère récapitulatif** de telle sorte que les institutions, les participants et les adhérents peuvent s'en tenir exclusivement aux termes de ce rapport pour connaître la doctrine retenue par le médiateur sur les différentes questions qu'il a été amené à traiter depuis son début d'activité.

Pour faciliter l'utilisation du rapport, il est **présenté de manière thématique**.

Naturellement, la doctrine exprimée n'est pas **figée** et peut évoluer en considération des particularismes révélés par les dossiers dont le médiateur est saisi.

PRÉVOYANCE COLLECTIVE

NATURE DES PRESTATIONS

Il est d'usage courant d'indiquer que les prestations dues en matière de prévoyance, spécialement en cas d'incapacité et d'invalidité, ont un caractère indemnitaire. C'est la raison pour laquelle la plupart des contrats collectifs prévoient un plafonnement des prestations de telle sorte que le cumul des différents revenus du participant n'excède jamais le montant de la rémunération qu'il percevait avant la survenance du sinistre.

Ce plafonnement est justifié dès lors que la prévoyance a pour objet la compensation d'une perte et non l'obtention d'un gain.

LOGIQUE INDEMNITAIRE ET PRINCIPE FORFAITAIRE

Pour autant, il ne faut pas se méprendre sur la portée de la référence au caractère indemnitaire de la prestation. On doit avoir en mémoire que les prestations propres à la prévoyance relèvent de l'assurance de personnes, soumise au principe forfaitaire.

Ce dernier principe est constant en jurisprudence, même dans l'hypothèse où la prestation servie constitue une rente destinée à garantir des ressources (v. par ex. Cass. com. 6 novembre 2007, pourvoi n°06-16.370, Bull. civ. IV n°234 ; v. également Cass. civ. 2^e 17 avril 2008, pourvoi n°06-20.417, Bull. civ. II n°86 ; Ass. plén. 19 décembre 2003, pourvoi n°01-10.670, Bull. Ass. plén. N°7).

L'organisme assureur peut sans doute prévoir le versement de prestations à caractère indemnitaire (v. not. art. L. 931-11 du code de la sécurité sociale). Les stipulations du contrat collectif intègrent alors un principe dit de non-cumul en vertu duquel l'indemnisation du participant, spécialement lorsqu'il perçoit d'autres sources de revenus (régime de base, ARE, rémunérations à raison d'une activité à temps partiel, etc.), ne peut être supérieure à son salaire de référence. Pour autant, l'adoption du principe indemnitaire a pour fondement le contrat collectif et non pas une règle légale impérative à laquelle il serait interdit de déroger.

Le sens de ce principe et ses modalités de mise en œuvre dépendent alors de l'interprétation du contrat, dont la Cour de cassation juge qu'elle est au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond (Cass. civ. 1^e 29 juin 1999, pourvoi n°97-15.729).

Il convient cependant d'observer que le principe indemnitaire semble s'imposer lorsque le participant bénéficie d'une rente d'invalidité et d'une rente au titre de la branche AT-MP. La Cour de cassation a ainsi jugé qu'un « assuré [ne peut] bénéficier à la fois, au titre d'un même état, d'une pension d'invalidité et d'une rente majorée, ce qui aurait pour effet d'indemniser deux fois les mêmes séquelles [...] » (v. Cass. civ. 2^e 2 mai 2007, pourvoi n°06-12.514).

Quoi qu'il en soit et de manière générale, le médiateur recommande (v. *infra* PRÉSENTATION RÉCAPITULATIVE DES RECOMMANDATIONS) que les « garanties de ressources » soient plus conformes aux attentes des participants et qu'elles permettent effectivement le

maintien des rémunérations perçues avant la survenance du sinistre.

INCIDENCE SUR L'IMPUTATION DE LA CSG ET DE LA CRDS

Cette observation n'est pas théorique, notamment lorsqu'il s'agit d'imputer la CSG et la CRDS dues au titre des revenus de remplacement sur le salaire de référence dont le montant constitue le plafond d'indemnisation.

La logique indemnitaire des prestations dues au titre de la prévoyance conduit à retenir que le cumul des revenus n'excède pas le salaire perçu par le participant avant la cessation temporaire ou définitive de son activité. Les participants qui ont différentes sources de revenus, notamment parce qu'ils parviennent à travailler encore à temps partiel, admettent le principe de ce plafonnement et la réduction en conséquence des prestations dues par l'institution.

Les participants admettent moins bien les conditions usuelles de mise en œuvre du principe qui consiste à définir le plafond au salaire net du salarié tout en intégrant dans le montant des ressources cumulées des données brutes et spécialement les rentes dues par les institutions, avant prélèvement de la CSG et de la CRDS.

Cette contestation est sérieuse dès lors que la méthode de calcul retenue conduit à réduire du montant de ces deux impôts le revenu de remplacement du participant. La méthode retenue n'est certes pas incohérente. La CSG et la CRDS sont considérées comme des impôts, affectés au financement de la dette sociale, et précomptés par les organismes payeurs (employeur, caisse de Sécurité sociale, organisme assureur). Il résulte en effet des articles L. 131-1 et L. 136-1 du code de la sécurité sociale que ces contributions sociales portent sur les revenus de remplacement et qu'elles doivent être précomptées par les organismes assureurs débiteurs de ces revenus. La CSG et la CRDS sont donc dues par le bénéficiaire des prestations, comme l'est l'impôt sur le revenu lorsqu'il est prélevé à la source et l'on ne saurait demander à l'organisme assureur qu'il prenne en charge les contributions obligatoires des assurés sociaux. Il est donc normal que le calcul de la totalité des prestations servies au participant intervienne en considération de prestations brutes, c'est-à-dire de prestations incluant le montant de la CSG et de la CRDS. Les institutions de prévoyance ne sont pas débitrices des impôts dus par leurs participants.

On pourrait souhaiter que le salaire net qui tient lieu de plafond soit néanmoins relevé du montant de la CSG et de la CRDS, à l'exclusion de toute autre charge. En effet, la

méthode préconisée par le régime de prévoyance aboutit à ce que le participant invalide perçoive un revenu de remplacement égal à son salaire net, moins le montant de la CSG et de la CRDS alors que s'il travaillait à temps complet, son salaire net serait celui versé déduction déjà faite de ces contributions. L'indemnisation est donc imparfaite, spécialement au regard des attentes des participants qui espèrent une garantie de ressources. Cette imperfection est légalement admissible dès lors que le « principe indemnitaire » n'oblige pas les institutions de prévoyance et que ces dernières définissent contractuellement et forfaitairement le montant de leurs prestations.

Pour autant, compte tenu de la référence récurrente au principe indemnitaire, il serait logique de ne pas décevoir les attentes des participants et donc opportun de revoir cette méthode de calcul (v. *infra PRÉSENTATION RÉCAPITULATIVE DES RECOMMANDATIONS*). Le médiateur suggère désormais dans ses avis la mise en œuvre de cette recommandation.

S'agissant du taux de CSG, il y a lieu de distinguer entre deux périodes :

- Antérieurement au 31 décembre 2017, on peut considérer que le taux de CSG applicable est celui en vigueur à la date de versement, et ce peu important la période au titre de laquelle les sommes assujetties sont attribuées. En effet, selon les dispositions de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction applicable : « pour le calcul des cotisations de sécurité sociale, sont considérées comme rémunérations toutes **les sommes versées** aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail [...] ». Qui plus est, un arrêt de la Cour de cassation (Cass. civ. 2^e 25 mai 2004, pourvoi n°02-31.083) précise que : « [...] il résulte de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale que c'est le versement des rémunérations par l'employeur et non l'exercice de l'activité à l'origine de l'assujettissement qui détermine le fait générateur de son obligation de cotiser au régime général de la sécurité sociale. »
- À partir du 1^{er} janvier 2018, il y a lieu de faire application de la nouvelle rédaction de l'article L. 136-1 du code de la sécurité sociale selon lequel, la contribution sociale sur les revenus d'activité et sur les revenus de remplacement « est due pour les périodes au titre desquelles les revenus mentionnés au premier alinéa sont attribués ». Dans le même sens, l'article L. 242-1 alinéa 1 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction en vigueur au 1^{er} janvier 2018, dispose que « pour le calcul des cotisations de sécurité sociale **dues pour** les périodes au titre desquelles les revenus d'activité sont attribués, sont considérées comme rémunérations toutes les sommes versées aux travailleurs en contrepartie ou à l'occasion du travail [...] ». Il s'ensuit qu'à compter du 1^{er} janvier 2018, le taux de CSG applicable

est celui en vigueur au cours de la période au titre de laquelle les sommes assujetties sont attribuées, et non le taux applicable à la date de versement.

INVALIDITÉ ET INCAPACITÉ

Le calcul des rentes invalidité, également celui des indemnités dues en cas d'incapacité temporaire ou définitive, donne lieu à de nombreux dossiers, dont l'issue est souvent d'importance pour les plaignants.

Le calcul des rentes pose cependant de nombreuses difficultés, certaines pouvant être évitées au bénéfice d'une clarification des notices, ainsi qu'il a été recommandé par le médiateur depuis 2015 (v. *infra* PRÉSENTATION RÉCAPITULATIVE DES RECOMMANDATIONS, SALAIRE DE RÉFÉRENCE) :

Au bénéfice de cette observation préalable, les difficultés ont habituellement pour objet :

- le fait générateur ;
- la notion de salaire de référence ;
- l'hypothèse dans laquelle le salarié a fait l'objet d'un temps partiel thérapeutique ou d'une suspension du contrat de travail avant sa mise en invalidité ;
- l'hypothèse dans laquelle le salarié invalide continue de percevoir des revenus d'activité ;
- la distinction entre l'invalidité et l'incapacité permanente professionnelle ;
- le précompte de la CSG/CRDS (v. *supra*) ;
- la pluriactivité ;
- les retards de paiement.

FAIT GÉNÉRATEUR

La détermination du fait générateur d'une incapacité ou d'une invalidité est déterminante en pratique. D'où en premier lieu, la nécessité d'en préciser la notion. Une discussion s'engage parfois du fait d'un décalage entre la cause (maladie, accident) et la constatation de l'état d'incapacité ou d'invalidité. La question se pose alors de savoir quand situer le fait générateur. Intuitivement, ce dernier se placerait naturellement au jour de la cause. Pourtant, il est de fait que la plupart des notices et des contrats collectifs visent plutôt l'état d'incapacité ou d'invalidité comme étant constitutif du fait générateur. C'est en effet la constatation de cet état qui déclenche le bénéfice de la garantie. La référence à la cause de cet

état, spécialement à sa date, est dès lors inopérante. Au demeurant, la clause qui exclurait la prise en charge d'une incapacité ou d'une invalidité au prétexte d'une antériorité de la cause de cet état serait d'une licéité douteuse compte tenu des termes de l'article 2 de la loi Évin (v. *infra*).

Pour autant, la question n'est pas complètement clarifiée en jurisprudence dès lors qu'il a été jugé par un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (Cass. civ. 2^e 21 mai 2015, pourvoi n°14-13.223, publié au bulletin) qu'il convient de se référer aux garanties applicables au moment du fait générateur (i.e. « la cause ») ayant conduit à l'invalidité, même si elle fait suite à une incapacité temporaire de travail », et non au jour de la mise en invalidité. Il est décidé que : « la révision d'une pension d'invalidité de première catégorie en pension d'invalidité de deuxième catégorie supposant la constatation de l'aggravation de l'état d'invalidité de l'intéressé, le fait générateur du nouveau classement, au sens des deux premiers d'entre eux, est nécessairement l'arrêt de travail ayant entraîné le précédent classement en invalidité ». Pour autant, la portée de cet arrêt doit être clairement circonscrite dès lors qu'il a été rendu alors que le règlement de l'institution de prévoyance retenait comme fait générateur d'une invalidité, non pas le classement en invalidité, mais « la date de l'arrêt de travail au sens de la sécurité sociale pour les garanties d'indemnités journalières, de rente d'invalidité ». La Cour de cassation peut en décider autrement si le contrat collectif définit le risque en considération de l'état de l'assuré et non de la cause de ce dernier (Cass. civ. 2^e 18 janv. 2006, pourvoi n°04-18.296).

Même ainsi clarifiées, les notions d'incapacité ou d'invalidité peuvent susciter des difficultés de mise en œuvre. Par exemple, le classement d'un participant en affection de longue durée (ALD) ne peut constituer un fait générateur au sens d'une garantie incapacité ou invalidité dès lors que la reconnaissance d'une telle affection ne constitue pas un arrêt de travail mais une simple reconnaissance d'un état pathologique particulièrement lourd justifiant une prise en charge à 100 % des frais de santé par la Sécurité sociale (v. articles L. 160-14 et L. 324-1 du code de la sécurité sociale). Autre exemple, en sens contraire, un contrat qui prévoit une indemnisation complémentaire en cas d'incapacité de travail consécutive à une maladie, un accident de la vie courante, un accident du travail ou assimilé peut obliger l'institution de prévoyance à verser des indemnités complémentaires à une salariée contrainte d'étendre son congé de maternité compte tenu de ses conditions de travail. Naturellement, la proposition n'a pas de portée générale et s'entend en considération des termes de la notice communiquée aux participants. Cependant, lorsque celle-ci vise « le congé normal de maternité » dans les exclusions de garantie, les

conditions de la garantie sous-entendent que l'arrêt lié à une maternité est assimilable à un arrêt pour maladie, d'où la nécessité d'exclure expressément le congé normal de maternité. Il s'ensuit qu'un congé anormal de maternité, même s'il n'a pas pour cause une pathologie, justifie la mise en œuvre de la garantie.

La date du fait génératrice est décisive aux fins de déterminer les garanties applicables. Il arrive en pratique qu'un contrat collectif évolue. Sauf dispositions expresses contraires, les changements du régime applicable au risque incapacité/invalidité sont en principe dépourvus de portée rétroactive. Ainsi, s'il ressort des termes d'un accord collectif que la couverture du risque incapacité n'était pas prévue à la date du fait génératrice, le participant ne peut se prévaloir de la date de consolidation de son incapacité, intervenue après modification desdits termes pour prétendre à une prise en charge de son incapacité. Une même analyse peut être faite lorsque le participant sollicite la prise en charge d'une incapacité permanente professionnelle (IPP), reconnue par la Sécurité sociale avant que le contrat collectif ne prévoie de couverture compte tenu de l'insuffisance du taux, mais qui s'est aggravée à une date à laquelle les termes modifiés du contrat collectif prévoient désormais une telle couverture. Si le contrat collectif fixe le fait génératrice à « la date de reconnaissance de l'incapacité par la Sécurité sociale », une aggravation du taux d'incapacité ne permet pas de déplacer le jour de la reconnaissance de la maladie professionnelle à la date de la reconnaissance de l'aggravation. Cette solution est admise en jurisprudence, même s'il est vrai que cette dernière n'a pas été constituée à l'occasion de litiges opposant une institution de prévoyance à un participant (Cass. civ. 2^e 4 mai 2016, pourvoi n°15-17.581). Pour être sévère, cette jurisprudence a sa cohérence dans la mesure où les taux d'incapacité en matière d'IPP évoluent sensiblement et en de multiples occurrences, de sorte que la prise en charge des maladies professionnelles requiert de s'en tenir à un seul fait génératrice. C'est en quelque sorte le coût de la nécessaire prévisibilité dans l'appréciation des risques.

NOTION DE « SALAIRE DE RÉFÉRENCE »

La notion de « salaire de référence » doit se comprendre dans le cadre collectif du régime de prévoyance dont la garantie invalidité a pour objet le maintien du revenu d'un participant qui n'est plus en mesure de travailler. Elle ne doit pas s'analyser selon les critères du droit du travail, lequel régit en premier lieu la relation entre le salarié et son employeur et non pas les droits d'un participant à l'égard d'un organisme assureur.

La Cour de cassation distingue clairement ces deux types de relations. Ainsi a-t-elle jugé dans un important arrêt rendu le 16 février 2005 (pourvoi n°02-43.792, publié au

bulletin) par la chambre sociale au visa de l'ancien article L. 122-24-4 du code du travail (devenu l'article L. 1226-4), que :

« [...] la cour d'appel a exactement décidé qu'aucune réduction ne peut être opérée sur la somme, fixée forfaitairement au montant du salaire antérieur à la suspension du contrat, que l'employeur doit verser au salarié, **la question de la conservation des avantages reçus au titre des prestations versées par une institution de prévoyance en raison de l'état de santé de M. X... relevant des seuls rapports entre ces derniers** » (confirmé par Cass. soc. 21 nov. 2007, pourvoi n°06-44.507 ; Cass. soc. 22 juin 2011, pourvoi n°10-16.064).

Par conséquent, l'employeur ne peut déduire du montant forfaitaire à verser, les indemnités octroyées au salarié au titre du contrat de prévoyance pendant la suspension de son contrat de travail. A l'inverse, l'institution de prévoyance peut tenir compte du montant de la somme versée par l'employeur pour réduire sa prestation.

Dans les rapports entre le salarié participant et l'institution de prévoyance, **il faut donc en priorité s'en tenir à la lettre du contrat collectif**, pourvu que les stipulations soient claires et précises.

Dans cet esprit et en réponse à une question parlementaire (question N° 7230 AG du 18 avril 2023) portant sur la revalorisation des rentes, le Ministre du travail a livré le 24 octobre 2023 la réponse suivante :

« Le montant d'une rente complémentaire d'invalidité est librement défini par les parties. Celle-ci, généralement calculée comme un pourcentage d'un salaire de référence, vise à garantir à l'assuré un revenu global de remplacement, déduction faite des indemnités journalières de la sécurité sociale. Les conditions de revalorisation de la rente complémentaire d'invalidité sont généralement prévues par le contrat. Néanmoins, rien n'impose une telle revalorisation ; **l'opportunité de conclure de telles stipulations relève de la liberté contractuelle garantie par l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen.** »

S'il y a lieu à interprétation, ce qui est souvent inéluctable, tant les notions de salaire et de rémunération sont à la fois complexes et sensibles, il y a lieu de se déterminer en considération des directives qui suivent.

Généralités

Même s'il est de principe que les prestations dues dans les assurances de personne sont par nature **forfaitaires**, il n'en reste pas moins que la garantie de ressources s'inscrit dans une logique **indemnitaire**.

Le salaire de référence en considération duquel est calculée la rente complémentaire d'invalidité doit donc en principe correspondre au salaire qu'aurait perçu le participant s'il avait été effectivement en mesure de travailler après la survenance du fait générateur.

Dans cet esprit, et lorsqu'un participant a fait l'objet d'affiliations successives au cours de l'exercice servant de base de calcul au salaire de référence, il est cohérent, sauf dispositions contraires expresses, de prendre en considération le salaire perçu au titre de la dernière affiliation, et à le reconstituer abstraction faite des rémunérations perçues lors des précédentes affiliations.

Retenir les affiliations successives au cours de l'exercice de référence conduirait à une indemnisation incohérente dès lors qu'elle reviendrait à prendre en considération une situation professionnelle antérieure à la survenance du fait générateur. Or, une exacte indemnisation des conséquences de ce dernier conduit logiquement à prendre exclusivement en considération la situation professionnelle du participant au jour de la survenance du sinistre.

Dans le même esprit, la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence ne peut être intégrée dans le calcul du salaire de référence dès lors qu'elle ne correspond pas à la « rémunération totale qu'il (le salarié) aurait perçue s'il avait travaillé effectivement » et constitue au contraire la compensation de l'engagement du salarié de ne pas développer une activité faisant concurrence à son ancien employeur. Par conséquent, la rémunération de la clause de non-concurrence doit être versée après la rupture du contrat de travail, et non pendant son exécution (Cass. soc. 17 novembre 2010, pourvoi n°09-42.389).

La garantie s'inscrit également dans une logique collective si bien que l'appréciation du salaire correspondant à une situation de travail effectif doit être réalisée de la même manière pour l'ensemble des participants.

De cette nécessaire appréciation commune à l'ensemble des participants, il se déduit, comme la Cour de cassation a eu l'occasion de juger dans un contexte comparable, que ne peuvent être intégrées dans le salaire de référence servant de base à la détermination de la rente complémentaire que les rémunérations qui « présentent un caractère régulier et habituel ».

De ces principes, il se déduit, par exemple, qu'un 13^e mois doit être intégré dans le salaire de référence dès lors que cet élément de la rémunération présente un caractère habituel et régulier. Il en va de même des heures supplémentaires lorsque les conditions de travail du participant révèlent que celles-ci présentent un tel caractère.

Incidence d'un jugement

Il peut arriver que par l'effet d'un jugement, rendu par exemple à l'occasion d'une procédure de licenciement, le salaire sur la période de référence fasse l'objet d'une revalorisation.

En pareille hypothèse, l'institution de prévoyance doit tenir compte de cette revalorisation et l'intégrer rétroactivement dans le calcul du salaire de référence. En effet, il est de principe que les décisions de justice ont une portée déclarative, donc rétroactive.

Et si les jugements sont d'un effet limité en principe aux seules parties, il est également de principe que le jugement est opposable aux tiers. Comme le rappellent les meilleurs auteurs, les tiers « ne peuvent pas ignorer l'existence de la situation juridique substantielle née du fait du jugement, dès lors que le jugement, par son existence même, modifie l'ordonnancement juridique ; cette modification, objectivement, doit être reconnue et respectée par les tiers. Le principe d'opposabilité du jugement rend compte de cette nécessité pour les tiers de reconnaître et respecter la situation juridique substantiellement née du jugement » (Chainais, Ferrand, Mayer et Guinchard, *Procédure civile*, 35^e éd., Dalloz 2021, n°1191).

Dans ces conditions, lorsqu'un jugement ordonne un rappel de salaires, cette proposition déclarative s'impose aux tiers, tenus de respecter cette situation juridique et de considérer que pour la période visée par ce jugement, le salaire s'entend des montants versés au salarié comme de ceux dont le rappel a été décidé.

Il est ici rappelé que les tiers sont en principe en situation d'exercer une tierce opposition dans les termes prévus par les articles 582 et suivants du code de procédure civile, s'ils entendent échapper à l'opposabilité *erga omnes* des effets substantiels du jugement. À défaut, cette dernière s'impose.

Pour autant et même si la solution peut paraître sévère, la portée déclarative du jugement prud'hommal ne préjuge pas de la recevabilité du salarié concerné à en solliciter le bénéfice auprès de l'institution de prévoyance. Il est en effet de principe que la recevabilité ne préjuge pas du fond et inversement.

De fait, il est admis en jurisprudence que « pour interrompre la prescription ainsi que les délais pour agir, une citation en justice doit être signifiée à celui qu'on veut empêcher de prescrire » (Cass. civ. 2^e 13 septembre 2018, pourvoi n°17-20.966, publié au bulletin). Par ailleurs, la prescription biennale prévue par le code de la sécurité sociale peut être interrompue selon des modalités plus simples que celles prévues par le Code civil. Aux termes de l'article L. 932-13-3

de ce code, « l'interruption de la prescription de l'action peut [...] résulter de l'envoi d'une lettre recommandée ou d'un envoi recommandé électronique, avec accusé de réception, [...] par le membre participant [...] en ce qui concerne le règlement de la prestation. »

Au reste, une instance prud'homale n'est pas de nature à constituer « l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure » de nature à suspendre le cours de la prescription dans les termes prévus par l'article 2234 du Code civil.

Aussi bien, le salarié qui engage une procédure aux prud'hommes, dont l'issue peut avoir une incidence sur la mise en œuvre de son régime de prévoyance, doit veiller à en alerter l'institution concernée. S'il est assisté d'un conseil, ce dernier doit être vigilant et appeler l'institution en la cause, aux fins de jugement commun.

Techniquement justifiée, cette solution est au demeurant conforme à l'économie des régimes de prévoyance, laquelle repose sur un principe de mutualisation des risques qui ne peut s'accommoder, sur une durée excédant la prescription biennale, des aléas propres aux situations individuelles.

Rémunérations variables

Lorsqu'un salarié cumule, de manière **régulière et habituelle**, une rémunération fixe et une autre variable, il est fréquent que le contrat collectif prévoie des modalités de détermination du salaire de référence différencierées selon les deux types de rémunération.

Par exemple, pour calculer un salaire annuel de référence, le multiplicateur approprié sera mécaniquement appliqué à la rémunération fixe du dernier mois ou du dernier trimestre, tandis que les éléments variables seront comptabilisés en tenant compte des compléments de rémunération réellement versés au cours de l'année précédant l'arrêt du travail.

Les participants ne doivent pas considérer que les rappels de salaires reçus au cours de l'année de référence constituent nécessairement des éléments de la part variable de la rémunération. Par exemple, le rappel de salaires obtenu par décision de justice ayant ordonné la réintégration d'un salarié après son licenciement n'a pas la nature d'une rémunération variable, cette dernière s'entendant nécessairement d'une rétribution de l'activité professionnelle déployée au cours des 12 derniers mois précédant l'arrêt de travail et non pas de rappels de salaires correspondant à une période ayant couru sur un temps beaucoup plus long.

Dans le même temps, la part variable du salaire de référence est toujours calculée en considération de rémunérations versées avant l'arrêt de travail, d'où il suit qu'il n'y a pas à intégrer dans le salaire de référence des éléments de rémunération, comme des commissions ou des primes d'objectif, ayant leur fait générateur pendant la période de référence, mais versés ultérieurement.

Il est d'ailleurs significatif qu'il en aille exactement de même pour le calcul des indemnités journalières de la Sécurité sociale dont la rente versée par un organisme assureur n'est jamais qu'une prestation complémentaire. L'article L. 323-4 alinéa 3 du code de la sécurité sociale dispose ainsi que « le revenu d'activité journalier antérieur est déterminé d'après la ou les dernières payes antérieures à la date de l'interruption du travail ». Ces dispositions renvoient aux articles R. 323-4 et R. 323-10 du même code qui, l'un et l'autre et respectivement, font référence à un calcul des indemnités journalières en considération des sommes versées « lors de chaque paie » ou encore des « paies effectuées ».

À propos du calcul de l'indemnité journalière due à un VRP et en application de ce texte, la Cour de cassation a ainsi jugé :

- que « pour la fixation de l'indemnité journalière de l'assurance maladie due à un voyageur-représentant-placier, il est tenu compte, dans les limites du plafond fixé périodiquement par décret, du salaire réglé lors de chaque paie durant la période de référence et servant de base au calcul de la cotisation pour les risques maladie, invalidité et décès » (Cass. soc. 5 novembre 1992, pourvoi n°91-12.192, Bull. civ. V n°534) ;
- qu'il n'y a pas lieu de revaloriser des indemnités journalières à la suite d'une condamnation de l'employeur à un rappel de salaire, et ce parce que, « par application de l'article R. 323-4 du code de la sécurité sociale, les prestations en espèces de l'assurance maladie doivent être calculées sur la base des salaires effectivement perçus durant la période précédent l'interruption effective de travail » (Cass. civ. 2^e 22 janvier 2009, pourvoi n°07-21.504, Bull. civ. II n°30) ;
- que « les prestations en espèces de l'assurance maladie sont calculées sur la base des salaires effectivement versés durant la période précédent l'interruption de travail », que doivent être censurés les juges du fond qui, pour calculer le salaire de référence d'un technico-commercial incluant une partie fixe et un commissionnement, ont retenu « que rien ne fait obstacle à ce que les indemnités journalières soient calculées de façon cumulative pour partie sur un fixe mensuel et pour le surplus sur un salaire variable dont le montant et les composantes sont connus a posteriori, mais afférent aux trois mois précédant l'arrêt de travail »

(Cass. civ. 2^e 27 novembre 2014, pourvoi n°13-25.313, Bull. civ. II n°237).

Au reste, l'exclusion de la part variable versée en dehors de la période de référence est justifiée dans la mesure où les prestations servies par un organisme assureur en cas d'arrêt de travail ont pour objet de garantir les ressources que l'assuré ne perçoit plus de son employeur. Il serait illogique de garantir des ressources qu'il percevra effectivement et de manière différée, car alors, dans le même temps qu'il percevrait les indemnités journalières de la Sécurité sociale et les prestations complémentaires de l'organisme assureur, il serait encore rémunéré par son employeur.

Indemnité compensatrice de congés payés

Concernant l'indemnité compensatrice de congés payés, il est normal qu'elle ne soit pas intégrée dans le salaire de référence.

Tout d'abord, ces indemnités n'auraient pas été versées si le plaignant avait été effectivement en mesure de travailler. En effet, il aurait alors pris ses congés et n'aurait pas perçu l'indemnité compensatrice.

Or, c'est bien en considération d'une situation de travail effectif que doit être apprécié le salaire de référence servant de base de calcul à la rente complémentaire d'invalidité.

À cet égard, il a été jugé « qu'un agent bénéficiant du maintien intégral de son salaire pendant sa période de maladie ne pouvait percevoir une rémunération totale supérieure à celle qu'il aurait reçue s'il avait travaillé effectivement », ce qui exclut « le versement d'une indemnité compensatrice pour les congés payés qui n'avaient pas été pris au cours de cette période » (Cass. soc. 29 octobre 1986, pourvoi n°83-44.401, Bull. V n°499).

Ensuite, le versement d'indemnités compensatrices de congés payés a un caractère contingent et ne présente pas les caractères d'habitude et de régularité permettant d'intégrer cette indemnité au salaire de référence qui sert de base de calcul au versement d'une rente d'invalidité. Selon la Cour de cassation, « les indemnités compensatrices de congés payés [...] ne présentent pas de caractère régulier et habituel » si bien « qu'elles n'entrent pas dans l'assiette de calcul du salaire mensuel moyen destinée à déterminer le montant de l'allocation. [...] » (Cass. civ. 2^e 17 décembre 2015, pourvoi n°14-28.283, publié au bulletin).

L'indemnité compensatrice de congés payés est due par l'employeur au cas où le salarié n'est pas en situation de prendre ses congés.

Elle ne peut être apparentée à un élément de salaire lorsqu'il s'agit de maintenir la rémunération habituelle et régulière d'un salarié en mesure de travailler et donc de prendre ses congés.

Au reste et enfin, l'intégration des indemnités compensatrices de congés payés dans le salaire de référence reviendrait à moduler la garantie d'invalidité du régime de prévoyance selon que l'invalidité a été en mesure ou non de prendre ses congés avant sa période d'invalidité.

Or, cette distinction n'a pas lieu d'être. La garantie invalidité peut varier en considération de la nature de l'invalidité. Il n'y a aucune raison d'en indexer le montant sur des éléments antérieurs au constat de l'invalidité, alors surtout que ceux-ci, comme les congés qui n'ont pas été pris par le participant, ont déjà donné lieu à compensation, sous la forme d'une indemnité versée par l'employeur.

C'est donc à juste titre que l'institution de prévoyance, qui offre dans un cadre collectif de maintenir le revenu des invalides de 2^e catégorie, prévoit un calcul de la rente complémentaire en considération du salaire que percevraient ses participants invalides s'ils étaient effectivement en mesure de travailler ; ce qui exclut l'intégration dans le salaire de référence d'indemnités compensatrices de congés payés.

Compte épargne-temps

S'il est jugé que les sommes versées au titre du compte épargne-temps (CET) doivent être intégrées dans l'assiette des cotisations (Cass. civ. 2^e 17 décembre 2015, pourvoi n°14-26.681), il est aussi décidé qu'en l'état d'une convention collective retenant que « la base de calcul de l'indemnité de licenciement est la rémunération effective totale mensuelle gagnée par le salarié licencié pendant le mois précédent le préavis de licenciement », « la somme correspondant au rachat, par le salarié, des droits issus de son compte épargne-temps, lesquels ne répondent à aucune périodicité [...] », n'a pas à être incluse dans la base de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement. »

Il y a donc lieu de retenir qu'en principe, la monétisation du CET ne constitue pas une rémunération au sens propre devant être intégrée dans le calcul du « salaire annuel brut d'activité » servant de référence au calcul de la rente d'invalidité.

D'ailleurs, la Cour de cassation a jugé que la monétisation du CET doit être exclue de l'assiette de calcul d'une indemnité déterminée en considération du salaire de référence (Cass. soc. 22 juin 2016, pourvoi n°14-18.675, publié au bulletin ; v. déjà Cass. soc. 10 juillet 2013, pourvoi n°12-18.273, Bull. civ. V n°192 : « la somme correspondant

au rachat, par le salarié, des droits issus de son compte épargne-temps [...] n'a pas à être incluse dans la base de calcul de l'indemnité conventionnelle de licenciement »).

Il faut cependant éviter la confusion entre les éléments de rémunération qui permettent d'abonder le CET, lesquels intègrent le salaire de référence s'ils sont perçus de manière régulière et habituelle, et les avantages perçus au titre de la monétisation de ce même compte, qui ne répondent à aucune périodicité et n'entrent pas dans l'assiette de calcul des rentes d'invalidité.

Exclure du salaire de référence un élément de rémunération régulier au seul motif qu'au lieu de le percevoir, le salarié a fait le choix de l'épargner reviendrait en réalité à disqualifier tout élément de salaire donnant lieu à épargne. La gestion prudente d'un salarié de ses revenus ne peut conduire à le priver de mécanismes de prévoyance auxquels il a régulièrement cotisé.

Invalidités successives

Lorsqu'un salarié change de régime d'invalidité par l'effet d'une aggravation de son état, il est d'usage de calculer son salaire de référence en considération des rémunérations qu'ils percevaient avant son premier classement. Il en est spécialement ainsi lorsqu'à la suite d'un même fait génératrice, le salarié passe d'une invalidité de rang un à une invalidité de rang deux. Si l'on devait indemniser cette dernière en considération des salaires perçus par le salarié lorsqu'il était en invalidité de 1^{ère} catégorie, la prise en charge serait partielle et entraînerait une perte de revenus injustifiée pour le participant.

La solution est cependant différente lorsque les invalidités successives ne relèvent pas du même contrat collectif. L'organisme assureur désigné par le second n'est pas en mesure de prendre en considération les salaires perçus avant la première mise en invalidité lorsque cette dernière a été prise en charge par un autre organisme assureur. Quoique sévère, la solution s'explique pour deux raisons :

- La prise en considération par le second organisme assureur des revenus antérieurement versés à la reconnaissance de l'invalidité de 1^{ère} catégorie reviendrait à lui imposer une prise en charge complète des deux invalidités successives et en conséquence la prise en charge d'un risque (l'invalidité de 1^{ère} catégorie) déjà réalisé lors de l'adhésion au contrat, ce qui est contraire au mécanisme de l'assurance, qui suppose l'existence d'un aléa.
- Imposer une solution contraire reviendrait à imposer au second organisme assureur la prise en compte de rémunérations versées par un précédent employeur, rémunérations ne reflétant aucunement la situation

professionnelle connue de cet organisme et susceptible d'occasionner le versement de prestations supérieures à celles provisionnées par celle-ci.

TEMPS PARTIEL OU SUSPENSION DU CONTRAT DE TRAVAIL

Généralement, le contrat collectif prévoit qu'au cas où le passage à temps partiel a lieu pour des raisons thérapeutiques, le participant peut prétendre à une rente d'invalidité calculée en considération d'un salaire correspondant à un temps complet. En effet, c'est alors le même sinistre qui justifie le temps partiel puis l'invalidité de sorte que sa prise en charge effective suppose que l'on considère la période antérieure à sa survenance.

Cette observation doit également conduire à reconnaître qu'au cas où le sinistre survient lors d'une période de suspension du contrat de travail (par ex. un congé maternité), le salaire de référence correspond au salaire perçu avant la suspension du contrat.

Le médiateur a été conduit à faire application de ces principes à une salariée qui, à l'issue de son congé maternité, avait opté pour un passage temporaire à temps partiel, possibilité que lui offre l'article L. 1225-47 du code du travail, à titre d'alternative au congé parental.

L'institution de prévoyance avait estimé qu'au moment du sinistre, la salariée travaillait à temps partiel et a calculé sa rente en conséquence. Le résultat était inéquitable. En effet, il revenait à pénaliser les salariés choisissant le temps partiel au lieu et place du **congé parental**. Car, en cette dernière occurrence, le salaire de référence est celui perçu avant le congé, soit à une période à temps complet. De surcroît, l'analyse de l'institution était contraire aux dispositions impératives du code du travail dont l'article L. 1225-47 met à égalité « congé parental d'éducation et passage à temps partiel ».

Il était donc raisonnable de considérer que, si le congé parental d'éducation proprement dit constitue une cause de suspension totale du contrat de travail, le passage temporaire à temps partiel s'apparente à une suspension partielle dudit contrat. Cette analyse est justifiée dès lors que le passage à temps partiel à l'issue d'un congé maternité est une situation temporaire et dérogatoire à l'issue de laquelle la salariée doit normalement retrouver la situation qui était la sienne avant le congé.

Il fallait donc calculer la rente de la salariée en considération du salaire perçu avant son congé maternité et non depuis qu'elle avait fait le choix d'un passage temporaire à temps partiel.

Dans un contexte sans doute différent, la Cour de justice de l'Union européenne a retenu qu'en cas de congé parental et aux fins d'assurer l'effectivité du droit dont il fait l'objet, « une indemnité forfaitaire de protection doit [...] être déterminée sur la base de la rémunération afférente aux prestations de travail à temps plein du travailleur » (CJUE, 27 février 2014, aff. C-588/12, point 47). Sans doute une rente d'invalidité n'est-elle pas au sens strict une indemnité. Pour autant, cette jurisprudence européenne consolide la doctrine retenue en médiation, laquelle est la seule compatible avec l'effectivité du droit au congé parental.

La même solution s'impose lorsque la suspension du contrat de travail résulte d'un « **congé de proche aidant** », autrement dénommé « congé de soutien familial », dans les conditions prévues par l'article L. 3142-16 du code du travail. Encore une fois, une garantie de ressources en cas d'incapacité de travail n'a de substance qu'autant que les prestations sont calculées en considération d'un revenu d'activité. Au reste, il n'est pas admissible qu'un salarié qui bénéficie d'un congé prévu par des règles impératives du code du travail pendant la période de référence se trouve de fait privé du bénéfice de la garantie lorsqu'il reprend une activité à temps complet.

Cette solution a encore été retenue à propos d'un salarié qui obtient en accord avec son employeur le bénéfice d'un **congé sans soldes**, spécialement aux fins de suivre une **formation professionnelle** en cohérence avec le poste qu'il occupe. Il n'y a pas lieu de le pénaliser dans le calcul de la rente complémentaire d'invalidité qui lui est due dans l'hypothèse d'un classement en invalidité postérieurement à son congé. La rente d'invalidité doit en conséquence être calculée en considération d'une période de travail effectif et abstraction faite de la période de congé.

L'hypothèse du **chômage partiel** (articles L. 5122-1 et R. 5122-18 du code du travail) affectant le salarié pendant la période de référence ayant précédé l'arrêt de travail appelle des réflexions similaires.

En principe, il y a donc lieu de reconstituer le salaire annuel de référence en considération de l'année civile précédent l'arrêt de travail et correspondant à une activité à temps complet. Naturellement, le participant doit être indemnisé en considération de ce qu'il percevrait s'il était en mesure d'avoir une activité.

Les institutions de prévoyance comprendront qu'elles ne sont pas sollicitées pour servir au lieu et place de l'employeur des indemnités de chômage partiel non chargeables. Elles ne peuvent donc faire utilement valoir que les indemnités dues en cas de chômage partiel ne donnent pas lieu à cotisations, sauf à introduire une

déchéance partielle du bénéfice de la garantie « arrêt de travail », motif pris d'une absence partielle de paiement des cotisations, solution qui heurterait les dispositions impératives issues des articles L. 932-6 et L. 932-9 du code de la sécurité sociale. Il leur est simplement demandé de ne pas tenir compte de cette période d'indemnisation pour déterminer le salaire de référence. Au reste, lorsque l'institution de prévoyance est tenue de reconstituer le salaire annuel de référence, faute d'activité complète du salarié, elle raisonne en considération d'une période au cours de laquelle le salarié naura pas été rémunéré et n'aura donc pas cotisé.

En équité, il y a lieu d'observer que la reconstitution du salaire s'impose dès lors qu'à ce jour, les hypothèses traitées par le médiateur sont liées à la crise du Covid ayant entraîné une baisse de rémunération (spécialement pour les salariés habitués des heures supplémentaires) en conséquence de la fermeture des établissements ouverts au public (par ex. : restauration).

A cet égard, on indiquera que si la Cour de cassation a considéré que la crise du Covid ne constituait pas, par principe, un cas de force majeure (v. par ex. Cass. civ. 3^e 15 juin 2023, pourvoi n°21-10.119, publié au bulletin), elle n'a pas exclu cette qualification, au moins au cas par cas (v. par ex. Cass. civ. 1^{re} 6 juillet 2022, pourvoi n°21-11.310).

Cette doctrine n'est cependant pas applicable lorsqu'il n'est pas possible d'identifier une période au cours de laquelle le participant aurait travaillé à temps complet et aurait été rémunéré à ce titre. L'institution de prévoyance n'a d'autre référence qu'une période de travail au cours de laquelle le salarié a toujours travaillé à temps partiel. Il n'y a donc pas lieu d'identifier, par construction, un salaire à temps complet.

Cette doctrine ne s'applique pas non plus lorsqu'au moment de l'arrêt de travail ayant précédé la déclaration d'invalidité, le participant perçoit l'**allocation de retour à l'emploi**. Le dispositif de portabilité permet de maintenir les ressources d'un participant à leur montant réel au jour de la survenance du sinistre. La règle de cumul telle qu'énoncée à l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale doit donc s'appliquer en considération du montant de l'allocation de retour à l'emploi si, comme en l'espèce, le participant perçoit au jour de l'arrêt maladie, suivi d'une invalidité, une telle allocation et non plus un salaire. La portabilité n'est pas une garantie d'emploi de telle sorte que les prestations qui en découlent ne peuvent pas s'établir au montant du salaire que percevait le participant avant la cessation de sa relation de travail.

SALARIÉ INVALIDE AYANT DES REVENUS D'ACTIVITÉ

Là comme ailleurs, il ne saurait y avoir une réponse unique que dicterait l'application du principe indemnitaire.

On doit avoir en mémoire que les prestations propres à la prévoyance relèvent de l'assurance de personnes, soumise au principe forfaitaire.

L'organisme assureur peut sans doute prévoir le versement de prestations à caractère indemnitaire (v. not. art. L. 931-11 du code de la sécurité sociale). Pour autant, l'adoption du principe indemnitaire a pour fondement le contrat collectif et non pas une règle légale impérative à laquelle il serait interdit de déroger.

L'analyse des clauses examinées en médiation conduit à identifier l'alternative suivante :

- la couverture en cas d'invalidité peut être analysée comme une garantie de ressources, auquel cas, la prestation due tend seulement à maintenir le revenu de l'assuré antérieurement à sa mise en invalidité ;
- elle peut également se comprendre comme une compensation des pertes consécutives à l'invalidité, au premier rang desquelles celles correspondant à l'impossibilité de travailler à temps complet et de percevoir un salaire à taux plein.

Selon la première analyse, le plafond est égal au traitement perçu avant la mise en invalidité, alors qu'à suivre la seconde, il correspond au salaire que percevrait l'assuré s'il travaillait à temps complet. Dans cette seconde hypothèse, le salaire de référence est égal au salaire à temps partiel, pondéré d'un coefficient permettant d'identifier son montant si le participant travaillait à temps complet.

Ainsi qu'il a été dit, c'est à la lumière des documents contractuels qu'il y a lieu de choisir entre ces deux analyses. Par exemple, lorsque la notice prévoit que « le salaire de référence servant de base au calcul des prestations est déterminé de la même façon que pour les salariés actifs », il est entendu que ce salaire est égal à celui que percevrait l'invalidé s'il travaillait à temps complet. La clarté desdits documents n'est pas toujours telle qu'elle dispense d'un effort d'interprétation, lequel peut s'appuyer sur les directives suivantes :

- Lorsque l'invalidité prive le salarié de toute activité professionnelle, il est impossible de compenser une perte de revenus en considération d'une activité qui n'est plus ; raisonner de la sorte reviendrait à indemniser un préjudice hypothétique, lequel, par principe, est insusceptible d'indemnisation ; le salaire de référence est alors déterminé en considération de la dernière rémunération perçue avant la mise en invalidité, ou avant le ou les arrêts de travail l'ayant précédée ;

- Lorsque, pour être de première catégorie, l'invalidité autorise encore une activité à temps partiel, la perte subie par le participant correspond à la diminution de sa rémunération du fait de l'absence d'un temps complet. L'indemnisation attendue correspond à celle permettant de combler la différence entre temps complet et temps partiel, cette dernière étant évaluable et certaine dès lors que la rémunération du temps partiel est connue.

Ce qui vaut pour l'invalidité de première catégorie, vaut également lorsque l'invalidé a été classé en deuxième catégorie et qu'il poursuit malgré tout une activité dans le cadre d'un mi-temps, voire un tiers-temps thérapeutique.

Ces solutions sont conformes à l'équité. Le salarié qui poursuit une activité professionnelle allège progressivement la charge indemnitaire de l'institution de prévoyance, spécialement par l'effet de ses promotions successives, au mérite ou à l'ancienneté. Son comportement est de ceux qui, en équité (v. p. 23), justifient une amodiation des stipulations du régime de prévoyance. Il est alors conséquent de retenir que le salaire de référence s'établit à la rémunération que percevrait le salarié s'il travaillait à temps complet.

Il faut cependant résérer l'hypothèse dans laquelle les stipulations du contrat collectif s'articuleraient de telle manière qu'elles auraient pour effet de vider la garantie de sa substance (v. *infra* questions générales).

INVALIDITÉ ET INCAPACITÉ PERMANENTE PROFESSIONNELLE

Au motif qu'un classement en invalidité de 1^{ère} catégorie procède du constat d'*« un état d'invalidité réduisant des deux tiers au moins la capacité de travail ou de gain »*, certains participants estiment être en droit de bénéficier de la garantie du régime de prévoyance qui, en cas d'*« invalidité permanente totale et définitive »*, prévoit le versement par anticipation du capital décès. Ils considèrent que cette garantie s'applique en cas de reconnaissance d'un taux d'incapacité permanente professionnelle d'au moins 66 %, révélée par le constat d'une réduction des deux tiers de la capacité de travail ayant précédé la mise en invalidité.

Cette argumentation procède d'une confusion entre le *« degré d'invalidité »* et le *« taux de l'incapacité permanente »*. L'erreur est classique et il faut bien admettre que pour un profane, la distinction entre invalidité et incapacité permanente n'est pas immédiatement perceptible, d'où la nécessité de faire œuvre pédagogique.

- **L'invalidité** est une notion qui permet le déclenchement de l'assurance invalidité telle que son régime est défini au

Titre IV du Livre III du code de la sécurité sociale consacré aux assurances sociales rattachées au régime général de la Sécurité sociale.

L'article L. 341-1 de ce code dispose ainsi que :

« L'assuré a droit à une pension d'invalidité lorsqu'il présente une invalidité réduisant dans des proportions déterminées sa capacité de travail ou de gain, c'est-à-dire le mettant hors d'état de se procurer un salaire supérieur à une fraction de la rémunération soumise à cotisations et contributions sociales qu'il percevait dans la profession qu'il exerçait avant la date de l'interruption de travail suivie d'invalidité ou la date de la constatation médicale de l'invalidité. »

L'assurance invalidité a donc pour unique objet d'indemniser une perte de gains liée à la situation personnelle de l'assuré.

Trois catégories d'invalidité sont distinguées, précision étant faite que selon l'article L. 341-4 du code de la sécurité sociale, l'invalidé de 1^{re} catégorie est un « invalide capable d'exercer une activité rémunérée ». L'article R. 341-2 précise à cet égard que pour obtenir le classement en 1^{re} catégorie, « l'invalidité que présente l'assuré doit réduire au moins des deux tiers sa capacité de travail ou de gain. »

L'article R. 341-4 fixe le taux de la pension dont bénéficient les invalides de 1^{re} catégorie « à 30 % du salaire annuel moyen ».

Le décalage qui s'observe entre la proportion de perte de capacité retenue pour reconnaître la qualité d'invalidé de 1^{re} catégorie et le taux de la pension a pour conséquence qu'en pratique, une telle invalidité est souvent reconnue au bénéfice de salariés qui sont en mesure de travailler au-delà d'un tiers de leur capacité, généralement des salariés en mi-temps thérapeutique.

- **L'incapacité professionnelle permanente (IPP)** est traitée par les articles L. 434-1 et suivants du code de la sécurité sociale figurant, non pas au Livre III définissant le régime général, mais au Livre IV de ce code consacré aux « accidents du travail et maladies professionnelles ».

L'article L. 434-2 du code de la sécurité sociale définit ainsi l'incapacité professionnelle permanente :

« Le taux de l'incapacité permanente est déterminé d'après la nature de l'infirmité, l'état général, l'âge, les facultés physiques et mentales de la victime ainsi que d'après ses aptitudes et sa qualification professionnelle, compte tenu d'un barème indicatif d'invalidité. »

On comprend d'ores et déjà que l'incapacité permanente n'est pas exclusivement définie en considération d'une perte de capacité de travail ou de gains. Pour autant et après avoir jugé le contraire (Cass. civ. 2^e 8 octobre 2009, pourvoi n°08-17.884, Bull. civ. II n°244), la Cour de cassation retient désormais que « la rente ne répare pas le déficit fonctionnel » (Cass. Ass. Plén. 23 janvier 2023, pourvoi n°21-23.947, publié au bulletin). Elle aligne sa jurisprudence sur celle du Conseil d'État lequel juge que « la rente d'accident du travail doit être regardée comme ayant pour objet exclusif de réparer, sur une base forfaitaire, les préjudices subis par la victime dans sa vie professionnelle en conséquence de l'accident, c'est-à-dire ses pertes de gains professionnels et l'incidence professionnelle de l'incapacité, et que dès lors le recours exercé par une caisse de sécurité sociale au titre d'une telle rente ne saurait s'exercer que sur ces deux postes de préjudice et non sur un poste de préjudice personnel » (CE, section, avis, 8 mars 2013, n°361273, publié au Recueil Lebon ; CE, 23 décembre 2015, n°374628 ; CE, 18 octobre 2017, n°404065).

Cette solution n'est cependant pas définitivement acquise. L'article 24 du PLFSS pour 2025 prévoit son abrogation et le retour à la solution anciennement acquise en jurisprudence.

Quoi qu'il en soit et bien qu'il y ait un risque de double indemnisation, il peut y avoir reconnaissance d'une incapacité permanente professionnelle et attribution d'une rente alors même que, au rebours des critères retenus pour l'attribution d'une rente d'invalidité du régime général, il n'y a pas de perte de gains professionnels.

Au reste, en cas d'incapacité permanente professionnelle, le taux d'indemnisation est plus élevé dès lors qu'aux termes de l'article R. 434-2 du code de la sécurité sociale, le montant de la rente procède d'une multiplication (pondérée) du salaire annuel par le taux d'incapacité et qu'il n'y a donc pas, comme pour l'invalidité du régime général, de déconnexion entre la perte de gains et le taux de la rente.

L'invalidité et l'incapacité permanente professionnelle sont donc deux dispositifs que le code de la sécurité sociale distingue clairement et qui, d'ailleurs, sont reconnus par des procédures différentes.

La distinction est acquise au point que la Cour de cassation juge que « **le taux d'invalidité retenu**, en application des articles L. 341-3 et L. 341-4 du code de la sécurité sociale, pour l'attribution d'une pension d'invalidité, est sans incidence sur la détermination du taux d'incapacité permanente partielle pour la reconnaissance au titre de la législation professionnelle d'une maladie » (Cass. civ. 2^e 21 juin 2012, pourvoi n°11-13.992, Bull. civ. II n°111).

Les participants ne peuvent donc se prévaloir des critères d'attribution d'une pension d'invalidité (perte des deux tiers de la capacité de travail et de gain) pour prétendre ensuite au bénéfice de prestations exclusivement définies en considération d'un taux d'incapacité permanente professionnelle et attachées au régime d'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles.

Inversement, l'analogie entre incapacité permanente et invalidité n'est pas permise pour interpréter de manière extensive une stipulation contractuelle relative à la règle de cumul. Ainsi, lorsque la règle de plafonnement des indemnités a été stipulée pour une garantie d'invalidité, elle n'est pas applicable en cas d'incapacité permanente.

Encore une fois, la rente versée au titre d'une incapacité permanente ne compense pas uniquement la perte de revenus, mais également d'autres chefs de préjudice et spécialement le déficit fonctionnel permanent. C'est la raison pour laquelle elle est d'un montant habituellement supérieur à la rente d'invalidité. Il s'agit là d'un régime de faveur légalement institué au profit des victimes d'accidents du travail ou de maladies professionnelles. C'est à la lumière de ce régime de faveur qu'il y a lieu d'interpréter restrictivement les stipulations instaurant une règle de cumul pour la seule indemnisation de l'invalidité.

Une interprétation par analogie aurait d'ailleurs pour effet de réduire à néant le système d'indemnisation des accidents du travail et des maladies professionnelles prévu par le code de la sécurité sociale dès lors qu'elle priverait de fait la victime de son indemnisation spécifique du déficit fonctionnel qui serait ainsi dissoute dans la compensation de la perte de revenus.

À noter qu'en cas d'accidents successifs, le taux justifié par le dernier d'entre eux s'apprécie en considération de la capacité résiduelle de la victime, c'est-à-dire la capacité qui est la sienne déduction faite du taux résultant du premier accident ou de la première maladie. La Cour de cassation juge d'ailleurs que « **Le taux d'incapacité permanente de la victime** d'accidents du travail successifs **est fixé de manière indépendante pour chaque accident**, sans que l'article L. 434-2 alinéa 4 du même code, qui se borne à déterminer, en fonction du handicap global de la victime, les modalités de calcul de l'augmentation ou de la diminution du montant de la dernière rente, ne déroge à ce principe » (Cass. civ. 2^e 7 novembre 2013, pourvoi n°12-24.925, publié au bulletin ; voir déjà Cass. Ass. plén. 8 février 1993, pourvoi n°92-10.451).

In fine, il y a lieu de préciser que la différence entre l'invalidité et l'incapacité permanente professionnelle n'empêche pas qu'un régime de prévoyance puisse les soumettre à des règles communes. Ainsi, est parfaitement

admissible la clause qui prévoit que « la rente d'invalidité ou d'incapacité permanente sera supprimée pour les incapacités permanentes suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle, si l'intéressé cesse de percevoir la pension de la Sécurité sociale au titre de son incapacité permanente, et en tout état de cause à l'âge de fin de la pension d'invalidité de la Sécurité sociale tel que prévu à l'article L. 341-15 du code de la Sécurité sociale ». Cette clause signifie qu'en cas de **versement d'une rente d'IPP**, le versement de celle-ci **cesserait en tout état de cause à l'âge auquel cessera le versement d'une pension d'invalidité**. Elle ne porte pas de confusion entre incapacité et invalidité et se contente de soumettre le régime de l'incapacité à celui de l'invalidité, pour ce qui est de la date de cessation de versement de la rente.

Au demeurant, il est d'usage de considérer qu'au cas où les capacités de travail sont diminuées de 66 % (hypothèse d'un taux d'IPP fixé à 66 %), l'individu concerné n'est plus en état de travailler de sorte que sa situation est comparable à celle d'un invalide de 2^e catégorie. D'où le fait que la plupart des contrats collectifs prévoient d'indemniser les individus affectés d'un taux d'IPP de 66 % comme des invalides de 2^e catégorie.

PLURIACTIVITÉ

La logique indemnitaire qui préside à la détermination du quantum des prestations versées aux participants en situation d'incapacité et d'invalidité conduit la plupart des institutions à retenir que le cumul des revenus ne peut dépasser le salaire net perçu avant l'arrêt de travail. Il est donc fréquent qu'en cas d'invalidité, les règlements prévoient de déduire du montant de la rente complémentaire le montant de la pension versée par les caisses d'assurance maladie.

En principe, l'institution de prévoyance retient le montant arrêté par la caisse. Cependant, certains règlements, applicables à des salariés potentiellement en situation de pluriactivité, disposent que l'institution de prévoyance calcule elle-même le montant de la rente de la Sécurité sociale en considération du salaire de référence perçu par le salarié chez les employeurs relevant de la même convention collective nationale.

Cette méthode peut surprendre en première lecture, mais elle est doublement justifiée.

Tout d'abord, elle a été validée en jurisprudence à propos de la convention collective applicable aux assistants maternels qui dispose à son article 2.4 que :

« Le montant de la rente annuelle d'invalidité est égal à 90 % du salaire de référence net de charges sociales

annuelles moins la pension ou rente annuelle réelle de la Sécurité sociale avant déduction des prélèvements sociaux appliqués à ce revenu de remplacement. Toutefois, pour tenir compte du fait que l'intéressé peut percevoir une pension ou une rente pour des salaires perçus en dehors de la profession d'assistant maternel, elle sera recalculée sur la base du salaire de référence définie par l'art. 2 - 3 » (disposition pratiquement inchangée par la nouvelle convention collective nationale des particuliers employeurs et de l'emploi à domicile née de la fusion des branches du particulier employeur et des assistants maternels ; v. Annexe A de l'Annexe 3 de la CCN).

La cour d'appel de Douai a jugé dans un arrêt du 12 février 2015 :

« En ce qui concerne le montant de la pension de Sécurité sociale à déduire, il résulte clairement et sans interprétation possible de l'art. 2 - 4 rappelé ci-dessus que celle-ci doit être recalculée sur la base du salaire de référence défini à l'art. 2 - 3, quelle que soit la situation du salarié, qu'il soit pluriactif ou non, ainsi qu'il est caractérisé par l'emploi du verbe " pouvoir " qui ne souligne qu'une éventualité et non la perception effective d'autres revenus salariaux. »

Il est intéressant de relever que, dans cet arrêt, la cour d'appel de Douai précise :

« Il n'est pas démontré en quoi le fait de recalculer la pension servie par les régimes obligatoires de Sécurité sociale, en tenant compte du revenu de référence propre à (l'institution), constituerait une rupture d'égalité entre les adhérents de celle-ci.

Au contraire, le rétablissement d'une telle base de calcul assure entre elles l'égalité en permettant de prendre en compte un revenu de référence établi de la même manière pour l'évaluation de la rente d'invalidité, aux lieu et place des bases de calcul différentes pouvant être prises en compte par les différents organismes de Sécurité sociale dont il pourrait dépendre par ailleurs. »

Ensuite, et l'arrêt précité le laisse deviner, cette méthode est justifiée en ce que, d'une part, elle assure l'égalité entre les bénéficiaires du régime, d'autre part, elle permet à l'institution de prévoyance de calculer la rente due en considération des déclarations qui lui sont faites et des cotisations qui lui sont directement versées au titre de l'emploi auprès d'un particulier.

Il s'ajoute encore à cela que :

- les pensions de la Sécurité sociale sont calculées sur le salaire brut des 10 meilleures années civiles, période durant laquelle les salariés ont pu exercer de nombreuses activités et à l'intérieur de laquelle il est délicat de faire le

décompte exact des rémunérations dues au titre de tel ou tel emploi ;

- aux fins d'allouer une rente calculée en considération de revenus exclusivement liés à l'exercice d'une activité relevant de la même convention collective, cette dernière prend en principe en considération les quatre derniers trimestres civils précédant l'arrêt de travail initial et uniformise cette méthode pour déterminer l'ensemble des éléments, y compris la pension de la Sécurité sociale à déduire, permettant de déterminer la rente complémentaire.

Lorsque le règlement ou le contrat collectif ne prévoit pas d'adaptation particulière à l'hypothèse du salarié en situation de pluriactivité, l'application de la règle de cumul peut avoir pour effet de vider les garanties d'invalidité de leur substance.

Tel est le cas si on considère que le salaire versé par l'un des employeurs constitue le plafond des prestations dues au titre du contrat collectif souscrit par cet employeur. En pareille hypothèse, aucune des garanties de prévoyance ne pourrait s'appliquer dès lors que le plafond résultant de la règle de cumul serait systématiquement dépassé.

En effet, en pareille hypothèse, la seule pension de la Sécurité sociale, calculée en considération de l'ensemble des revenus du pluriactif, se situe le plus souvent à un niveau qui excède le montant du salaire versé par l'un des employeurs.

Dans ces conditions, il convient d'identifier une méthode de mise en œuvre de la règle de cumul qui soit conforme aux attentes légitimes du participant et respectueuse des équilibres du contrat collectif.

La méthode équitable consiste à déterminer, parmi les différents revenus d'inactivité du participant, la part correspondant à son revenu d'activité (salaire) versé par l'employeur ayant souscrit le contrat collectif.

Ce sont les quotités ainsi définies qui doivent être additionnées, outre naturellement les rémunérations que continue de percevoir le participant auprès de son employeur, aux fins d'apprécier les conditions d'application de la règle de cumul.

INVALIDITÉ ET RETRAITE

L'article 67 de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2010 a modifié les conditions dans lesquelles cesse le service de la pension d'invalidité des assurés du régime général qui atteignent l'âge d'ouverture du droit à pension de retraite et exercent une activité professionnelle (article L. 341-16 du code de la sécurité sociale) :

- jusqu'alors, ce service prenait fin à 60 ans et les intéressés pouvaient seulement retarder la liquidation de leur pension de retraite sous réserve d'en faire la demande expresse ;
- désormais, le service de la pension d'invalidité est maintenu jusqu'à la date de prise d'effet de la pension de retraite, dans la limite de l'âge d'obtention de la pension de retraite à taux plein : les assurés n'ont plus à effectuer la démarche de s'opposer à la liquidation de leur pension de retraite, car celle-ci ne sera liquidée que s'ils en font expressément la demande.

Cette mesure, qui permet aux personnes invalides souhaitant exercer leur activité professionnelle au-delà de l'âge légal de départ à la retraite de continuer à cumuler leur revenu du travail et leur pension d'invalidité, répond à des objectifs :

- d'équité, car il convenait que les assurés invalides puissent bénéficier d'une mesure adaptée les incitant eux aussi à demeurer dans l'emploi au-delà de l'âge légal de départ en retraite, avec pour conséquence une amélioration de leur durée d'assurance et du montant de leur pension de vieillesse ;
- de cohérence, avec la politique générale de l'emploi des seniors, d'une part, car avec un âge moyen d'entrée en invalidité de 52 ans, la population des assurés invalides est particulièrement concernée par les questions relatives à l'emploi des seniors, mais aussi, d'autre part, avec l'engagement des pouvoirs publics d'offrir une plus grande liberté de choix quant à l'âge de départ en retraite.

Certains règlements d'institutions ont tenu compte de cette évolution de la législation pour faire en sorte que le droit au maintien de la pension d'invalidité versée par la CPAM ne contraigne pas l'institution de prévoyance au versement subséquent de la rente complémentaire.

Le médiateur a considéré qu'il s'agissait là d'une décision de gestion dont l'appréciation du bien-fondé échappe à sa compétence (article 8 de la Charte de médiation de la protection sociale (CTIP)) tout en précisant que :

- l'institution peut légitimement estimer qu'elle n'est pas en situation de supporter le coût d'un maintien d'une rente complémentaire au-delà de l'âge légal de la retraite ;
- l'institution n'est pas contrainte par les dispositions de l'article L. 341-16 du code de la sécurité sociale qui obligent les Caisses primaires d'assurance maladie et non les institutions de prévoyance, régies par les articles L. 931-1 et suivants du même code.

Par un arrêt rendu le 14 décembre 2017 (pourvoi n°16-28.031), la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a d'ailleurs rejeté sans motivation un pourvoi

formé contre un arrêt de la cour d'appel de Lyon retenant la légitime application d'un règlement ainsi modifié en 2010. La Cour de cassation a estimé que « les moyens de cassation qui sont invoqués à l'encontre de la décision attaquée ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation. »

À noter toutefois que le bénéfice de l'indemnisation de l'inaptitude cesse à l'âge auquel la liquidation des droits à la retraite peut être demandée et non à la date de la demande de leur liquidation effective. Si l'on admettait cette dernière solution, le bénéfice de l'indemnisation serait tributaire d'une décision unilatérale du participant, ce qui n'est pas possible dans un régime mutualisé de prévoyance. Par ailleurs, le contrat collectif peut viser l'âge légal de départ à la retraite et non la date à laquelle le participant est en mesure de percevoir une retraite à taux plein. L'institution reste en effet en droit de définir les conditions de ses garanties de telle sorte qu'elle n'assure pas le maintien d'une rente complémentaire d'incapacité au-delà de l'âge légal de la retraite.

INVALIDITÉ ET DÉTACHEMENT

Il arrive qu'un salarié fasse l'objet d'un détachement dont la mise en œuvre peut prendre différentes formes de statut : détachement proprement dit, disponibilité, etc. Il peut en résulter une modification du régime de prévoyance et notamment de celui dont bénéficiait initialement le salarié qui change les modalités de son emploi. Au moment du changement, la vigilance doit être de mise.

Pour autant, il arrive que l'évolution de carrière du salarié intervienne sans clarification de l'incidence de cette dernière sur le régime de prévoyance. Il s'ensuit que l'intéressé peut légitimement croire au maintien de son régime. En pareille hypothèse, il est permis de faire application de la théorie de l'apparence.

Celle-ci procède d'un principe commun à toutes les branches du droit en vertu duquel « la croyance erronée des tiers de bonne foi est génératrice d'effets de droit. »

La présentation doctrinale la plus complète de cette théorie de droit positif se trouve dans l'Introduction générale du *Traité de droit civil* publié sous la direction du Professeur J. Ghestin (tome 2, par H. Barbier et J. Ghestin, 5^e éd., LGDJ 2020, pp. 585-623).

L'arrêt de principe, rendu à propos d'un mandat apparent, est considéré comme étant celui rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 13 décembre 1962 (pourvoi n°57-11.569, publié au bulletin) et dont l'attendu de principe est ainsi rédigé :

« Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs. »

L'effet de cette théorie dérogatoire, omniprésente en jurisprudence, également en législation à l'article 1156 du Code civil qui consacre aujourd'hui expressément la théorie du mandat apparent, est de donner des droits, par l'effet d'une croyance légitime, à qui n'en a normalement pas par le jeu normal des règles juridiques.

Il est entendu que les conditions de cette théorie dérogatoire sont strictes et que la croyance légitime doit procéder d'une erreur commune et légitime. La réunion de ces conditions s'apprécie au cas d'espèce et en considération des circonstances.

RETARD DE PAIEMENT

Il peut arriver que les indemnités dues en cas d'arrêt de travail ou d'invalidité fassent l'objet d'un retard de paiement et qu'en considération de ce retard, le participant réclame l'indemnisation distincte d'un préjudice.

Le traitement d'une telle demande doit se faire en application des dispositions de l'article 1231-6 du Code civil dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 :

« Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure.

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire. »

Sauf mauvaise foi de l'institution de prévoyance, l'indemnisation du retard s'établit au montant des intérêts moratoires, à compter d'une mise en demeure. À noter que la mauvaise foi n'est pas caractérisée lorsque le retard a pour origine un contrôle médical diligenté par l'institution, en doute de la situation réelle du participant. En effet, le contrôle médical est une procédure contractuellement prévue qui autorise l'institution à vérifier l'état réel d'un participant. Dès lors qu'il est régulièrement conduit, la mauvaise foi n'est pas constituée du seul fait de la mise en œuvre de ce contrôle. De surcroît, pour prétendre à une

indemnisation du retard supérieure au montant des intérêts moratoires, le plaignant doit justifier d'un préjudice distinct de la seule attente du versement des prestations.

CAPITAL DÉCÈS

Les garanties décès, d'un montant souvent significatif, suscitent également des différends. Ils ont porté jusqu'à présent sur :

- la notion d'accident ;
- la confidentialité de la désignation ;
- l'identification du bénéficiaire ;
- le décès du bénéficiaire avant acceptation ;
- l'incidence d'une séparation.

On rappellera pour mémoire qu'au sens du droit des assurances, également de la prévoyance, une pathologie est caractérisée dès lors qu'elle résulte du constat fait par une autorité médicale. En effet, il n'entre pas dans la compétence d'un organisme assureur de se substituer aux autorités médicales aux fins d'identifier la ou les pathologie(s) qui affectent les assurés.

NOTION D'ACCIDENT

La notion de décès accidentel, à laquelle est attaché le versement d'un capital supplémentaire, a donné et donne encore lieu à un abondant contentieux. Les décisions de justice sont nombreuses sur le sujet et les médiateurs souvent sollicités à cet égard.

La raison de ces différends tient au fait qu'il existe un écart entre la conception commune de l'accident, centrée sur la soudaineté, caractéristique constitutive du plus petit dénominateur commun aux multiples occurrences de ce terme (accident domestique, de la circulation, de plongée, de ski...), et sa définition contractuelle telle qu'elle est énoncée dans les polices d'assurance.

Celle-ci est nécessairement plus étroite, en tout cas moins impressionniste, dès lors qu'elle a pour fonction d'identifier des événements avec une précision propre à permettre un calcul actuarial.

Ce qui constitue un accident pour le participant n'en est donc pas toujours un au regard des règlements des institutions. La conception restrictive du décès accidentel qui s'y trouve consacrée est une condition de l'équilibre des régimes de prévoyance tel qu'il a été collectivement défini par les partenaires sociaux.

Si la définition de l'accident comporte des variantes d'un règlement à un autre, il est d'usage assez commun que l'accident soit défini dans les assurances de personnes comme « une atteinte corporelle, non intentionnelle, provenant de l'action soudaine d'une cause extérieure » (en ce sens, *Les assurances de personnes, Traité de droit des assurances*, sous la direction de J. Bigot, tome IV, LGDJ 2007, n°614).

Cette définition commune a souvent cours dans les règlements des institutions de prévoyance de sorte que sa mise en œuvre peut être faite à la lumière des enseignements de la jurisprudence relative à la notion d'accident.

S'il demeure des incertitudes en jurisprudence sur la notion même d'accident, il faut bien admettre que la Cour de cassation exerce un certain contrôle, spécialement sur la condition d'extériorité à laquelle les organismes assureurs se réfèrent uniformément.

Ainsi, la Cour de cassation, amenée à contrôler la qualification par les juges du fond d'un accident, utilise régulièrement la formule « a pu », significative de ce qu'il est convenu d'appeler un « contrôle léger » de la Cour de cassation.

On notera encore, au titre de ces considérations générales, qu'il est jugé de manière constante que le caractère accidentel d'un décès constitue une condition et non une exclusion de garantie de telle sorte qu'il revient au bénéficiaire d'en rapporter la preuve (v. par ex. Cass. civ. 1^{re} 3 février 1993, pourvoi n°90-17.003, Bull. civ. I n°47 ; Cass. civ. 1^{re} 8 juin 1994, pourvoi n°91-13.226, Bull. civ. I n°203 ; Cass. civ. 1^{re} 13 mars 1996, pourvoi n°94-10.732). Si le bénéficiaire entend approfondir les investigations sur les causes du décès, il n'est donc pas en situation d'exiger de l'organisme assureur que ce dernier les conduise en ses lieu et place et sollicite une autorité judiciaire aux fins d'obtenir une mesure (par ex. une autopsie) attentatoire au corps humain, dont la protection est garantie par l'article 16-1 du Code civil.

Cette jurisprudence fait l'objet de nombreuses applications développées ci-dessous. Leur exposé comporte d'autres références, dont les termes peuvent être exploités au-delà des illustrations pour lesquelles celles-ci sont visées.

« Fausse route »

La fausse route alimentaire fait partie de ces drames du quotidien qui suscitent du contentieux et que le médiateur a été en situation d'apprécier.

La Cour de cassation a retenu qu'un décès « dû à l'asphyxie consécutive à l'obstruction des voies aériennes par l'aliment ingéré » provient « de l'action soudaine d'une cause extérieure » (Cass. civ. 2^e 24 mai 2006, pourvoi n°05-13.639). Le dysfonctionnement des voies digestives et respiratoires est interne, mais il se manifeste à l'occasion d'une cause extérieure, à savoir l'ingestion d'un aliment.

Que décider lorsque la fausse route intervient dans un contexte d'alcoolisation chez une personne âgée atteinte de dépression ?

Le contexte est propre à effacer le caractère d'extériorité requis pour admettre un accident au sens du régime de prévoyance.

Il semble acquis en jurisprudence que l'événement, qui considéré isolément peut apparaître comme un accident, n'en est pas un dès lors qu'il a pour origine un état pathologique ou une prédisposition de la victime.

Ainsi a-t-il été jugé que n'a pas la nature d'un accident :

- l'accident de la circulation survenu « sous l'emprise d'un état d'imprégnation alcoolique » (Cass. civ. 2^e 7 octobre 2004, pourvoi n°03-16.151) ou en conséquence « d'un risque de somnolence excessive » (Cass. civ. 2^e 13 janvier 2012, pourvoi n°10-25.144) ;
- une noyade dès lors que sa cause probable est « un accident vasculaire massif » (Cass. civ. 1^{re} 19 janvier 1988, pourvoi n°86-13.598) ;
- une intervention chirurgicale accompagnée de complications postopératoires dès lors que celles-ci sont compatibles avec l'aléa thérapeutique lié à l'intervention rendue nécessaire par une pathologie préexistante (Cass. civ. 2^e 3 septembre 2009, pourvoi n°08-17.303).

Pour autant, certaines décisions sont moins univoques et la jurisprudence fait ressortir qu'un état pathologique antérieur propre à favoriser la survenance d'un accident ne prive pas à lui seul l'événement soudain de son caractère d'extériorité requis pour que soit reconnue cette qualification :

- ainsi en est-il de la victime d'une faute d'un service hospitalier à propos de laquelle un rapport d'expertise a attribué « à l'état antérieur du malade une responsabilité à hauteur de 40 % dans la survenance des dommages » (Cass. civ. 2^e 28 février 2013, pourvoi n°11-25.539) ;
- dans un ordre d'esprit similaire, la Cour de cassation a admis qu'un infarctus survenu à l'issue d'un surcroît de travail, qui plus est dans des conditions climatiques difficiles, constitue un accident alors que, auparavant, l'assuré en avait déjà subi un, ce qu'au demeurant

l'assureur n'ignorait pas, la guérison étant considérée comme acquise par ce dernier (Cass. civ. 1^e 22 avril 1992, pourvoi n°90-11.546).

S'il est donc peu discutable qu'un contexte d'alcoolisation d'une personne dépressive, et probablement traitée à cet effet, est propre à favoriser un mécanisme de fausse route, il est tout aussi vrai que ce contexte favorable n'éliminera pas le fait que l'hypoxie de la victime a eu pour cause la fausse route. L'extériorité de cet événement retenu en jurisprudence compte tenu du fait que l'obstruction des voies respiratoires provient d'un corps étranger.

En pareille situation et en médiation, la solution raisonnable consiste à prévoir une indemnisation partielle calculée, sur le fondement de l'équité, en considération des circonstances précises de l'espèce et des chances qu'auraient les bénéficiaires du capital décès d'obtenir gain de cause devant les juridictions compétentes.

Pour autant, cette attitude prudente ne doit pas être systématisée et il est des hypothèses d'accidents domestiques dans lesquels il est permis d'écartier sans risque d'erreur la qualification d'accident au sens de la prévoyance.

Chute

Ainsi, la jurisprudence constituée dans l'hypothèse d'une chute, spécialement dans un cadre domestique et alors que la victime est âgée, n'est pas favorable aux bénéficiaires d'un capital décès.

Ainsi a-t-il été jugé que :

- en cas de « chute d'un pont », une cour d'appel peut considérer « que la preuve n'était pas rapportée que le décès [...] provenait de l'action soudaine d'une cause extérieure » (Cass. civ. 2^e 9 février 2012, pourvoi n°11-10.689) ;
- l'assuré qui « a chuté de son balcon après avoir glissé du garde-corps sur lequel il était monté pour installer une corde à linge [...] n'établissait pas que la glissade à l'origine du dommage provenait de l'action soudaine et inattendue d'une cause extérieure » (Cass. civ. 2^e 23 octobre 2008, pourvoi n°07-16.409) ;
- une cour d'appel peut retenir qu'en cas de décès d'un assuré qui « s'est fracturé le col du fémur gauche en chutant dans sa salle de bains [...] », le bénéficiaire « n'établissait pas l'action soudaine d'une cause extérieure » (Cass. civ. 2^e 21 février 2008, pourvoi n°06-12.964) ;
- une cour d'appel peut retenir que le décès d'une assurée qui « a fait une chute à son domicile, dont il est résulté une fracture à la hanche, et à la suite de laquelle elle a été hospitalisée puis est décédée [...] n'était pas accidentel au sens de la définition qu'en donnait le contrat d'assurance »,

alors même qu'il était établi qu'il était « exclue toute cause interne par antécédent pathologique » (Cass. civ. 2^e 8 mars 2006, pourvoi n°05-10.253).

On comprend de cette jurisprudence que si une chute peut constituer un accident, elle ne justifie le versement du capital décès qu'à la condition d'établir que les blessures liées à la chute constituaient « uniquement et directement » la cause du décès.

C'est qu'en effet, chez une personne plus jeune, ce type de chute et de fracture ne présente pas de caractère fatal de sorte qu'on ne peut y voir l'unique cause du décès. Le heurt, probablement dû au manque d'agilité lié au grand âge, même s'il est soudain et extérieur, ne constitue donc pas la cause du décès dont on peut effectivement admettre le caractère « naturel ».

Il est cependant permis de s'interroger sur l'opportunité de faire souscrire à une personne âgée une assurance décès accidentel.

Les institutions de prévoyance doivent signaler le peu d'intérêt d'une telle adhésion alors qu'il est peu probable que cette personne décède d'un « accident » au sens du régime de prévoyance.

En équité, le médiateur peut décider qu'à tout le moins, le montant des cotisations doit être restitué aux ayants droit, dans les limites de la prescription quinquennale.

Noyade

Lorsque le décès de l'assuré procède d'une noyade, la jurisprudence donne également des éléments d'appréciation en vue de caractériser la « cause extérieure » caractéristique d'un accident.

Ainsi a-t-il été jugé que :

- le seul fait de la noyade ne permet pas à lui seul de caractériser un décès accidentel (Cass. civ. 1^e 15 février 1995, pourvoi n°93-15.685) ;
- en l'absence de constatations médicales précises relatives à la cause du décès survenue au cours d'une plongée sous-marine, celui-ci peut être imputé aussi bien à un usage imprudent et défectueux du matériel de plongée qu'à tout autre événement soudain, extérieur et involontaire ; en conséquence, l'extériorité caractéristique d'un décès accidentel n'est pas démontrée (Cass. civ. 1^e 6 janvier 1960, Bull. civ. I n°7) ;
- le caractère accidentel d'un décès survenu lors d'une plongée sous-marine n'est pas établi lorsque le certificat médical établi le jour du décès mentionne une noyade sans faire état de « signes d'ingestion d'eau », le certificat établi

ultérieurement « vise un arrêt cardiorespiratoire et des signes de noyade sans autre précision », aucun événement alarmant ou défectuosité technique n'a été mentionné (Cass. civ. 2^e 3 juillet 2008, pourvoi n°07-17.150).

De cette jurisprudence, il résulte qu'une noyade constitue un décès accidentel à la condition d'établir, cette preuve à la charge du bénéficiaire du capital décès, une cause extérieure, c'est-à-dire un événement autre qu'un comportement imputable à l'assuré ou même une simple pathologie, serait-elle apparue soudainement (par ex. un malaise).

Il a donc été décidé qu'en l'état d'une noyade survenue au cours d'une activité de plongée sous-marine, alors qu'étaient simplement constatées des difficultés respiratoires rencontrées par le défunt, la cause extérieure du décès n'était pas caractérisée, ce qui empêchait de reconnaître un accident ouvrant droit au bénéfice du capital décès.

Suicide

Le suicide peut-il être apparenté à un accident ? La question se pose avec une certaine acuité dès lors qu'il est aujourd'hui admis, spécialement dans les hypothèses de harcèlement, qu'un suicide n'est pas exclusif de la qualification d'accident du travail. Ce qui vaut sous l'angle du droit de la Sécurité sociale ne s'impose pas nécessairement aux organismes assureurs. L'accident du travail n'est pas exactement l'accident des assureurs.

Pour autant, ainsi qu'on vient de le voir, la jurisprudence qui s'est constituée autour de cette dernière notion d'accident n'est pas dépourvue d'équivoque. Il en résulte qu'un décès survenu en raison d'une pathologie fatale peut constituer un accident pouvant résulter d'une cause externe, s'il apparaît que cette dernière est à l'origine de la première. Il est certain qu'en cas de suicide s'inscrivant dans le contexte du travail, un élément volontaire vient rompre la linéarité des causes. Pour autant et même s'il n'existe pas à ce jour et à la connaissance du soussigné de jurisprudence topique (v. toutefois, Cass. civ. 2^e 24 octobre 2019, pourvoi n°18-20.016), le caractère intentionnel du suicide demeure un point discuté. Comme l'écrivent les meilleurs auteurs : « Sans aller jusqu'à dire que la volonté de mourir n'est jamais complètement authentique, la pulsion suicidaire est une réalité et inversement le hasard capricieux, qu'il prenne la forme d'une aide extérieure ou ait pour nom « désir de vivre » peut faire échec à la mort la mieux programmée. La possibilité même d'un basculement ultime vers le risque de la vie fait de la mort, même apparemment volontaire, un risque véritable » (J. Bigot, *Les assurances de personnes*, LGDJ 2007, n°117-10, p. 84).

Spécialement lorsque le suicide a été reconnu comme un accident du travail, il ne peut être tenu avec certitude pour une circonstance exclusive de la qualification d'accident, au sens du régime de prévoyance. Il en est d'autant plus ainsi que, bien souvent les notices, après avoir indiqué qu'« on entend par accident toute atteinte corporelle indépendante de la volonté, provenant de l'action soudaine et fortuite d'une cause extérieure », visent ensuite les accidents du travail comme étant constitutifs d'accidents. Il n'est pas douteux que les auteurs de telles notices n'avaient pas anticipé les évolutions de la jurisprudence ayant permis l'apparentement du suicide, dans certaines circonstances, à un accident du travail. Il n'en reste pas moins que les incertitudes s'accumulent sur la solution à retenir.

Pour l'heure, les différends se résolvent en équité, mais il serait souhaitable qu'une clarification intervienne dans le sens d'une prise en charge des décès, conséquences d'un suicide reconnu comme un accident du travail.

CONFIDENTIALITÉ DE LA DÉSIGNATION

Lorsqu'un capital décès est dû, il arrive que les héritiers non désignés s'inquiètent de la régularité de la désignation du bénéficiaire. Ils sollicitent alors l'institution de prévoyance aux fins d'obtenir copie du bulletin de désignation. Les institutions s'y opposent, à juste titre. Elles sont en effet soumises à une obligation de confidentialité, spécialement justifiée pour ce qui concerne la désignation du bénéficiaire d'une assurance vie, donnée qui pour d'évidentes considérations d'opportunité, n'appelle guère de publicité.

Les dispositions issues de la loi n°2005-1564 du 15 décembre 2005, en ce qu'elles autorisent de manière dérogatoire la transmission après décès d'informations sur l'identité du bénéficiaire, révèlent en creux le principe de la confidentialité.

Il est cependant bien certain que la confidentialité ne saurait être le paravent d'éventuelles irrégularités et qu'en conséquence, elle ne peut être absolue. Pour autant, une demande de production a une signification propre dès lors qu'elle porte implicitement contestation des conditions de la désignation. Elle est articulée par des héritiers aux fins de permettre à ces derniers de constituer un dossier dans la perspective d'une procédure ultérieure dirigée à l'encontre du bénéficiaire désigné.

La demande est adressée à l'institution, mais le défendeur potentiel est en réalité le bénéficiaire désigné. L'institution n'a pas à servir les intérêts de tel ou tel camp et il est donc légitime qu'elle invoque le principe de confidentialité. La doctrine administrative est d'ailleurs en ce sens (v. la ré-

ponse ministérielle du 12 septembre 2006, Q. n°36041, qui pointe l'absence de nécessité de modifier le code des assurances aux fins de « donner à tous les héritiers la possibilité d'apprécier les dossiers de contrats d'assurance vie même s'ils n'en sont pas personnellement bénéficiaires »). Le principe de confidentialité ne peut être levé que sur injonction d'un juge.

La solution n'est pas la même lorsque le bénéficiaire demande la production de la **notice d'information**.

La garantie décès s'apparente en effet à une stipulation pour autrui au sein de laquelle l'organisme assureur est en situation de promettant à l'égard du bénéficiaire (la solution date d'un arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1888, Bull. 1888 n°11, et est aujourd'hui reprise à l'article 1206 du Code civil). Or, il est constant en jurisprudence que « la stipulation fait naître au profit du tiers bénéficiaire un droit direct contre le promettant ».

Il s'ensuit que le bénéficiaire est en quelque sorte un tiers apparenté à une partie par l'effet de la stipulation pour autrui. Il est certain que le bénéficiaire prétendu n'a pas encore acquis cette qualité de partie par l'effet de la stipulation, mais qu'il doit être placé en situation de débattre à égalité à cet égard. Au titre de son droit à la preuve, aujourd'hui consacré en jurisprudence (v. par ex. Cass. civ. 1^e 5 avril 2012, pourvoi n°1114.177), le bénéficiaire peut donc obtenir la production de la notice d'information afin de prendre connaissance de l'étendue des garanties auxquelles il peut prétendre.

IDENTIFICATION DU BÉNÉFICIAIRE

L'identification du bénéficiaire suscite parfois des difficultés. En l'absence de désignation, la notice prévoit un ordre d'attribution qui, le plus souvent, vise le conjoint, marié, pacsé ou concubin. La qualité de concubin n'est pas toujours clairement établie. Il y a lieu de rappeler qu'aux termes des dispositions d'ordre public de l'article L. 132-8, alinéa 4, du code des assurances, applicables en vertu des dispositions de l'article L. 932-23 du code de la sécurité sociale, « l'assurance faite au profit du conjoint profite à la personne qui a cette qualité au moment de l'exigibilité ». Au reste, le concubin qui prétend avoir fait l'objet d'une désignation doit établir que celle-ci manifestait l'intention du *de cuius* de désigner comme tel. Une lettre par laquelle le participant informe une institution de prévoyance de l'identité de son concubin n'a qu'une vertu déclarative et ne vaut pas désignation de ce dernier. De la sorte, si celui-ci n'a plus la qualité de concubin au moment du décès, il ne peut prétendre au bénéfice du capital décès.

La reconnaissance du concubin suscite souvent une certaine prévention de la part des institutions de

prévoyance qui, si elles se libèrent entre de mauvaises mains, peuvent être appelées à verser de nouveau le capital décès au profit du réel bénéficiaire. Pour autant, ainsi qu'il résulte de l'article 1240 du Code civil dans sa version antérieure à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, comme de l'article 1342-3 du même code, dans sa version issue de cette ordonnance, « le paiement fait de bonne foi à un créancier apparent est valable » (v. par ex., pour le versement d'un capital décès, Cass. civ. 2^e 18 février 2010, pourvoi n°09-13.321 ; Cass. civ. 1^e 23 février 1999, pourvoi n°96-21.815). En conséquence, si les éléments réunis par celui qui se prétend concubin sont suffisamment probants (par ex. la production de certificats émanant d'officiers publics : notaire, maire, etc.) en l'espèce et en l'état des éléments portés à la connaissance du médiateur, les conditions sont réunies pour considérer qu'un paiement entre les mains du concubin est réalisé de bonne foi et n'expose pas l'institution au recours d'un tiers qui s'estimerait ultérieurement bénéficiaire du capital décès.

Concernant **le changement de bénéficiaire**, et la possibilité de le faire par lettre simple, le médiateur a suivi la jurisprudence de la Cour de cassation qui, malgré les termes de l'article L. 932-23 du code de la sécurité sociale, juge que « l'article L. 132-8 du code des assurances s'applique aux opérations collectives à adhésion obligatoire ou facultative des institutions de prévoyance lorsqu'elles réalisent des opérations d'assurance sur la vie et de capitalisation », cette solution fut retenue dans une configuration proche de l'espèce soumise au médiateur (Cass. civ. 2^e 18 février 2010, pourvoi n°09-13.321). L'article L. 132-8, alinéa 4, du code des assurances dispose : « En l'absence de désignation d'un bénéficiaire dans la police ou à défaut d'acceptation par le bénéficiaire, le contractant a le droit de désigner un bénéficiaire ou de substituer un bénéficiaire à un autre. Cette désignation ou cette substitution ne peut être opérée, à peine de nullité, qu'avec l'accord de l'assuré, lorsque celui-ci n'est pas le contractant. Cette désignation ou cette substitution peut être réalisée soit par voie d'avenant au contrat, soit en remplissant les formalités édictées par l'article 1690 du Code civil, soit par voie testamentaire. »

Malgré le formalisme imposé par ce texte, la Cour de cassation a développé une conception libérale des modalités de substitution.

Elle a jugé dans un arrêt de principe que, « dans les assurances sur la vie, l'assuré peut modifier jusqu'à son décès le nom du bénéficiaire dès lors que la volonté du stipulant est exprimée d'une manière certaine et non équivoque et que l'assureur en a eu connaissance » ; elle en déduit qu'un avenant n'est pas nécessaire (Cass. civ. 1^e 6 mai 1997, pourvoi n°95-15.319, Bull. civ. I n°136). Plus

récemment, la Cour de cassation a même allégé cette dernière exigence en jugeant que « la désignation ou la substitution du bénéficiaire d'un contrat d'assurance sur la vie, que l'assuré peut, selon l'article L. 132-8 du code des assurances dans sa rédaction applicable au litige, opérer jusqu'à son décès **n'a pas lieu, pour sa validité, d'être portée à la connaissance de l'assureur lorsqu'elle est réalisée par voie testamentaire** » (Cass. civ. 2^e 10 mars 2022, pourvoi n°20 19.655, publié au bulletin).

Le médiateur s'est rallié à cette solution non formaliste.

Pour autant, l'absence de formalisme ne signifie pas un laxisme dans l'appréciation des intentions du défunt. Pour admettre un changement de bénéficiaire, le critère d'appréciation doit être le respect de **la volonté du défunt**, cette dernière **ne pouvant être mécaniquement déduite du silence observé à la réception supposée d'un nouveau document**. Une espèce particulièrement significative de la Cour de cassation inspire tout particulièrement la doctrine du médiateur lorsqu'il est saisi de la question : alors que l'assuré était expressément invité à réitérer le mode de désignation des bénéficiaires du capital décès à la suite d'un changement de contrat collectif, il n'en avait rien fait. Pourtant, il a été jugé que le capital décès devait être alloué conformément à la désignation expresse faite avant ledit changement dès lors que, comme l'a clairement relevé la Cour de cassation : « Le silence ne vaut pas à lui seul acceptation ; qu'il s'ensuit qu'en retenant que la circonstance que William X... n'avait pas retourné un nouveau bulletin de désignation ne pouvait s'analyser en une révocation tacite de la désignation expresse par lui faite, la cour d'appel en a exactement déduit que celle-ci devait recevoir application » (Cass. civ. 2^e 13 décembre 2007, pourvoi n°06-20.159).

DÉCÈS DU BÉNÉFICIAIRE AVANT ACCEPTATION

L'année 2016 a conduit le médiateur à examiner la délicate question des droits des héritiers du bénéficiaire d'une assurance vie lorsque celui-ci décède après le souscripteur, mais sans avoir déclaré son acceptation.

La jurisprudence décide que « le bénéfice d'une stipulation pour autrui est en principe transmis aux héritiers du bénéficiaire désigné lorsque celui-ci vient à décéder après le stipulant, mais sans avoir déclaré son acceptation » (Cass. civ. 1^e 9 juin 1998, pourvoi n°96-10.794, Bull. I n°202 ; Cass. civ. 1^e 5 novembre 2008, pourvoi n°07-14.598, Bull. I n°250).

Pour autant, la jurisprudence précitée réserve clairement l'hypothèse dans laquelle « le stipulant, souscripteur d'une assurance vie, a désigné d'autres bénéficiaires de même rang ou en sous-ordre sans réservé les droits des héritiers des bénéficiaires premiers nommés ».

Lorsque le contrat de prévoyance prévoit une attribution du capital « par parts égales à votre père et à votre mère ou au survivant de l'un d'entre eux » et que, selon les termes de la jurisprudence précitée, il désigne « d'autres bénéficiaires de même rang ou en sous-ordre sans réservé les droits des bénéficiaires premiers nommés », il y a alors lieu de faire application de la jurisprudence précitée issue des arrêts de la Cour de cassation du 9 juin 1998 et du 5 novembre 2008, pour retenir qu'à défaut d'acceptation du capital par l'un des deux bénéficiaires de même rang, le bénéfice a été transmis au seul survivant des deux bénéficiaires.

INCIDENCE D'UNE SÉPARATION

Il n'est pas rare que la personne dont le décès justifie le versement d'un capital se soit antérieurement séparée de son conjoint. Cette situation peut donner lieu à des difficultés de mise en œuvre de la garantie décès.

Une première difficulté rencontrée concerne l'appréciation des « **enfants à charge** » du défunt. Il est en effet fréquent que le montant du capital décès soit fixé notamment en considération du nombre d'**« enfants à charge »** du défunt, cette notion prise « au sens de la législation de la Sécurité sociale ». Lorsque le décès a été précédé d'une dissolution du couple, la mise en œuvre de cette stipulation peut susciter des difficultés.

Les participants doivent intégrer que l'établissement d'un lien de filiation au sens du droit civil ne suffit pas à constituer un enfant à la charge du défunt, au sens du droit de la protection sociale. L'enfant issu du couple qui réside chez l'ex-conjoint survivant ne peut donc être considéré comme ayant été à la charge du défunt.

Il existe à cet égard une jurisprudence constituée sur la notion d'enfant à charge au sens de la législation de la Sécurité sociale, dans l'hypothèse où les parents sont divorcés, rappel étant fait qu'aux termes de l'article L. 513-1 du code de la sécurité sociale, « les prestations familiales sont, sous réserve des règles particulières à chaque prestation, dues à la personne physique qui assume la charge effective et permanente de l'enfant. »

Dans l'hypothèse d'un divorce, il est jugé que « l'allocataire est celui des membres du couple au foyer duquel vit l'enfant » (Cass. civ. 2^e 3 juillet 2008, pourvoi n°07-15.763, publié au bulletin). La Cour de cassation a par la suite posé la « règle de l'unicité de l'allocataire pour le droit aux prestations familiales », en conséquence de laquelle elle a jugé que ce droit « n'est reconnu qu'à une seule personne au titre d'un même enfant », sauf « résidence alternée et pour les seules allocations familiales » (Cass. civ. 2^e 3 juin 2010, pourvoi n°09-66.445, publié au bulletin).

Il résulte ainsi de ces jurisprudences que l'établissement d'une filiation au sens du droit civil ne permet pas de considérer qu'un enfant est à charge au sens de la législation de la Sécurité sociale.

Une deuxième difficulté survient lorsque **le couple est en instance de divorce** lors du décès du participant. Autorisé à résider séparément, le conjoint survivant peut-il encore prétendre au bénéfice du capital décès ?

La question se pose avec une certaine acuité dès lors qu'il est d'usage de désigner le conjoint bénéficiaire du capital décès comme l'époux ou l'épouse du participant « non divorcé ni séparé judiciairement ». Elle conduit à se demander si la « résidence séparée », constatée et confortée par une ordonnance de non-conciliation prise lors de l'instance en divorce, peut être assimilée à une « séparation judiciaire », au sens du régime de prévoyance.

Comme il n'existe pas de sens spécifique de la « séparation judiciaire » selon « la législation de la Sécurité sociale », il y a lieu d'apprécier l'utilisation de cette notion par le régime de prévoyance en considération des catégories du droit civil. Or, il est certain qu'aux termes du Code civil, la dissolution du mariage procède, du vivant des époux, du « divorce légalement prononcé » (article 227 du Code civil). Le seul cas de séparation judiciaire des époux, autre que le divorce, qu'envisage le Code civil est la « séparation de corps », qui selon l'article 296 du Code civil « peut être prononcée ou constatée dans les mêmes cas et aux mêmes conditions que le divorce ».

Il y a donc objectivement lieu de penser qu'en visant le divorce et la séparation, la notice descriptive de la garantie décès fait référence, pour le second terme, à la séparation de corps prévue par les articles 296 et suivants du Code civil. Cette interprétation s'impose d'autant plus qu'aux termes des articles 299 et 301 du Code civil, « la séparation de corps ne dissout pas le mariage [...] » et qu' « en cas de décès de l'un des époux séparés de corps, l'autre époux conserve les droits que la loi accorde au conjoint survivant ». L'époux séparé de corps est donc assimilé au conjoint survivant en cas de décès de l'autre époux de sorte qu'une stipulation expresse est nécessaire aux fins d'écartier le principe de cette assimilation. Cette stipulation est admissible, compte-tenu du fait que les dispositions précitées ne sont pas impératives sous l'angle d'une garantie décès de nature contractuelle, mais dès lors qu'elle introduit une exception audit principe, elle est d'interprétation stricte et n'autorise pas l'analogie entre la séparation des époux et la résidence séparée, admise à titre provisoire, lors d'une instance en divorce.

La séparation des époux s'entend en effet d'une altération, légalement reconnue comme telle, de leur lien personnel,

officiellement célébré lors de leur mariage (art. 165 du Code civil), et qui les dispense d'une partie des obligations liées à la consécration de ce lien (art. 212 et s. du Code civil). Ne peut lui être assimilée la « résidence séparée » des époux en instance de divorce, que vise l'article 255 du Code civil au titre de mesures provisoires pouvant être prises lors de cette instance. Ces mesures provisoires autorisent temporairement une situation de fait dérogatoire aux obligations qu'impliquent les liens du mariage, mais elles ne s'apparentent pas à une altération légalement et définitivement admise de ces dernières. Au sens du Code civil, la « résidence séparée » est une séparation de fait, temporairement autorisée, et non une « séparation judiciaire », d'une nature comparable à celle d'un divorce.

Une troisième difficulté survient encore lorsqu'un **décalage s'installe entre le fait et le droit**. Cette occurrence est fréquente lorsque les parents séparés vivaient en concubinage ou encore ont conservé des liens affectifs après le prononcé du divorce. Il arrive alors que la prise en charge des enfants évolue, sans pour autant que les parents jugent opportun de formaliser les changements. Par exemple, un enfant à la charge de l'un de ses deux parents après la séparation devient peu à peu à la charge des deux, voire exclusivement de l'autre. On peut comprendre la difficulté de formaliser la situation. Pour autant, il est nécessaire de le faire. Les situations de fait ne sont par principe pas opposables aux tiers, donc, en l'espèce aux institutions de prévoyance. **Mariés ou non, les parents doivent établir une convention réglant les effets de la séparation, et en particulier les conditions de l'exercice de l'autorité parentale, qui doit être formalisée pour être fiscalement efficiente.**

L'article 373-2-2 du Code civil dispose en effet : « En cas de séparation entre les parents, ou entre ceux-ci et l'enfant, la **contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire** versée, selon le cas, par l'un des parents à l'autre, ou à la personne à laquelle l'enfant a été confié. Les modalités et les garanties de cette pension alimentaire sont fixées par la convention homologuée visée à l'article 373-2-7 ou, à défaut, par le juge ». Ainsi, même en cas de commun accord des parents sur les modalités et les garanties de la pension alimentaire, il leur revient de faire homologuer une convention fixant ces modalités et garanties auprès du juge des affaires familiales afin qu'aucune incertitude ne subsiste en cas de décès de l'un d'entre eux. Sur les questions liées aux conditions morales et matérielles de l'éducation des enfants, le fond est indissociable de la forme.

RENTE ÉDUCATION

La notion d'enfant à charge

Le plus souvent, le capital décès s'accompagne d'une rente éducation au bénéfice des enfants du défunt. Encore faut-il que les enfants soient « à charge » du foyer subsistant après le décès. Généralement, les stipulations du régime de prévoyance précisent ce qu'il y a lieu d'entendre par « enfant à charge ».

Les contrats collectifs prévoient de manière générale que l'enfant qui a atteint l'âge de la majorité demeure à charge à la condition qu'il poursuive des études. On observe deux types de clauses.

Certaines définissent précisément ce qu'il y a lieu d'entendre par études. Ainsi sont visées « **des études secondaires ou supérieures à temps plein** dans un établissement public ou privé et de pouvoir en justifier lors de l'adhésion individuelle puis annuellement par un certificat de scolarité ». En ce cas, la condition de poursuite n'est pas remplie dans l'hypothèse, de plus en plus fréquente, d'une inscription pour une formation de 60 heures, même à l'université. Le choix d'une formation courte, dont une partie ou la totalité se réalise d'ailleurs à distance, est de celui qu'il est d'usage de faire lors d'une phase de fin d'études et de commencement de vie professionnelle qui n'entre pas dans les prévisions d'une garantie « rente éducation ».

D'autres stipulations du contrat collectif se bornent à faire référence à la « poursuite d'études », cette formulation en termes généraux ne permet pas d'exclure du bénéfice de la rente éducation les enfants qui suivent une formation dans un établissement privé, en-dehors des cadres d'une institution scolaire ou universitaire.

Certains contrats collectifs ne visent pas spécifiquement la poursuite d'études et accordent le bénéfice de la rente éducation aux « enfants à charge au sens de la sécurité sociale ». Cette référence à une qualification légalement définie appelle les observations suivantes. Les articles L. 161-1 et R. 161-4 du code de la sécurité sociale, qui reprennent les termes des articles L. 313-3 et R. 313-12 du même code dans leur rédaction antérieure au 1^{er} janvier 2016, sont ainsi rédigés :

- « Sauf dispositions contraires, par membre de la famille, on entend au sens du présent code :

1° Le conjoint de l'assuré social, son concubin ou la personne à laquelle il est lié par un pacte civil de solidarité ;

2° Les enfants mineurs à leur charge et, jusqu'à un âge limite et dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat :

- a) Les enfants qui poursuivent leurs études [...] » (article L. 161-1).

- « La limite d'âge prévue au 2° de l'article L. 161-1 est fixée à vingt ans » (article R. 161-4).

Cas de l'enfant en apprentissage

L'année 2017 a été l'occasion pour le médiateur de prendre parti sur l'attribution d'une rente éducation, dans un contexte certes atypique, mais susceptible de se reproduire et conduisant à l'examen d'une question de portée générale.

Le contrat collectif prévoyait l'attribution d'une rente éducation en cas de décès du participant au bénéfice des enfants à charge.

La rente était encore due à ces enfants, même âgés de plus de 21 ans, à condition toutefois, d'avoir moins de 26 ans, d'être affiliés au régime de la Sécurité sociale des étudiants, et de suivre des études secondaires ou supérieures, ou une formation en alternance. Il était ajouté qu'ils doivent aussi « ne pas exercer d'activité professionnelle ou exercer une activité professionnelle leur procurant des revenus supérieurs à 55 % du SMIC. »

La difficulté tenait au fait que le plaignant, le fils d'une veuve susceptible d'être considéré comme un enfant à charge, suivait pour sa cinquième et dernière année d'études supérieures **une formation en apprentissage**, ce qui justifiait le versement de la rente, mais percevait dans le même temps comme apprenti un revenu égal à 61 % du SMIC, situation qui, au contraire, excluait son versement.

Dans ce contexte bien spécifique, la décision était difficile à prendre, d'autant qu'elle était sous-tendue par une question plus générale ayant pour objet la conduite à tenir au cas où **l'application concurrente de dispositions d'un régime de prévoyance conduit à une solution contradictoire dans les termes**.

La décision retenue a finalement été prise en équité pour permettre à cet étudiant de bénéficier de la rente dans des conditions telles que le cumul de celle-ci et de sa rémunération lui donne un revenu total égal à 100 % du SMIC.

Cette décision n'a pas été prise au hasard. Deux types de considérations ont pesé pour justifier le maintien partiel de la rente :

- Tout d'abord, le travail en apprentissage n'est pas une activité professionnelle comme les autres. Certes, l'étudiant qui suit une formation sous le statut de l'apprentissage conclut un contrat de travail. En même temps, l'article L. 6221-1 du code du travail définit en ces termes le contrat d'apprentissage :

« Le contrat d'apprentissage est un contrat de travail de type particulier conclu entre un apprenti ou son représentant légal et un employeur.

L'employeur s'engage, outre le versement d'un salaire, à assurer à l'apprenti une formation professionnelle complète, dispensée pour partie en entreprise et pour partie en centre de formation d'apprentis ou section d'apprentissage.

L'apprenti s'oblige, en retour, en vue de sa formation, à travailler pour cet employeur, pendant la durée du contrat, et à suivre cette formation. »

Un étudiant qui suit une cinquième année d'études supérieures en apprentissage n'est ainsi pas complètement dans la situation d'un étudiant de même niveau qui exerce déjà une activité professionnelle à mi-temps rémunérée bien au-dessus du SMIC.

- Ensuite, la rémunération des étudiants en apprentissage fait l'objet d'une réglementation impérative dont l'application empêche qu'ils puissent être rémunérés en deçà d'un montant fixé par décret (art. L. 6222-27, L. 6222-29 et D. 6222-26 du code du travail).

En pareille situation, l'application de la clause relative à la rente éducation aboutissait, d'un côté, à reconnaître le droit à une rente éducation de l'enfant âgé de plus de 21 ans suivant une formation en alternance, mais d'un autre côté, à exclure ce droit si, au titre de la formation en alternance et par le seul effet de l'application de règles impératives propres à l'apprentissage, l'enfant percevait une rémunération supérieure à 55 % du SMIC.

Au regard de ces considérations, l'interprétation permettant de donner effectivement une portée à la clause litigieuse et donc de ne pas vider de sa substance la garantie « rente éducation » était celle consistant à dissocier le revenu tiré de l'exercice d'une activité professionnelle, au sens du contrat collectif, de la rémunération perçue par un étudiant qui, suivant une formation en alternance, signe un contrat d'apprentissage et à admettre un maintien partiel de la rente éducation.

Cette solution n'était pas de nature à heurter la « logique indemnitaire » (*v. supra NATURE DES PRESTATIONS*) qui donne souvent la mesure des prestations en prévoyance. La jurisprudence est en effet constante en ce sens

que la rente éducation calculée en pourcentage de la rémunération du défunt, ou encore en considération d'un plafond de Sécurité sociale a nécessairement « un caractère forfaitaire » (Cass. civ. 2^e 20 octobre 2016, pourvoi n°15-24.812, publié au bulletin ; dans le même sens, Cass. civ. 2^e 9 juin 2016, pourvoi n°15-20.632 ; Cass. civ. 2^e 16 avril 2015, pourvoi n°14-17.605 ; Cass. civ. 2^e 17 avril 2008, pourvoi n°06 20.417, Bull. civ. II n°86).

Cas de l'enfant né après la survenance du sinistre

Une rente éducation au bénéfice des enfants à charge est parfois prévue en cas d'invalidité ou d'incapacité permanente à 100 %.

Il faut admettre, sauf stipulations contraires du contrat collectif, que les enfants à charge en considération desquels est calculé le montant de la rente éducation sont ceux qui sont nés avant la survenance du sinistre.

Cette solution est conforme aux exigences de la technique assurantielle qui autorise seulement la couverture de risques aléatoires et ne permet pas la prise en charge d'un sinistre déjà réalisé. Il est certain que la survenance d'une invalidité lourde entraînant une perte de revenus grève de manière inattendue les frais qu'exposent les parents pour l'éducation des enfants nés à la date du sinistre. Il n'en va pas de même pour les enfants nés postérieurement, alors que les parents ont connaissance de la situation, il est vrai, difficile dans laquelle ils décident d'assurer l'éducation de ces enfants. L'absence d'aléa, qui caractérise cette seconde hypothèse, ne permet pas une prise en charge par un organisme assureur. C'est une donnée objective qui s'impose en toute occurrence, quelque délicate que soit la situation personnelle de l'assuré.

INDEMNITÉ DE FIN DE CARRIÈRE

Elle donne régulièrement lieu à débat en médiation et pose plusieurs questions, qu'elles portent sur le droit à cette indemnité ou sur son calcul.

Droit à l'indemnité

Un salarié licencié peu de temps avant l'âge de la retraite peut-il prétendre à l'indemnité de fin de carrière prévue par le règlement de l'institution de prévoyance ? La question est souvent posée au médiateur alors que les régimes de prévoyance instituant une telle indemnisation concernent généralement des secteurs dans lesquels les fins de carrière des participants peuvent être chaotiques.

La réponse de principe est négative.

L'indemnité de fin de carrière remplace en effet l'indemnité légale de départ en retraite prévue par l'article L. 1237-9 du code du travail.

Or, lorsque le salarié a été licencié, il a d'ores et déjà bénéficié de l'indemnité de licenciement prévue par l'article L. 1234-9 du code du travail. À cet égard, il est jugé qu'il ne saurait y avoir lieu à cumul de ces deux indemnités qui, l'une et l'autre, tendent à compenser les conséquences de la perte d'emploi (v. par ex. Cass. soc. 17 décembre 2002, pourvoi n°00-43.586 ; la solution a été récemment rappelée par la Cour de cassation ; v. Cass. soc. 11 décembre 2019, pourvoi n°18-11.792, publié au bulletin : « l'indemnité de départ à la retraite ne (peut) se cumuler avec l'indemnité de licenciement »). Il est également jugé qu'un salarié licencié pour motif économique à l'issue d'une carrière de plus de 40 ans ne peut prétendre au bénéfice d'une allocation de fin de carrière dès lors qu'il ne remplit pas les conditions d'attribution de cette allocation prévues par la convention collective (Cass. soc. 19 juillet 1994, pourvoi n°90-43.443).

Dans ces conditions, il est normal que l'indemnité de fin de carrière bénéficie uniquement aux salariés qui partent à la retraite et que le salarié déjà bénéficiaire d'une indemnité de licenciement n'y puisse prétendre. Cette dernière solution s'impose également lorsque le participant a bénéficié de l'indemnité spéciale de licenciement qui, sauf dispositions conventionnelles plus favorables, est égale au double de l'indemnité prévue par l'article L. 1234-9 précité. En effet, l'ensemble des textes font apparaître que l'indemnité spéciale de licenciement en cas d'inaptitude a la nature d'une indemnité de licenciement et qu'elle ne peut s'apparenter à l'indemnisation d'un préjudice spécifique. En vertu d'une maxime d'interprétation communément admise, il n'y a pas lieu de distinguer là où la règle ne distingue pas.

Des stipulations plus favorables peuvent être prévues en cas de licenciement, spécialement lorsque ce dernier intervient peu de temps avant la liquidation des droits à la retraite, à une époque où de fait, la reprise d'un emploi s'avère délicate. Mais alors, deux observations s'imposent :

- L'indemnité de fin de carrière n'est pas due dès lors que le montant de l'indemnité de licenciement est supérieur au montant de la première ;
- Sous l'angle de cette indemnisation, la rupture conventionnelle ne peut être apparentée à un licenciement. On appellera qu'aux termes de l'article L. 1237-11 du code du travail, la rupture conventionnelle est « exclusive du licenciement » ; s'il est exact que la rupture conventionnelle peut produire des effets semblables à ceux d'un licenciement, notamment sous l'angle de l'assurance chômage, c'est alors en vertu d'un texte spécial et dérogatoire dont

la portée ne peut être généralisée. En conséquence, lorsqu'un règlement de prévoyance découlant d'une convention collective n'attache pas les mêmes effets à un licenciement et à une rupture conventionnelle, il n'y a donc pas lieu de procéder par analogie.

Il arrive que des stipulations contraires du contrat collectif permettent le versement d'un capital de fin de carrière au bénéfice de participants qui achèvent cette dernière alors qu'ils sont au chômage. Jusqu'à présent, le médiateur a eu à connaître de deux de type de stipulations :

- Le capital de fin de carrière est de plein droit si le participant justifie de conditions fixées par le contrat collectif (par ex. une ancienneté minimum avant la période de chômage). Dans ce cas, deux précisions doivent être apportées : l'indemnité de licenciement s'impute sur le capital de sorte que si celui-ci est inférieur au montant de l'indemnité, il ne donne pas lieu à versement ; les périodes de stage aux fins de réinsertion dans la vie professionnelle n'ont pas pour effet d'altérer la nature de la situation de chômage, visée par le contrat collectif.
- Le capital de fin de carrière est attribué par l'effet d'une décision discrétionnaire de l'institution. Ainsi qu'il est régulièrement rappelé dans les rapports annuels du médiateur, ce dernier s'interdit de prendre parti sur les décisions de gestion des institutions de prévoyance. Il n'est donc **pas au pouvoir du médiateur de remettre en cause** la décision prise par une institution de prévoyance de verser une allocation de fin de carrière en fonction de considérations d'équité et en fonction des ressources du régime, autant de critères qui relèvent de la gestion de l'institution.

Les conséquences individuelles de ces dispositions et stipulations sont souvent source de déception, spécialement en raison des effets de seuil qu'ils produisent (cas d'un salarié licencié peu de temps avant son départ à la retraite), mais il ne revient pas au médiateur de modifier les équilibres collectivement négociés des régimes de prévoyance.

Il en est d'autant plus ainsi que le capital de fin de carrière est versé par prélèvements sur un fonds collectif qu'abondent de manière mutualisée les employeurs du secteur concerné par le contrat collectif prévoyant le versement d'un tel capital. Le capital de fin de carrière n'est pas individuellement constitué pour le compte de chaque salarié ; il procède d'une mutualisation supportée par les seuls employeurs.

Un salarié ne peut donc tirer argument de ses nombreuses années de cotisations pour prétendre au versement d'un capital qui procède d'un fonds collectif abondé par les employeurs. Dans cet esprit, il y a lieu de préciser que l'ancienneté d'un salarié se comprend comme une « durée d'occupation » et non comme une « quantité de cotisations ». Il s'ensuit que le cumul d'activités ne modifie

pas l'ancienneté en ce sens qu'il n'a pas d'incidence sur la durée d'occupation, simplement sur l'intensité de cette dernière, éventuellement sur le montant des cotisations versées, du fait de la situation de cumul. En un mot, l'ancienneté ne s'achète pas.

La solution contraire ne serait en effet pas tenable. Il suffirait alors à un salarié d'avoir une double activité pendant 10 ans et de cotiser deux fois pour diviser par deux l'ancienneté requise pour prétendre à une indemnité de fin de carrière. La principale condition du droit à cette indemnité dépendrait donc d'un choix individuel, solution qui n'est pas compatible avec le financement collectif du dispositif d'indemnisation.

Il reste que les demandes injustifiées de versement d'un capital de fin de carrière sont nombreuses et récurrentes. Il conviendrait donc, au sein des branches concernées, de **renforcer l'information des participants** en mettant en place une communication *ad hoc* auprès des employeurs adhérents.

Parmi les points qui méritent d'être précisés, à défaut de l'être suffisamment dans les notices :

- Avant de solliciter une institution de prévoyance pour obtenir le bénéfice d'une allocation de fin de carrière, le participant doit s'assurer que cette institution en est bien débitrice ; il arrive en effet que l'allocation soit due par l'employeur, ce dernier pouvant obtenir remboursement de l'institution ; ce dispositif ne fait cependant pas naître de droit direct du participant à l'égard de l'institution ;
- Lorsqu'il existe un différend entre le salarié participant et son employeur sur le montant de l'indemnité de licenciement, rappel étant fait que le montant de celle-ci s'impute en moins prenant sur le montant de l'indemnité de fin de carrière, cette situation ne peut avoir pour effet de paralyser les droits du participant à l'égard de l'institution ; il revient à cette dernière d'en déterminer le montant compte tenu de son évaluation du montant de l'indemnité de licenciement, quitte à procéder aux réajustements nécessaires une fois que celle-ci est définitivement fixée ;
- Les indemnités de fin de carrière sont le plus souvent dues lors du départ ou de la mise à la retraite du salarié et la liquidation effective des droits à la retraite ne constitue pas une condition de leur versement.

À noter, de surcroît, **un assouplissement possible en équité** des conditions requises pour bénéficier du droit à une indemnité de fin de carrière. Les règlements qui prévoient une telle indemnité ouvrent le droit à cette dernière au bénéfice de salariés qui terminent leur carrière dans une situation d'invalidité ou à l'issue d'une période de chômage. Le bénéfice de cette indemnité échappe alors

au salarié qui obtient **l'allocation d'adulte handicapé** avant de liquider ses droits à la retraite.

En effet, une pension d'invalidité est allouée à la condition que le demandeur justifie d'un nombre minimum d'heures travaillées dans l'année qui précède la demande d'invalidité (articles L. 341-2 et R. 313-5 du code de la sécurité sociale). Le participant qui a épuisé ses droits au titre de l'assurance chômage peut donc exclusivement solliciter une allocation d'adulte handicapé, s'il justifie d'une incapacité à hauteur de 80 %. En un mot, l'invalidité d'un chômeur en fin de droits prend la forme d'une reconnaissance de la situation d'adulte handicapé.

La situation du participant est dès lors et de fait celle d'un individu qui cumule dans le temps le régime de l'assurance chômage puis celui d'une quasi-invalidité. S'il était dans l'une ou l'autre des situations, il pourrait prétendre à l'indemnité de fin de carrière. Paradoxalement, s'il se trouve successivement et cumulativement dans les deux situations, il perd le bénéfice de cette indemnité.

Cette situation paraît contraire à l'équité, spécialement en considération de l'économie générale du régime applicable aux indemnités de fin de carrière. De ce point de vue, il est permis d'assimiler la perception d'une allocation d'adulte handicapé à une situation d'invalidité, ce qui permet, au moins théoriquement, d'ouvrir le bénéfice de l'indemnité de fin de carrière. Les institutions à qui cette solution d'équité a été proposée en ont admis le principe.

Calcul de l'indemnité

L'indemnité de fin de carrière est calculée en considération d'un salaire de référence, généralement celui que percevait le salarié dans l'année, voire les quelques mois, précédant sa mise ou son départ à la retraite. Tous les salariés n'ont pas une carrière uniforme et il est fréquent que, pour des raisons diverses, ils alternent travail à temps plein et travail à temps partiel, cette dernière situation constatée le plus souvent en fin de carrière.

La question se pose de savoir si la détermination du salaire de référence, base de calcul de l'indemnité de fin de carrière, doit tenir compte des périodes de travail à temps plein ou simplement se faire en considération des salaires perçus par le participant lorsqu'il a travaillé à temps partiel à l'issue de sa carrière.

La solution qui s'impose est celle qui, à due proportion, intègre les périodes de travail à temps complet et celles à temps partiel.

L'analyse est la suivante.

Pour l'application de l'article R. 1234-4 du code du travail relatif à l'indemnité de licenciement, et dans l'hypothèse où le salarié a eu au long de sa carrière des périodes d'activité à temps complet, d'autres à temps partiel, la jurisprudence retient uniformément que les derniers salaires d'activité, soit les douze derniers, soit les trois derniers, doivent être calculés proportionnellement aux périodes de temps complet et de temps partiel.

La jurisprudence en décide ainsi, du reste, qu'il s'agisse de l'indemnité légale comme de l'indemnité conventionnelle, dès lors que le salaire de référence d'un salarié qui a alterné temps complet et temps partiel doit être l'exact reflet de cette alternance (Cass. soc. 1^{er} avril 2003, pourvoi n°00-41.428 ; Cass. soc. 16 avril 2015, pourvoi n°13.27-905 ; Cass. soc. 11 juillet 2018, pourvoi n°16.27-825, publié au bulletin).

Cette jurisprudence, qui s'est constituée sur l'indemnité de licenciement, procède de l'interprétation d'un texte identiquement rédigé à celui qui s'applique à l'indemnité de départ à la retraite et au visa des dispositions de l'article L. 3123-5 du code du travail, expressément applicable à ces deux indemnités. Ainsi, en jurisprudence, qu'il s'agisse d'interpréter un texte légal ou conventionnel, le « salaire de référence » des derniers mois d'activité à prendre en considération pour le calcul d'une indemnité de rupture de la relation de travail, doit intégrer à due proportion les périodes de travail à temps complet et celles à temps partiel.

Il n'y a donc aucune raison de distinguer selon que l'indemnité de rupture résulte d'un licenciement ou d'un départ à la retraite. La conclusion s'impose, non par l'effet d'une analogie, mais en vertu de la maxime d'interprétation selon laquelle, il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas.

CONTRATS OBSÈQUES

Les « contrats obsèques » prévoient généralement le règlement d'un capital au décès du participant d'un montant à peu près équivalent à des frais d'obsèques. Ce montant tourne autour de quelques milliers d'euros et le contrat qui en permet le versement suscite souvent des déconvenues. Lorsque le contrat a été souscrit de longue date et renouvelé d'année en année, le participant comprend qu'au bout d'un certain temps, le montant total des cotisations versées équivaut à peu près au montant du capital garanti. Il n'est pas rare qu'alors, le participant réclame le remboursement de ses cotisations.

Dans ce type de contrat, l'usage est que, le plus souvent, les primes sont versées à fonds perdus de sorte qu'il n'existe aucune faculté de rachat.

Une telle faculté est exclusivement envisageable dans une assurance-vie au sens propre dès lors que cette faculté s'exerce sur le capital épargné par le souscripteur. Au contraire, il n'est pas permis de capitaliser des primes destinées au financement des prestations promises à l'ensemble des assurés ayant souscrit au même contrat. Sur une année, du reste, le montant de la cotisation est bien inférieur au capital garanti et **il n'y a pas de capitalisation possible sur les deniers d'autrui**.

Il n'en reste pas moins que l'application de cette règle conduit à des résultats inéquitables lorsque la garantie obsèques a été souscrite pendant de nombreuses années à telle enseigne que, bien souvent, le montant total des cotisations excède celui du capital garanti. La solution est d'autant plus injuste qu'elle s'impose par l'effet de tacites reconductions au détriment de personnes souvent très âgées et insuffisamment accompagnées pour apprécier l'opportunité du maintien de cette garantie. *Summum jus, summa injuria.*

Il y a donc lieu d'amodier la solution qu'impose la nature juridique de ces contrats. Dans cet esprit, il est permis d'imputer un manquement au devoir de conseil de l'organisme assureur.

Dans cet esprit, on relèvera que dans le recueil des engagements déontologiques des entreprises d'assurance membres de la fédération France Assureurs, il est disposé, à propos de ce type de contrat, que :

« Il faut écarter les souscriptions à des âges très élevés dans des conditions qui laissent envisager un risque sensible de contestations ultérieures. L'entreprise d'assurance doit mettre en place une procédure d'examen systématique pour les demandes de souscription au-delà d'un certain âge et, en tout état de cause, à partir de 85 ans, afin de vérifier l'opportunité, pour le souscripteur, de l'opération d'assurance vie envisagée. »

(Recueil des engagements déontologiques des entreprises d'assurance, page 60)

Sans doute ce recueil n'engage-t-il pas en droit les institutions de prévoyance. Pour autant, les considérations qui y figurent sont de portée générale et il y a lieu de s'en inspirer. Cet engagement déontologique est d'ailleurs exploitable autant lorsqu'il s'agit d'une souscription que d'une reconduction. En effet, rien n'empêche la mise en place d'une procédure de vérification de la situation des assurés, ayant souscrit de longue date un contrat

« capital décès des retraités », spécialement lorsque ceux-ci atteignent un âge avancé. *In fine*, il ne faut pas perdre de vue que les souscripteurs d'une telle garantie s'engagent dans un esprit de prévoyance et qu'en pareille occurrence, force est d'admettre que la souscription ou le renouvellement d'une garantie obsèques est contraire à leurs attentes et nuit à leurs intérêts.

On rappellera qu'aux termes de l'article 1169 du Code civil, « un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ». Sans doute est-il exact qu'à chaque reconduction, serait-elle tacite, un nouveau contrat est conclu de sorte qu'à chaque exercice, l'aléa demeure et qu'en outre, une différence sensible demeure entre le montant de la cotisation et le montant du capital garanti. Il n'en reste pas moins qu'en fait et par accumulation des reconductions, l'addition de l'ensemble des cotisations versées prive de tout intérêt la garantie décès de sorte que « la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire. »

Aussi bien y a-t-il lieu de retenir, comme il est admis par la Médiation de l'Assurance, que dans cette configuration, l'équité commande de maintenir le bénéfice du capital ainsi que de rembourser les cotisations qui n'auraient pas eu lieu d'être si la situation du participant avait donné lieu à une procédure de vérification à compter du jour où il avait atteint l'âge de 85 ans.

EXPERTISES INTERNES (CONTRÔLE MÉDICAL)

Les contrats collectifs et règlements des institutions prévoient tous la possibilité de diligenter des contrôles médicaux aux fins d'apprecier la réalité de l'état des participants. La question s'est posée de la validité et de l'opposabilité de ces contrôles, puis de leurs conditions de mise en œuvre.

Validité et opposabilité

En pratique, la question posée est celle de savoir si une institution de prévoyance peut passer outre la décision d'une caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) de classer un participant en invalidité pour diligenter ses propres contrôles et conclure à une absence d'invalidité. Il y a là un problème général d'articulation entre les prestations de la Sécurité sociale et les garanties qu'offrent les institutions de prévoyance.

Il faut ici rappeler que les institutions de prévoyance servent des prestations complémentaires dont les conditions de versement sont identiques à celles qui déterminent le paiement des prestations de base. Il pourrait être soutenu que l'accessoire suit le principal et qu'en l'état d'une invalidité reconnue par la CPAM, il revient à l'institution de servir les prestations prévues par le règlement ou le contrat en pareille occurrence. Au détriment des participants, le médiateur a d'ailleurs considéré que leurs droits ne sauraient être définis à l'égard de l'institution autrement qu'ils ne l'ont été à l'égard des caisses de Sécurité sociale (v. Rapport annuel du médiateur 2011, p. 16 et 17). Il y aurait donc une certaine logique à ce que la même règle s'applique lorsque, par l'effet des circonstances, son application se révèle favorable au participant.

En même temps, si les qualifications du régime de base sont en principe et sauf stipulation contraire les mêmes que celles utilisées par les institutions de prévoyance, l'unité de conception ne préjuge pas d'une unité de constatation. Sous l'angle de la preuve, il n'y a pas d'exacte symétrie entre la situation du participant et celle de l'institution à l'égard d'une décision de la CPAM. Alors que le premier, assuré social, provoque celle-ci et peut au besoin la contester, la seconde ne dispose pas des mêmes capacités d'action.

Ainsi, la décision de classement en invalidité est notifiée à l'assuré (art. R. 341-3 du code de la sécurité sociale) qui dispose alors d'un délai de deux mois pour éventuellement la contester devant la commission médicale de recours amiable (art. L. 142-4 et R. 142-8 du code de la sécurité sociale). L'institution, qui n'est pas identiquement informée, serait bien en peine de respecter ce délai, alors, de surcroît, que sa qualité à agir est incertaine. Sauf à méconnaître leur droit au recours, lequel a rang de droit fondamental, **les institutions ne peuvent être privées du droit de contester le classement en invalidité, au moins dans leurs rapports avec les participants.**

Si la validité des dispositifs d'expertise propres aux institutions de prévoyance est acquise, il convient cependant de s'interroger sur leur opposabilité aux participants. Il faut ici rappeler le principe en vertu duquel les clauses d'un contrat ou d'un règlement plus restrictives que celles indiquées dans la notice sont inopposables au participant (Cass. civ. 1^{re} 23 juin 1998, pourvoi n°96-11.239, Bull. n°221).

Dans cet esprit, la Cour de cassation a jugé qu'une compagnie d'assurances ne peut se prévaloir des stipulations de son contrat l'autorisant à conduire sa propre expertise du degré d'invalidité d'un assuré, stipulations assimilées à une clause restrictive des droits de l'assuré, dès lors que celles-ci ne sont pas « **reproduites ou résumées dans la**

notice » (Cass. civ. 1^{re} 19 mai 1999, pourvoi n°97-12.700). Compte tenu des termes de l'article L. 932-6 du code de la sécurité sociale, les enseignements de cette jurisprudence sont transposables aux institutions de prévoyance de sorte que les dispositions restrictives d'un règlement auquel adhère un employeur demeurent inopposables au participant qui n'en a pas eu connaissance.

Il faut encore s'assurer de la conformité des procédures d'expertise internes aux principes du droit processuel.

Conditions de mise en œuvre

Après concertation avec les correspondants médiation des institutions, il a été recommandé qu'en cas de contrôle médical diligenté par l'institution :

- les participants aient le droit de se faire assister par un médecin de leur choix ;
- la contestation par le participant des conclusions du médecin-conseil de l'institution donne lieu, soit à la désignation d'un expert judiciaire selon la procédure simplifiée de l'article 145 du code de procédure civile, soit à la mise en place d'une expertise amiable contradictoire aux termes de laquelle l'institution et le participant désignent chacun un médecin, les deux médecins désignés ayant pour mission de s'entendre sur l'état du participant ou de choisir un troisième confrère chargé de les départager.

Il n'a pas fallu plus d'un an pour mettre en œuvre ces recommandations. Le médiateur a ainsi validé les conclusions d'un contrôle médical conduit selon les termes d'une notice ainsi rédigée :

- l'institution se réserve le droit de faire examiner par un médecin de son choix tout participant en situation d'incapacité de travail ;
- les conclusions du contrôle médical peuvent conduire l'institution à cesser le versement des prestations sans que le participant puisse se prévaloir de la poursuite de l'indemnisation par la Sécurité sociale ;
- en cas de contestation par le participant, il est prévu une procédure d'expertise médicale amiable entre le médecin choisi par ce dernier et le médecin désigné par l'institution ;
- en cas de désaccord entre le médecin du participant et celui de l'institution, ceux-ci désignent, d'un commun accord, un troisième médecin expert ; les conditions générales du contrat prévoient parfois une « entente » entre le participant et l'institution sur la désignation d'un troisième praticien pour départager les deux médecins précédemment missionnés ; il est préférable que la désignation du troisième médecin soit le fait des médecins eux-mêmes ; quoi qu'il en soit, en cas de désignation par

le participant et l'institution, il est nécessaire de conserver une trace de l'accord de ces derniers à cet égard.

- il est encore prévu que les frais relatifs à l'arbitrage fait par le troisième médecin expert sont supportés par moitié par chacune des parties ;
- *in fine*, la notice indique que l'avis de l'expert ou de l'arbitre s'impose à l'institution comme au participant.

Le médiateur a été sensible au fait qu'à chaque étape de ce procès, l'institution a pris soin de recueillir l'accord du participant.

Au contraire, le médiateur a réservé son jugement dans l'hypothèse d'une contre-expertise pratiquée après contestation par le participant des conclusions du médecin-conseil de l'institution.

En effet, la contre-expertise était conduite par un médecin figurant sur « une liste de médecins experts proposés par l'institution ».

Si le participant pouvait se faire assister par un médecin de son choix, il ne lui était pas indiqué que la contre expertise se déroulerait en présence du médecin-conseil de l'institution. Le médiateur a admis qu'il y ait une suspension temporaire des prestations de l'institution en conséquence des conclusions de la contre expertise défavorable au participant. Par un avis temporaire, il a cependant invité l'institution à mettre en place une expertise conforme aux recommandations ci-dessus rappelées.

Un tel avis ne met nullement en cause l'intégrité des médecins experts figurant sur les listes des institutions de prévoyance.

Le médiateur n'ignore pas qu'ils sont soumis à une déontologie exigeante dont le respect n'est pas discuté. Il est cependant des données juridiques incontournables, parmi lesquelles :

- l'article 234 du code de procédure civile, lequel dispose, à propos des experts, que « les techniciens peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges » ;
- la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de cassation selon laquelle **les exigences du procès équitable s'appliquent au juge comme à l'expert** (v. sur ce sujet *Droit de l'expertise*, sous la direction de T. Moussa, Dalloz action 2011-12, n°224.91 et s.).

Il est d'ailleurs acquis que ces exigences doivent s'apprécier objectivement, ce qui signifie que leur mise en œuvre est indépendante d'une appréciation de l'honnêteté du juge ou de l'expert mis en cause.

Dans un arrêt certes sévère, la Cour de cassation a jugé que le fait de déployer « une activité professionnelle d'expert privé, à titre quasi exclusif pour le compte d'assureurs [...] constituait l'exercice d'activités incompatibles avec l'indépendance nécessaire à l'exercice de missions judiciaires d'expertise » (Cass. civ. 2^e 14 mai 2009, pourvoi n°09-11.466, Bull. civ. II n°122).

Ce sont ces données objectives et elles seules qui conduisent le médiateur à inviter certaines institutions à revoir leurs dispositifs de contrôle médical.

Il est ici important de préciser que le médiateur n'est quasiment plus saisi sur le thème des expertises médicales. Il est permis de penser qu'il y a une suite logique du suivi des recommandations figurant au rapport annuel pour l'année 2013.

Cas particulier : les garanties « inaptitude »

Certaines professions dont l'exercice engage le sort d'autrui, comme le transport de personnes, requièrent une aptitude physique particulière soumise à l'appréciation de la médecine du travail. Le participant qui n'obtient plus son certificat d'aptitude se trouve dans une situation délicate, spécialement si, à défaut de reclassement possible, il perd son emploi. D'où des régimes de prévoyance prévoyant des « garanties inaptitude », à l'étendue plus ou moins variable et dont le fait générateur est dans le constat de l'inaptitude. Ces garanties ne doivent pas être confondues avec celles qui couvrent l'incapacité et l'invalidité. Leurs bénéficiaires peuvent être en capacité de travailler, simplement, ils ne sont plus en mesure d'exercer l'activité requérant une aptitude particulière.

Il n'est pas rare que ces garanties soient doublement conditionnées, d'une part, au retrait du certificat spécial de capacité par la médecine du travail, d'autre part, au constat de l'inaptitude par une commission médicale de l'organisme assureur. Il peut arriver que la médecine du travail et la commission de l'institution divergent, d'où il suit un refus de garantie. Cette situation est délicate à arbitrer, alors que la composition de la commission ne répond pas aux exigences applicables aux expertises médicales.

En droit, on peut faire valoir que l'appréciation de la commission médicale de l'institution conditionne le bénéfice de la garantie de sorte qu'il ne s'agit pas d'une expertise médicale destinée à priver un participant d'une garantie dont il est *a priori* établi que celui-ci remplit les conditions. Il ne faudrait donc pas confondre l'expertise médicale qui procède d'une clause d'exclusion, soumise à une exigence d'impartialité rigoureusement entendue, avec l'appréciation de la commission médicale constitutive

d'une condition de la garantie et librement définie par l'organisme assureur.

En droit, il est aussi des raisons de douter de l'exacte conformité de ce dernier dispositif de contrôle médical. La garantie offerte en conséquence de ce contrôle est une garantie pour inaptitude à l'exercice d'une activité requérant une capacité spéciale. Dans ces conditions, les participants qui font l'objet d'une déclaration d'inaptitude à cette activité formulée expressément par la médecine du travail et en conséquence de cette déclaration, d'un licenciement pour inaptitude, sont en droit d'attendre une prise en charge.

Le contrat collectif peut certes refuser la prise en charge, motif pris de ce que le constat de l'inaptitude n'est pas partagé par sa commission médicale. Pour autant, il est probable que le refus de prise en charge procède alors d'une stipulation du contrat collectif s'analysant en une clause d'exclusion de garantie, et non plus en une condition de cette dernière (comparer Cass. civ. 2^e 3 novembre 2011, pourvoi n°10-27.221).

Il est ici rappelé que la qualification de condition ou d'exclusion de garantie ne dépend pas des modalités de rédaction de la notice et que constitue une cause d'exclusion celle ayant pour objet, non de définir le risque, mais de dispenser l'assureur d'une prise en charge en considération de circonstances spécifiques et alors que le risque garanti s'est réalisé. La clause d'exclusion doit être formelle et limitée et il n'est pas certain que réponde à ces deux exigences la clause qui conditionne la prise en charge à l'examen du participant par une commission médicale exclusivement composée de médecins choisis par l'organe délibérant de l'institution.

Il serait *a minima* souhaitable que dans la conduite du contrôle médical exigé par l'institution, le participant puisse se faire assister de son propre médecin et qu'en cas de persistance d'une divergence d'appréciation, l'arbitrage soit le fait d'un praticien désigné par les deux parties. Cette exigence procédurale paraît d'autant plus justifiée lorsque le participant a fait l'objet d'une déclaration d'inaptitude par la médecine du travail. En effet, l'employabilité de ce dernier en son habituelle qualité est compromise, précision étant faite que l'employeur qui le recruterait en l'état d'une telle déclaration se placerait dans une situation relevant probablement de la qualification de mise en danger d'autrui.

Il reste qu'il n'existe pas de jurisprudence topique permettant d'appuyer cette dernière analyse et, dans ces conditions, le médiateur n'est pas en situation de prendre directement parti sur la licéité des stipulations dont l'application est sollicitée. En pratique et en l'état de cette

incertitude juridique, le médiateur recommande en équité un réexamen de la situation du plaignant, outre diverses mesures *ad hoc*, variables selon les situations.

FAUSSE DÉCLARATION

Appréciation de la fausse déclaration

La fausse déclaration de nature à entraîner une déchéance des garanties suppose une information erronée en provenance d'un participant et le caractère intentionnel de l'erreur.

Par application des dispositions du code des assurances, similaires à celles du code de la sécurité sociale en cas d'adhésion individuelle, il a été jugé, dans un arrêt de principe, que :

« Vu les articles L. 113-2 2°, L. 112-3 alinéa 4 et L. 113-8 du code des assurances ;

Attendu, selon le premier de ces textes, que **l'assuré est obligé de répondre exactement aux questions précises posées par l'assureur**, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel celui-ci l'interroge, lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à lui faire apprécier les risques qu'il prend en charge ; qu'il résulte des deux autres que l'assureur ne peut se prévaloir de la réticence ou de la **fausse déclaration intentionnelle de l'assuré que si celles-ci procèdent des réponses qu'il a apportées auxdites questions** » (Cass. ch. mixte 7 février 2014, pourvoi n°12-85.107, publié au bulletin).

La portée de cette première directive jurisprudentielle doit être nuancée à la lumière d'une seconde de laquelle il résulte que :

« Selon l'article L. 113-8 du code des assurances, le contrat d'assurance est nul en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré et l'article L. 113-2 **n'impose pas l'établissement d'un questionnaire préalable écrit** ; que, d'autre part, le juge peut prendre en compte, pour apprécier l'existence d'une fausse déclaration, **les déclarations faites par l'assuré à sa seule initiative lors de la conclusion du contrat** » (Cass. civ. 2^e 4 février 2016, pourvoi n°15-13.850, Bull. civ. II n°861).

L'articulation de ces deux jurisprudences conduit à la distinction suivante : soit l'organisme assureur a présenté le formulaire de déclaration du risque sous la forme d'un

questionnaire, auquel cas, il revient d'apprecier la sincérité des déclarations de l'assuré en considération des réponses qu'il fait aux questions posées, à la condition que celles-ci soient précises ; soit aucun questionnaire n'est joint et alors la sincérité s'apprécie en considération des simples déclarations faites par l'assuré.

Cette alternative ne couvre cependant pas toutes les hypothèses dans lesquelles une fausse déclaration est invoquée par un organisme assureur et spécialement pas celle dans laquelle celui-ci prétend que le participant a, de manière erronée, coché la case figurant devant une unique mention dactylographiée comportant notamment la proposition suivante : « Je déclare être, à ma connaissance, en bon état de santé [...] ». En pareil cas, il n'y a pas à proprement parler de « questions posées par l'assureur », pas plus qu'il n'y a de « déclaration faite par l'assuré à sa seule initiative ».

Ce type de dispositif, dont la précision n'est pas avérée, au moins pour ce qui concerne la déclaration d'ordre général sur le fait d'**être en bon état de santé**, a suscité une jurisprudence significative d'une certaine rigueur pour les organismes assureurs.

Commet une fausse déclaration, l'adhérent qui se déclare en bonne santé alors qu'il est déjà en arrêt de travail à raison de la pathologie qu'il tait (Cass. com. 10 mai 1989, pourvoi n°87-17.612), ou encore celui qui garde le silence sur des pathologies lourdes (Cass. civ. 1^e 21 novembre 2000, pourvoi n°98-17.135) ayant donné lieu à plusieurs interventions chirurgicales et à de nombreux arrêts de travail.

Au contraire, ne fait pas de fausse déclaration, l'hôtesse de l'air qui, lors de son adhésion à un contrat de prévoyance complémentaire couvrant, notamment, le risque de perte de licence pour inaptitude, déclare être en bonne santé alors qu'un an et demi auparavant, « elle faisait partie du personnel navigant à bord de l'Airbus qui s'est écrasé [...] lors de son atterrissage à Toronto ; qu'elle s'est retrouvée bloquée dans l'avion en feu, mais n'a pas été blessée », cependant qu'elle a alors été sujette à un stress post-traumatique.

Pour écarter la fausse déclaration, il est retenu que « Mme X était lors de son adhésion apte au service, ce qui impliquait la reconnaissance de son aptitude mentale, d'autre part, que le stress post-traumatique constaté médicalement le 8 août 2005 ne pouvait pas être assimilé à une pathologie psychiatrique ou psychologique développée par l'affiliée antérieurement à la souscription du contrat dont elle aurait dû informer l'organisme de prévoyance lors de sa demande d'affiliation » (Cass. civ. 2^e 24 mars 2016,

pourvoi n°15-16.187). Cette dernière jurisprudence est au demeurant intéressante, car elle invite à faire le lien entre l'appréciation de l'erreur et le risque couvert.

Dans l'arrêt précité, le risque n'est pas l' « incapacité » ou l' « invalidité ». Il s'agit de la perte d'une habilitation, délivrée par l'entreprise, pour exercer des fonctions de sécurité. Lorsque le bénéficiaire perd cette habilitation, le risque est réalisé sans qu'il soit possible à l'organisme assureur de contester les conclusions du service médical de l'entreprise refusant l'habilitation. Il est assez cohérent de présumer que ne fait pas une fausse déclaration le salarié qui se déclare en bonne santé après avoir été déclaré apte à l'exercice de ses missions par le service médical *ad hoc* de son entreprise.

De manière plus générale, on ne peut exiger d'un participant qui ressent des douleurs et se voit prescrire temporairement un antidouleur et des examens complémentaires alors même qu'aucun diagnostic n'a été porté par une autorité médicale qu'il se fasse juge de son état de santé et prenne sur lui de se priver du bénéfice d'une garantie alors qu'objectivement, rien ne permet de dire qu'il n'est pas « en bonne santé ». Au demeurant, retiendrait-on l'existence d'une déclaration erronée qu'on serait en peine de caractériser la mauvaise foi de son auteur.

La bonne foi se présume et de simples incertitudes ne peuvent conduire à retenir l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle, alors qu'au moment de l'adhésion et de la prise d'effet, il n'y a ni maladie, ni facteur de risque diagnostiqué, ni traitement médical d'une durée significative. Il en est d'autant plus ainsi pour une garantie professionnelle couvrant le risque de perte d'habilitation lorsque, précisément, l'habilitation à l'exercice de fonctions de sécurité a été renouvelée peu de temps avant l'adhésion.

Au reste, des examens complémentaires, sollicités par un médecin, ne révèlent pas une situation de santé « anormale » alors qu'ils sont prescrits aussi bien pour confirmer qu'inflimer une simple supposition. La caractérisation de la mauvaise foi requiert plus que la supposition d'un médecin. Il est important que les médecins experts désignés par les institutions ne perdent pas de vue cette exigence.

Auteur de la fausse déclaration

Il se peut que la fausse déclaration soit le fait de l'employeur qui, par exemple, omet sciemment de porter à la connaissance de l'institution de prévoyance l'arrêt de travail en cours d'un de ses salariés à la date de la déclaration.

Si le salarié n'est pas responsable de la situation, il en est également de même pour l'institution de prévoyance, qui s'est déterminée en considération d'une fausse déclaration de l'employeur. En vertu des dispositions tant de l'article L. 932-4 du code de la sécurité sociale que de l'article 3 de la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989, dite « loi Évin », de même qu'en application du principe général *fraus omnia corruptit* (la fraude corrompt tout), aucun effet de droit ne peut résulter d'une manifestation de volonté frappée d'insincérité.

Le salarié qui a perçu des prestations à la faveur d'une fausse déclaration doit donc les restituer au titre d'une légitime répétition de l'indu, sauf à mettre en jeu la responsabilité de son employeur.

Effets de la fausse déclaration

Lorsqu'elle est intentionnelle, la fausse déclaration prive son auteur du bénéfice des garanties, qui plus est sans restitution des primes ou cotisations. Cette solution de principe fait l'objet d'aménagements lorsque l'adhésion procède d'un contrat collectif obligatoire souscrit auprès d'une institution de prévoyance.

Lorsque l'organisme assureur est une institution de prévoyance, les « sanctions prévues en cas de fausse déclaration » du participant sont définies par l'article L. 932-7 du code de la sécurité sociale (en ce sens, Cass. civ. 2^e 26 mars 2015, pourvoi n°14-15.088) dont l'alinéa 1 dispose que « lorsque la réticence ou la **fausse déclaration intentionnelle du participant** change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour cette institution, alors même que le risque omis ou dénaturé par le participant a été sans influence sur la réalisation du risque, la **garantie accordée par l'institution à ce participant est nulle.** »

Cependant et là se trouve la difficulté, **l'alinéa 4 et dernier de l'article L. 932-7 du code de la sécurité sociale** dispose que « lorsque l'adhésion à l'institution résulte d'une obligation prévue par une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel, les **dispositions des deux premiers alinéas ne s'appliquent pas** », précision étant apportée que, selon l'article L. 932-38 du même code, ces dispositions « ne peuvent être modifiées par contrat ou convention ».

Malgré la fausse déclaration du salarié, l'institution de prévoyance peut donc être tenue d'exécuter les garanties du contrat collectif. Bien que cette solution suscite une certaine perplexité, elle est fermement établie en jurisprudence.

Dans un arrêt rendu au visa des articles 1 et 2 de la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 et de l'article L. 932-7

du code de la sécurité sociale, la Cour de cassation censure un arrêt d'appel ayant débouté une salariée d'une demande de prestation en raison d'un taux d'IPP de 100 %, motif pris d'une fausse déclaration et de ce « qu'il ne saurait être dérogé aux dispositions d'ordre public de la loi du 31 décembre 1989 », dont l'article 2 dispose que « l'organisme qui délivre la garantie prend en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat [...] sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration. »

Pour justifier la cassation de cet arrêt d'appel, les hauts magistrats relèvent que « les dispositions de l'article L. 932-7 du code de la sécurité sociale délimitant les cas dans lesquels une sanction est prévue pour fausse déclaration intentionnelle du participant à un contrat collectif de prévoyance à adhésion obligatoire proposé par une institution de prévoyance, sont applicables à une opération régie par la loi du 31 décembre 1989, lorsque l'organisme assureur est une institution de prévoyance relevant du code de la sécurité sociale » (Cass. civ. 2^e 26 mars 2015, pourvoi n°14-15.088).

Cet arrêt n'est pas isolé puisque dans un arrêt publié, rendu sous la présidence du premier président de la Cour de cassation de l'époque, il a été jugé « que le dernier alinéa de l'article L. 932-7 du code de la sécurité sociale s'appliquait même lorsque l'employeur conservait le choix de l'institution de prévoyance » (Cass. civ. 2^e 28 février 2006, pourvoi n°04-12.627, Bull. civ. II n°62).

Le médiateur n'entend pas éluder cette jurisprudence dès lors que, comme il a été rappelé, « il ne peut être fait appel au sens de l'équité du médiateur avec pour effet d'écluder les règles impératives d'origine légale ou jurisprudentielle destinées à protéger leurs intérêts ». Il en est d'autant plus ainsi que les solutions issues de l'interprétation jurisprudentielle de l'alinéa 4 de l'article L. 932-7 du code de la sécurité sociale ont été étendues aux sociétés d'assurance (art. L. 145-4 du code des assurances) et aux mutuelles (art. L. 221-14 du code de la mutualité) par l'effet de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire. La solution dégagée par la jurisprudence a donc désormais une portée générale. Elle n'est plus cantonnée aux seules institutions de prévoyance et s'applique à tous les organismes assureurs dès lors que l'obligation d'assurer la garantie est liée, non à la qualité de cet organisme, mais au caractère constraint de l'adhésion.

Il n'en reste pas moins que la solution dérogatoire consistant à admettre qu'une fausse déclaration changeant l'appréciation du risque ne dispense pas l'organisme assureur de sa garantie ne vaut qu'autant, comme en dispose l'article L. 932-7 du code de la sécurité sociale, que « l'adhésion à l'institution résulte d'une obligation

prévue par une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel » (Cass. civ. 2^e 16 juillet 2020, pourvoi n°18-14.351, publié au bulletin).

S'il n'y a pas d'obligation d'adhérer, l'institution de prévoyance est en droit de refuser tel ou tel adhérent compte tenu des réponses individuelles des participants potentiels. Les déclarations sont déterminantes du consentement et il est normal qu'alors, les fausses déclarations privent le participant du bénéfice des garanties.

ARTICLES 2 ET 7 DE LA LOI ÉVIN

Ces deux articles de la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, dite « loi Évin », porteurs de dispositions impératives s'imposant quel que soit le contenu contractuel des régimes de prévoyance (Cass. civ. 2^e 5 mars 2015, pourvoi n°13-26.892, Bull. civ. II n°52), sont néanmoins d'une interprétation délicate. L'article 2 pose le principe de la reprise des états pathologiques antérieurs ; l'article 7 consacre le droit aux prestations différenciées. Lorsque deux contrats se succèdent, il y a lieu d'articuler les deux textes, ce qui en pratique conduit à se demander, en présence d'un sinistre, s'il y a lieu d'appliquer le premier contrat au titre du droit aux prestations différenciées, ou le second au titre de la prise en charge des états pathologiques antérieurs. En la matière, la jurisprudence manque encore de clarté mais ses dernières évolutions ont conduit le médiateur à modifier sensiblement sa doctrine. Il y a lieu d'envisager successivement les conditions de la reprise des états pathologiques antérieurs, celles du droit aux prestations différenciées, *in fine* les difficultés d'articulation entre les deux dispositifs.

ÉTATS PATHOLOGIQUES ANTÉRIEURS

L'article 2 de la loi Évin dispose que « l'organisme qui délivre sa garantie prend en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat ou de la convention ou à l'adhésion à ceux-ci, sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration. »

Selon la Cour de cassation, « les dispositions d'ordre public [de ce] texte [...] interdisent à l'assureur d'opérer une sélection médicale en refusant d'assurer une personne du groupe ou de prendre en charge des risques dont la réalisation trouvait son origine dans l'état de santé antérieur de l'assuré », d'où il suit que l'organisme assureur

doit verser le capital dû en cas de décès d'un salarié déjà malade lors de l'adhésion de son employeur (Cass. civ. 1^e 7 juillet 1998, pourvoi n°96-13.843). La reprise des états pathologiques antérieurs procède ainsi d'un « principe de non-sélection individuelle des risques » (Cass. civ. 2^e 3 février 2011, pourvoi n°10-30.588 ; Cass. civ. 1^e 13 février 2001, pourvoi n°98-12.478, publié au bulletin) qui interdit l'exclusion nominative de salariés à raison de pathologies déclarées. En principe et sauf ce qui sera dit dans le paragraphe dédié à l'articulation des articles 2 et 7 de la loi Évin, rien n'empêche *a priori* que le contrat collectif prévoit une absence de prise en charge de situations (incapacité, invalidité, décès) qui trouvent leur origine dans un fait génératriceur antérieur à son entrée en vigueur, pourvu que cette solution soit formulée en termes généraux. A cet égard, il faut distinguer entre deux hypothèses :

- Le contrat collectif prévoit que la survenance du fait génératriceur au cours de la période de validité du contrat constitue une condition de la garantie ; la charge de la preuve de la date du fait génératriceur pèse sur le participant.
- Les stipulations visent le constat de l'incapacité ou la mise en invalidité pour permettre le déclenchement des garanties afférentes ; en ce cas, l'absence de prise en charge, motif pris d'un fait génératriceur antérieur, apparaît comme une cause d'exclusion de la garantie. La charge de la preuve de cette dernière pèse alors sur l'organisme assureur.

Sauf si elle est effectivement prise en charge au titre du droit aux prestations différées (v. Cass. civ. 2^e 17 juin 2010, pourvoi n°09-15.089 ; Cass. civ. 2^e 12 avril 2012, pourvoi n°11-17.355 ; Cass. civ. 2^e 17 juin 2010, pourvoi n°09-15.089), il y a lieu de considérer que la rechute d'un participant peut être indemnisée au titre de la reprise des états pathologiques dès lors que le sinistre initialement constaté a précisément eu pour effet de placer l'intéressé dans une situation pathologique.

DROIT AUX PRESTATIONS DIFFÉRÉES

En principe et sauf ce qui sera dit dans le paragraphe dédié à l'articulation des articles 2 et 7 de la loi Évin, il y a lieu de ne pas confondre le mécanisme de portabilité prévu par l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale et le droit aux prestations différées. Le différend qu'autorise l'article 7 de la loi Évin a pour objet les prestations et non les garanties, ces dernières restant de mises pendant la seule période de validité du contrat collectif. Le mécanisme prévu par l'article L. 911-8 du code de la Sécurité sociale permet lui une extension des garanties pendant la période de portabilité. Cette distinction présente un intérêt pratique. Parce qu'ils sont différents, les deux mécanismes peuvent être d'une application cumulative, à telle enseigne que le

droit aux prestations différées peut se constituer pendant la période de portabilité. Autre intérêt de cette distinction, une indemnisation au titre du droit aux prestations différées échappe à la règle de plafonnement prévue au 4^e de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale selon laquelle « 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. »

Conditions

Selon les dispositions de l'article 7 de la loi Évin : « Lorsque des assurés ou des adhérents sont garantis collectivement contre les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, le risque décès ou les risques d'incapacité ou d'invalidité, la résiliation ou le non-renouvellement du contrat ou de la convention est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant son exécution. »

Bien que le texte soit impératif, la Cour de cassation considère que « les dispositions de l'article 7 susvisé n'interdisent pas aux parties de définir les conditions d'acquisition de la garantie », par exemple « que le bénéfice des prestations du contrat [soit] subordonné à la double condition que le salarié subisse un arrêt de travail de plus de trois mois et qu'il continue d'être affilié et de cotiser pendant ce délai » (Cass. civ. 2^e 22 janvier 2009, pourvoi n°07 21.093, Bull. civ. II n°24).

Pour autant, si le contrat s'applique et selon la jurisprudence :

- sont considérées comme des prestations différées relevant de l'exécution du contrat de prévoyance en vigueur lors de la survenance d'un accident ou d'une maladie celles qui sont dues au titre d'un risque qui est « **la conséquence** » d'un tel événement (en ce sens notamment, Cass. soc. 16 janvier 2007, pourvoi n°05-43.434, Bull. V n°7 ; Cass. civ. 2^e 17 avril 2008, pourvoi n°06-45.137, Bull. II n°87 ; Cass. civ. 2^e 17 avril 2008, pourvoi n°07-12.064, Bull. II n°100 ; Cass. civ. 2^e 16 octobre 2008, pourvoi n°07-13.940 ; Cass. civ. 2^e 14 janvier 2010, pourvoi n°09-10.237, Bull. II n°6) ;

- « lorsque des salariés sont garantis collectivement contre les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, le risque décès ou les risques d'incapacité ou d'invalidité, **la cessation de la relation de travail est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées**, acquises ou nées durant cette relation » (Cass. civ. 2^e 17 avril 2008, pourvoi n°07-12.064, Bull. II n°100 ; Cass. civ. 2^e 17 avril 2008, pourvoi n°07-12.088, Bull. II n°101), précision étant apportée

que cette solution vaut également pour les institutions de prévoyance (Cass. civ. 2^e 19 juin 2008, pourvoi n°07-16.579). Le droit aux prestations différées demeure qu'il y ait résiliation du contrat collectif ou rupture de la relation de travail qui justifiait son application.

Le droit à prestations différées consacré par l'article 7 de la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 fait donc peser sur les institutions de prévoyance la charge de l'indemnisation des conséquences des événements survenus au cours de la période d'adhésion ou de validité du contrat collectif dès lors qu'est établi le rapport de causalité entre l'événement et ses conséquences. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une homogénéité des états successifs du participant. Ainsi, le passage du régime AT-MP au régime de droit commun ne constitue pas un obstacle au jeu du droit à prestations différées.

Dans un arrêt dont l'interprétation est dépourvue d'équivoque, la Cour de cassation a ainsi jugé que « le droit aux prestations de l'assureur [est] acquis dès lors que l'assuré avait été atteint d'une invalidité consécutive à un accident du travail survenu avant la résiliation du contrat, seul leur service étant différé » (Cass. civ. 2^e 23 octobre 2008, pourvoi n°07-19.382). Un arrêt récent de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation indique avec plus de précision « qu'en cas de succession de contrats de prévoyance, il appartient à l'organisme, dont le contrat était en cours à la date où s'est produit l'événement ouvrant droit aux prestations, de verser celles-ci, qu'elles soient immédiates ou différées » (Cass. civ. 2^e 25 mai 2023, pourvoi n°21-22.158, publié au bulletin).

Quelque appréciation que l'on porte sur cette jurisprudence, il n'est pas permis d'en éluder les termes dès lors qu'au titre des principes qui gouvernent la médiation des institutions de prévoyance, « les participants bénéficient des jurisprudences acquises, seraient-elles contestables » de sorte qu'ils ne sauraient être « privés du bénéfice des règles protectrices et impératives » (v. *supra* p. 10) et de l'interprétation qu'en fait la jurisprudence.

Les institutions de prévoyance ne peuvent donc tirer quelque conséquence que ce soit du fait que du passage d'un régime à l'autre, les caisses de Sécurité sociale auraient imposé au participant un délai de carence. Ce motif formaliste est sans incidence sur le fond du droit à prestations différées dont la seule condition est le rapport de causalité entre l'état actuel et le fait génératrice survenu au cours de la période de validité.

Cependant, concernant les garanties incapacité et invalidité, la mise en jeu du droit aux prestations différées et, en conséquence, le maintien des garanties en cas de résiliation ou de non renouvellement du contrat collectif

suppose que le fait générateur de l'incapacité puis de l'invalidité se soit produit au cours de la période de garantie. En effet, le droit au versement des prestations différées ne constitue pas un droit à prolonger les garanties et suppose en conséquence que le risque couvert par la garantie se soit réalisé pendant la période de validité du contrat (Cass. civ. 2^e 27 mars 2014, pourvoi n°13-14.656 ; Cass. civ. 2^e 24 mars 2016, pourvoi n°15-16.604). Tel n'est pas le cas en cas de résiliation ou de licenciement, également en cas de suspension des garanties (v. Cass. civ. 2^e 30 juin 2016, pourvoi n°15-18.639, Bull. civ. II n° 178).

Plus délicate est la question de savoir si la mise en œuvre du droit aux prestations différées suppose que l'organisme assureur ait commencé à verser des prestations au moins au titre de l'incapacité. De nombreux arrêts l'admettent (Cass. soc. 16 janvier 2007, pourvoi n°05-43.434, Bull. civ. V n°7 ; Cass. civ. 2^e 3 mars 2011, pourvoi n°09-14.989, Bull. civ. II n°55 ; Cass. civ. 2^e 5 mars 2015, pourvoi n°13-26.892, Bull. civ. II n°52).

Cette solution paraît cohérente car, comme le rappelle la Cour de cassation, l'objectif de l'article 7 de la loi Évin est « d'empêcher l'arrêt pour les participants des prestations en cours de paiement » (Cass. civ. 2^e 3 mars 2011, pourvoi n°09-14.989, Bull. civ. II n°55). Le participant qui n'a pas perçu de prestations pendant la période de garantie ne saurait donc faire valoir son droit à prestations différées pour prétendre à la prise en charge d'une invalidité constatée après la résiliation ou le non-renouvellement du contrat collectif (Cass. civ. 2^e 21 mai 2015, pourvoi n°14-16.742). C'est qu'en effet, il n'y a alors pas de continuité des prestations à assurer. Le « **différé** » qu'autorise l'article 7 de la loi Évin **a pour objet les prestations et non les garanties**, ces dernières restant de mises pendant la seule période de validité du contrat collectif.

Pour autant, la jurisprudence récente est moins claire qu'il n'y paraît. La Cour de cassation a ainsi récemment jugé que le droit aux prestations différées est acquis lorsque l'assuré s'est « trouvé dans l'incapacité totale de travailler en raison d'une pathologie dont les premières manifestations cliniques [sont] apparues en cours de contrat » et alors qu'aucune prestation à ce titre n'a été versée (Cass. civ. 2^e 7 novembre 2024, pourvoi n°23-11.055).

Pour identifier laquelle de ces deux jurisprudences suivre, il y aura lieu d'apprécier la situation en considération des termes retenus dans les contrats collectifs, rappel étant fait que les organismes assureurs demeurent libres de fixer les conditions des garanties qu'offrent ces contrats.

Concernant le risque décès, la Cour de cassation en reconnaît l'autonomie et juge, sans discontinuité, « que la garantie décès ne constitue pas une prestation différée, de

sorte qu'il est indifférent que le décès soit intervenu des suites d'une maladie non professionnelle apparue pendant la période de garantie » (Cass. civ. 2^e 4 février 2016, pourvoi n°14-27.249, publié au bulletin ; voir déjà Cass. civ. 1^{re} 22 mai 2001, pourvoi n°98-17.935, Bull. civ. I n°141 ; Cass. civ. 1^{re} 29 avril 2003, pourvoi n°01-01.978, Bull. civ. I n°99).

Sauf une éventuelle application des dispositions de l'article 7-1 de la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989 (Cass. civ. 2^e 25 juin 2009, pourvoi n°08-15.349, Bull. civ. II n°170 ; Cass. civ. 2^e 11 décembre 2014, pourvoi n°13-25.777, Bull. civ. II n°146), l'institution de prévoyance n'est donc pas tenue de servir un capital décès postérieurement à la période de validité du contrat collectif quand bien même le décès trouverait sa cause dans une maladie constatée au cours de cette période.

Concernant les dispositions de l'article 7-1, il y a lieu de préciser que, selon la Cour de cassation, l'application de ce texte « qui prévoit le maintien de la garantie décès en cas d'incapacité de travail ou d'invalidité, **n'exige ni que le décès soit consécutif à la maladie ou à l'invalidité dont le salarié était atteint, ni que la maladie ou l'invalidité ait été déclarée au premier assureur** » (Cass. civ. 2^e 11 décembre 2014, pourvoi n°13-25.777, Bull. civ. II n°146).

L'application de l'article 7-1 de la loi Évin n'est donc pas conditionnée au versement préalable d'une prestation au titre d'une invalidité. Sous l'empire de ce texte, la garantie décès présente un caractère autonome (Cass. civ. 2^e 21 sept. 2023, pourvoi n°21-22.197).

Cet arrêt a certes été rendu à propos d'une résiliation collective et non d'une rupture d'un contrat de travail. Pour autant, la jurisprudence est constante pour faire application des dispositions de la loi Évin en cas de résiliation du contrat collectif par l'employeur à l'hypothèse d'une rupture de la relation individuelle de travail. Les différentes causes de cessation de l'application du contrat collectif au participant font donc l'objet d'un traitement uniforme par la jurisprudence et il n'y a pas de raison apparente pour qu'il en aille autrement à propos des dispositions de l'article 7-1.

Le versement par anticipation d'un **capital décès en cas d'invalidité absolue et définitive** ou d'invalidité permanente totale et définitive, à laquelle est assimilée une invalidité de troisième catégorie, **ne relève pas de la garantie décès, mais de la garantie invalidité** (Cass. civ. 2^e 17 avril 2008, pourvoi n°06-45.137, Bull. civ. II n°87).

La Cour de cassation décide donc que le classement en invalidité ouvrant droit à un tel versement et intervenu postérieurement à la résiliation ou au non renouvellement du contrat collectif justifie le versement de ce capital dès lors que ce classement est consécutif à une maladie dont

le participant était atteint antérieurement à la résiliation du contrat (Cass. civ. 2^e 17 avril 2008, pourvoi n°06-45.137, Bull. civ. II n°96 ; Cass. civ. 2^e 17 avril 2008, pourvoi n°06-45.138 ; Cass. civ. 2^e 21 mai 2015, pourvoi n°14-16.742).

Bien qu'acquise en jurisprudence, cette solution n'est toujours pas admise par certaines institutions de prévoyance.

Revalorisation

Dans un important arrêt rendu le 16 juillet 2020 (pourvoi n°18-14.351, publié au bulletin), la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a affirmé que le droit aux prestations différées inclut également leur revalorisation :

« **Il résulte de l'article 7 de la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989**, dont les dispositions sont d'ordre public en application de l'article 10 de cette loi, **que lorsque le droit aux prestations prévues au contrat et à leur revalorisation est né durant son exécution, la résiliation ou le non-renouvellement du contrat ou de la convention est sans effet sur leur versement**, toute clause contraire étant réputée non écrite. »

Cette revalorisation est due par le débiteur initial des prestations différées, quand bien même il y aurait une succession d'organismes assureurs. Si l'article L. 912-3 du code de la sécurité sociale prévoit que la convention, l'accord ou la décision unilatérale de l'employeur mettant en place le régime de prévoyance dans l'entreprise doivent organiser la poursuite de la revalorisation des rentes en cas de changement d'organisme assureur, ce texte ne crée aucune obligation à la charge du nouvel organisme :

« **Lorsque la convention, l'accord ou la décision unilatérale** constatée par un écrit relevant de l'article L. 911-1 prévoient la couverture, sous forme de rentes, du décès, de l'incapacité de travail ou de l'invalidité, ils organisent également, en cas de changement d'organisme d'assurance ou d'institution mentionnée à l'article L. 370-1 du code des assurances, **la poursuite de la revalorisation des rentes en cours de service.** »

De plus, dans un arrêt du 8 mars 2006 (pourvoi n°04-16.854, publié au bulletin), la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a retenu qu'une clause « n'autorisant la revalorisation qu'au profit d'entreprises en liquidation judiciaire aboutissait à supprimer les prestations dues au titre d'un risque qui s'était réalisé avant la résiliation de la police, de sorte qu'elle devait être réputée non écrite. »

Il résulte en conséquence de la jurisprudence et des textes précités que **la revalorisation des rentes est due**

au participant sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'un organisme assureur succède ou non à un autre.

En cas de succession d'organismes assureurs, il est sans doute d'usage que le second supporte la charge de la revalorisation. Cependant, cet usage porte sur la contribution entre les organismes assureurs à la dette de revalorisation. Il est sans effet sur l'obligation à cette dette, à l'égard du participant dont l'organisme assureur débiteur de la rente ne saurait unilatéralement se dispenser.

Cet usage n'est donc pas de nature à priver d'application une règle impérative dont l'interprétation est désormais fixée par la jurisprudence issue de l'arrêt du 16 juillet 2020. De manière générale, les usages en vigueur entre organismes assureurs ne peuvent avoir pour effet de réduire les droits des participants.

On indiquera qu'il résulte de la jurisprudence issue de l'arrêt du 16 juillet 2020 que les participants ou assurés ont le **droit au maintien des prestations et de leur revalorisation telles qu'elles ont été définies par le contrat initialement appliqué**.

ARTICULATION ENTRE LES ARTICLES 2 ET 7 DE LA LOI ÉVIN

Il arrive qu'un salarié incapable ou invalide soit dans une situation telle qu'il ne peut prétendre à une indemnisation, alors qu'il a toujours bénéficié d'une couverture, tant à la date du fait génératrice qu'au moment où son état a été constaté. L'hypothèse la plus fréquente est celle dans laquelle le fait génératrice survient sous l'empire d'un contrat collectif, cependant que le participant ne perçoit aucune prestation de l'organisme assureur, et l'incapacité ou l'invalidité alors qu'un autre contrat s'applique. Si l'on s'en tient aux conditions du droit aux prestations différées, et sous réserve des évolutions de la jurisprudence, le défaut d'indemnisation prive le participant de la possibilité de s'en prévaloir à l'égard du premier organisme assureur. Ce dernier ne peut imposer la reprise des états pathologiques à l'organisme qui succède si les termes du contrat prévoient que l'indemnisation est conditionnée à la survenance du fait générateur au cours de la période de couverture.

Il s'ensuit un « trou d'assurance » qui expose ainsi le participant à une absence de prise en charge. Cette situation est inéquitable alors que le participant a toujours bénéficié d'une couverture. Au reste, et même si la jurisprudence est encore source d'incertitude, l'absence de prise en charge ne correspond pas aux vœux des hautes juridictions.

Le Conseil d'État considère en effet que :

« 2. Considérant qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1989 : "Lorsque des salariés sont garantis collectivement, soit sur la base d'une convention ou d'un accord collectif, [...] soit par décision unilatérale de l'employeur, contre [...] les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, l'organisme qui délivre sa garantie prend en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat [...], sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration" ; qu'aux termes de l'article 7 de la même loi : "Lorsque des assurés ou des adhérents sont garantis collectivement contre [...] les risques d'incapacité ou d'invalidité, la résiliation ou le non-renouvellement du contrat ou de la convention est sans effet sur le versement des prestations immédiates ou différées, acquises ou nées durant son exécution [...]" ; qu'en application de l'article 10 de cette même loi, les dispositions des articles 2 et 7 sont d'ordre public et s'appliquent quelle que soit la loi régissant le contrat ;

3. Considérant qu'en application des dispositions de l'article 2, le législateur a entendu imposer aux assureurs la prise en charge des risques non encore réalisés à la date de la souscription du contrat mais qui trouvent leur origine dans l'état de santé de l'assuré antérieur à la date d'effet du contrat ; que, par suite et sous réserve, en cas de succession de contrats de prévoyance collective, de l'application des dispositions de l'article 7 qui organisent la poursuite de la prise en charge des garanties après la cessation du contrat, l'assureur ne peut refuser sa garantie aux assurés reconnus invalides postérieurement à la date de prise d'effet du contrat au motif que l'arrêt de travail est antérieur à cette prise d'effet » (Conseil d'État 6 décembre 2017 n°402923).

De son côté, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt de principe rendu le 25 mai 2023 (Cass. civ. 2^e 25 mai 2013, pourvoi n°21-22.158, publié au bulletin), que :

« Si, par application des dispositions d'ordre public du premier des textes précités, l'organisme qui délivre sa garantie ne peut opérer une sélection médicale en refusant d'assurer une personne du groupe ou de prendre en charge des risques dont la réalisation trouvait son origine dans l'état de santé antérieur de l'assuré, il résulte de ce qui précède, **qu'en cas de succession de contrats de prévoyance, il appartient à l'organisme, dont le contrat était en cours à la date où s'est produit l'événement ouvrant droit aux prestations, de verser celles-ci, qu'elles soient immédiates ou différées.** »

Il s'ensuit que, semble-t-il, la Cour de cassation ne semble plus faire une priorité du critère tenant au versement de

prestations par le premier organisme assureur (dans le même sens, Cass. civ. 2^e 7 novembre 2024, pourvoi n°23-11.055).

C'est en tout cas ce que pense un commentateur particulièrement avisé de cet arrêt qui s'exprime en ces termes :

« En d'autres termes, l'article 7 de la loi Evin a certes pu être interprété par l'arrêt de manière extensive en considérant qu'il visait une "garantie différée", plutôt que des "prestations différées" afférente à une garantie antérieure. Cette solution n'est pas d'ailleurs contestable puisque les deux garanties ont le même fait génératrice, ce qui conduit à une sorte de globalisation. Il en résulte qu'il y aurait un seul sinistre justifiant la garantie du premier assureur, celui du jour du fait dommageable (sans même qu'il soit besoin de recourir à l'article 7 de la « loi Evin », les principes généraux régissant l'étendue de la garantie dans le temps pouvant suffire) » (Luc MAYAUX, RGDA juill. 2023, n° RGA 2011).

Selon cette jurisprudence et cette doctrine, il y aurait donc un droit aux « garanties différées » et non plus seulement, comme dans la jurisprudence antérieure, un droit aux « prestations différées ». Cette interprétation est peut-être audacieuse. Il n'en reste pas moins qu'elle atteste d'une volonté d'éviter les « trous d'assurances » tels que ceux résultant de la situation précédemment décrite.

Aussi bien, le médiateur a-t-il fait évoluer sa doctrine.

À titre principal, il est fait application des règles traditionnellement consacrées en jurisprudence et relatives à la reprise des états pathologiques et au droit aux prestations différées. Celles-ci ont été exposées aux paragraphes ci-dessus dédiés.

À titre subsidiaire et dans l'hypothèse où ces règles traditionnelles conduisent à une absence de prise en charge, il est fait application des règles qui se dessinent dans les dernières jurisprudences de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Il s'ensuit que, quelles que soient les clauses du régime de prévoyance, dès lors que les dispositions applicables sont d'ordre public, l'indemnisation doit intervenir :

- soit au titre de la reprise des états pathologiques ;
- soit au titre du droit aux prestations différées, ce dernier pouvant s'entendre exceptionnellement comme un droit aux garanties différées.

D'aucuns ont déduit de la jurisprudence issue de l'arrêt précité de la Cour de cassation du 25 mai 2023 qu'il y aurait lieu de faire prévaloir le droit aux prestations différées sur

la reprise des états pathologiques. Bien qu'elle ne découle pas nécessairement de cet arrêt, cette interprétation se défend d'un point de vue théorique dans la mesure où un organisme assureur peut *a priori* mieux anticiper les droits auxquels peut donner lieu un sinistre qu'il connaît qu'appréhender les conséquences indemnitàires d'un risque qu'il ignore.

Cette appréciation reste cependant assez théorique. Les articles 2 et 7 de la loi Évin ont vocation à s'appliquer en cas d'aggravation d'un risque, le plus souvent le passage d'une incapacité à une invalidité, laquelle est toujours aléatoire. Nul ne sait si un salarié temporairement empêché de travailler sera un jour classé en invalidité. De ce point de vue, l'organisme assureur qui reprend des états pathologiques qu'il connaît est exposé à la même imprévisibilité que celui tenu de servir des prestations différées en cas d'aggravation d'un risque dont il n'a pas toujours eu connaissance.

À cet égard, la Cour de cassation a eu l'occasion de relever que la prise en charge de l'invalidité d'un salarié en arrêt de travail au jour de la prise d'effet du contrat ne prive pas d'aléa l'assurance de ce risque dès lors qu'un tel arrêt ne préjuge pas de la reconnaissance ultérieure d'une situation d'invalidité (Cass. civ. 1^e 30 janvier 1996, pourvoi n°93-15.168 : « d'où il résulte qu'à la date où il a été couvert par l'assureur, le risque d'invalidité, [...] non seulement n'était pas réalisé, mais encore n'était ni certain dans sa réalisation, ni déterminable dans son étendue, de sorte que ne sont pas fondés les griefs selon lesquels l'avenant aurait été [...] dépourvu de tout caractère aléatoire »).

Pour régler la difficulté en pratique, le médiateur procède quand il est possible à une « triangularisation » de la médiation aux fins de faire intervenir les deux organismes assureurs susceptibles de prendre en charge le sinistre. Auquel cas et sauf accord de ces deux organismes, le médiateur désignera l'organisme assureur tenu à la prise en charge en fonction des circonstances (par ex. connaissance ou pas du fait générateur) et des stipulations des contrats collectifs applicables.

Deux observations complémentaires :

- L'objectif est d'assurer la prise en charge du participant dès lors qu'il a toujours fait l'objet d'une couverture, tant au moment du fait générateur que des états successifs qui en ont résulté ; en pareille occurrence, le participant ne peut être renvoyé d'un organisme assureur à un autre ; une telle situation pêche par manque d'équité et n'est pas conforme aux évolutions de la jurisprudence ;
- Le médiateur s'efforce de réunir tous les organismes assureurs concernés ; lorsque les organismes qui se sont

succédés ne relèvent pas la même médiation, le médiateur compétent est sollicité afin qu'une solution commune soit proposée.

RETRAITE SUPPLÉMENTAIRE

La qualification de retraite supplémentaire est parfois discutée. Il convient ici de préciser qu'en médiation, comme il est d'usage en droit, les qualifications choisies par les parties, en l'espèce les institutions de prévoyance, ne sont pas de nature à lier les tiers, dont les juges, lorsqu'un différend survient. Il a ainsi été admis qu'un régime de retraite indiqué comme étant complémentaire soit apparenté à un régime de retraite supplémentaire dès lors que les prestations prévues s'ajoutent aux prestations des retraites de base et complémentaire légalement obligatoires. Une fois la qualification acquise, il y a lieu d'appliquer les dispositions propres aux retraites supplémentaires, parmi lesquelles celles relatives à l'information due aux participants.

DETTE QUÉRABLE

Alors qu'ils sont informés par leur institution de prévoyance de la revalorisation de l'unité de compte servant au calcul d'une allocation supplémentaire de retraite, des participants comprennent que cette allocation ne leur avait jamais été servie depuis leur départ à la retraite et demandent une régularisation rétroactive de leur situation. L'institution s'y oppose au motif qu'ils ne peuvent réclamer rétroactivement le bénéfice d'une allocation qu'ils n'ont jamais sollicitée.

Elle admet un « geste commercial ».

Cette position est justifiée car, quelque prestation que ce soit, elle n'est due qu'à la condition préalable d'être demandée.

Sous l'angle de l'équité, il peut être observé que le participant a régulièrement cotisé et que le service de la rente a été anticipé par l'institution de prévoyance. Pour autant, l'unité de compte est régulièrement réévaluée en considération des ressources et charges de l'institution

de sorte que cette dernière ne peut s'accommoder de règlements rétroactifs, sauf à remettre en cause les équilibres qui sont les siens.

RENTE OU CAPITAL ?

Les retraites supplémentaires visées par l'article 83 du code général des impôts sont en principe servies sous forme de rente et ne peuvent donner lieu à un rachat (en capital) par les bénéficiaires. Telle est la condition de leur régime fiscal plus avantageux (Instruction fiscale n°195 du 25 novembre 2005, B.O. Impôts 5 F-15-05).

Pour autant, en vertu de l'article A. 160-2 du code des assurances, de portée générale, « les entreprises d'assurance sur la vie peuvent, avec l'accord du bénéficiaire de la rente et, dans les conditions spécifiées aux articles A. 160-3 et A. 160-4, procéder au rachat des rentes et des majorations de rentes concernant les contrats qui ont été souscrits auprès d'elles, lorsque les quittances d'arrérages mensuelles ne dépassent pas 110 euros, en y incluant le montant des majorations légales. »

Ce seuil relevé à 110 euros résulte de l'arrêté du 17 juillet 2023 portant soutien au pouvoir d'achat des épargnants bénéficiaires de rentes inférieures à un certain montant minimal.

Tel est le fondement réglementaire de la stipulation d'usage dans les règlements des institutions de prévoyance selon laquelle la faculté de rachat n'est possible qu'autant que la rente mensuelle soit d'un montant inférieur ou égal à 110 euros. La mise en œuvre de cette norme appelle quelques précisions :

- Le seuil de 110 euros applicable à la rente viagère mensuelle non réversible doit être apprécié à la date de la demande de liquidation des droits à la retraite supplémentaire et non à la date de son traitement par l'institution ; la revalorisation du compte d'épargne postérieurement à la demande de liquidation des droits ne doit pas être prise en compte ; en effet, la durée de l'instruction du dossier de liquidation des droits est de la responsabilité de l'institution et ne peut avoir pour effet de priver le participant d'une faculté de rachat qui était acquise au moment de sa demande ;
- Le seuil de 110 euros a été fixé en application de l'article 83 du code général des impôts de telle sorte qu'il doit être compris en considération des usages qui valent en matière fiscale ; or, il est d'usage de ne pas tenir compte des décimales en cette matière ; les arrérages mensuels d'un participant qui sont inférieurs ou égaux à 110,99 euros ne dépassent donc pas le seuil de 110 euros, d'un point de

vue fiscal et peuvent ainsi donner lieu à l'exercice de la faculté de rachat.

La législation récente favorise désormais la liquidation sous forme de capital. Aux termes de l'article L. 224-2 du code monétaire et financier, les PER obligatoires et collectifs sont composés de trois compartiments dont les deux premiers peuvent toujours être liquidés sous forme de capital quel que soit le montant des quittances d'arrérages mensuels si le participant le souhaite (article L. 224-5 du code monétaire et financier). Ainsi, pour les PER obligatoires et collectifs, seul le troisième compartiment composé des versements obligatoires de l'employeur du salarié et/ou du transfert de sommes provenant du troisième compartiment d'un autre PER ou d'un article 83 ne sont, en principe, déblocables que sous la forme d'une rente.

INFORMATION

L'information sur les modalités de liquidation des droits à la retraite supplémentaire suscite des différends.

Aux termes de l'article L. 914-2, alinéa 2, du code de la sécurité sociale :

« Lorsque le salarié quitte l'entreprise avant d'avoir fait liquider ses droits à la retraite, lesdits organismes, institutions ou entreprises lui adressent, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle les cotisations ne sont plus versées, une note d'information sur ses droits mentionnant notamment les modalités et conditions selon lesquelles il en obtiendra la liquidation et, lorsque le contrat ou le règlement du régime le prévoit, les conditions et délais de leur transfert à un autre régime. »

Les dispositions de l'article L. 932-41-2 du code de la sécurité sociale sont encore en ce sens. Selon l'alinéa 2 de ce texte, « lors de la liquidation de ses droits, l'institution de retraite professionnelle supplémentaire informe chaque participant ou bénéficiaire, dans des conditions définies par arrêté du ministre chargé de la Sécurité sociale, sur le montant des prestations qui lui sont dues et sur les options de paiement correspondantes ». Ce texte ne prévoit aucune information sur les démarches à accomplir par le salarié ayant pris sa retraite. Il vise l'information sur le montant des prestations dues à un retraité ayant demandé la liquidation de ses droits.

L'arrêté visé par l'article L. 932-41-2 du code de la sécurité sociale valide cette interprétation. Il s'agit de l'article A. 932-6 du même code dont le III dispose : « lorsque le salarié fait liquider ses droits à la retraite, ou que d'autres prestations deviennent exigibles, l'institution de prévoyance ou l'union lui adresse, ou au bénéficiaire le cas

échéant, dans un délai de deux mois à compter de la date de la demande, une information adéquate sur les prestations qui lui sont dues et sur les options de paiement correspondantes. »

En conséquence de ces textes, l'information est due, soit lorsque le salarié liquide ses droits à la retraite, soit encore lorsqu'il quitte l'entreprise avant d'avoir fait liquider ses droits à la retraite (article L. 914-2, alinéa 2 du code de la sécurité sociale).

À cette obligation spécifique d'information, s'ajoute celle due chaque année au titre des articles L. 914-2, alinéa 1 du code de la sécurité sociale et R. 224-2 du code monétaire et financier.

Les institutions de prévoyance sont en outre tenues d'appliquer les dispositions de l'article L. 132-9-5 du code des assurances, applicable aux institutions de prévoyance selon les termes de l'article L. 932-23 du code de la sécurité sociale. Ce texte, entré en vigueur le 11 décembre 2016 et d'application immédiate, prévoit une obligation annuelle spécifique d'information à la charge des entreprises d'assurance proposant des contrats d'assurance vie dont les prestations sont liées à la cessation d'activité professionnelle.

Compte tenu de la complexité du régime applicable à la liquidation des droits à retraite supplémentaire, il arrive que **l'information** délivrée par l'organisme assureur **comporte des erreurs**. Ces dernières ne peuvent donner lieu à indemnisation, au titre d'une responsabilité de cet organisme, qu'à la condition de démontrer l'existence d'un préjudice.

Tel n'est pas le cas, par exemple, lorsque l'erreur porte sur le montant des prélèvements sociaux applicables, selon que les droits sont liquidés sous forme de rente ou de capital. Sans doute cette information a-t-elle pu déterminer le choix du participant d'adopter telle ou telle modalité de liquidation de ses droits. Pour autant, il n'y a pas lieu à indemnisation dans la mesure où une prestation de retraite supplémentaire, qu'elle soit versée en rente ou en capital, reste soumise aux prélèvements sociaux. De plus, les taux applicables sont sensiblement les mêmes pour la rente et le capital de sorte qu'il n'y a pas de perte spécifique liée à un versement en capital. Le médiateur peut comprendre que les attentes et les prévisions du plaignant aient été déçues compte tenu de l'erreur commise. Pour autant, il ne dispose le plus souvent d'aucun élément permettant de le déterminer et de le chiffrer.

Le préjudice est cependant caractérisé lorsqu'à défaut d'une information en temps utile, le participant n'a pas été en mesure de faire valoir ses droits, par exemple à raison de son décès.

RACHAT ANTICIPÉ

Il est de plus en plus fréquent que les participants sollicitent le rachat anticipé de leurs droits à une retraite supplémentaire. Ce rachat suscite des difficultés d'application dès lors qu'il est de principe que les droits à la retraite supplémentaire se liquident sous forme de rente. Le rachat anticipé fait donc figure d'exception, ce qui implique un régime de même nature dont les contours méritent d'être clarifiés.

Les conditions du rachat anticipé

Les causes légales de rachat des droits sont limitativement énumérées par l'article L. 132-23 du code des assurances, applicable aux institutions de prévoyance par renvoi de l'article L. 932-23 du code de la sécurité sociale. Selon ce texte et en synthèse, les causes sont les suivantes :

- expiration des droits de l'assuré aux allocations chômage ;
- cessation d'activité non salariée de l'assuré à la suite d'un jugement de liquidation judiciaire ;
- invalidité de rang deux ou trois de l'assuré ;
- décès du conjoint ou du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ;
- situation de surendettement de l'assuré.

À ce jour, les demandes de rachat anticipé dont le médiateur a eu à connaître étaient liées à une invalidité ou à l'expiration des droits de l'assuré aux allocations chômage. Dans cette seconde hypothèse, il y a lieu de relever que le droit au rachat anticipé est admis lorsque le bénéfice des allocations a pour cause « une perte involontaire d'emploi ». En cas de rupture conventionnelle, il n'y a donc pas lieu d'autoriser le rachat anticipé. Cette solution ne concerne que l'article L. 132-23 du code des assurances applicable notamment à l'article 83 et non aux PER régis par les dispositions du code monétaire et financier (article L. 224-4).

La temporalité du rachat

Il convient cependant de ne pas perdre de vue que, comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt de principe :

« En matière de contrat d'assurance de groupe en cas de vie, le rachat par l'assuré d'un contrat dont les prestations sont liées à la cessation d'activité professionnelle, que ce texte prévoit, par dérogation, pour les seuls événements particuliers qu'il vise, n'est autorisé qu'avant la liquidation des droits à la retraite de l'assuré ». (Cass. civ. 2^e 18 avril 2019, pourvoi n°17-21.189, publié au bulletin).

Un commentateur averti explique ainsi cette solution :

« La justification tient à la nature du rachat qui est une opération tendant à mettre fin, par anticipation, au contrat d'assurance et peut être regardé, à cet égard, comme une forme de résiliation (Bigot J., *Traité de droit des assurances*, t. IV, *Les assurances de personnes*, LGDJ, 2007, n° 412). En conséquence, il doit intervenir avant que le contrat ne soit dénoué, à savoir avant le sinistre. S'agissant d'une assurance en cas de vie, dont l'échéance est constituée par le départ à la retraite de l'assuré, il est donc logique que le rachat ne soit plus possible après la liquidation des droits à la retraite » (L. Mayaux, RGDA juin 2019, n°116q1, p.43).

Au demeurant, l'autorisation d'un rachat postérieurement à la mise à la retraite mettrait à mal les équilibres des régimes collectifs de retraite supplémentaire. L'organisme assureur tenu de verser les rentes à ce titre détermine leur montant en considération de fonds sur lesquels il doit pouvoir compter lorsque les bénéficiaires partent à la retraite. Un rachat à titre individuel postérieurement à la mise à la retraite déjouerait les prévisions de l'organisme assureur, et ce, *in fine*, au détriment de la collectivité des bénéficiaires des rentes.

Prescription de la demande

Une question délicate est celle de la prescription de la demande de rachat anticipé.

Aux termes de l'article L. 932-13 du code de la sécurité sociale, « toutes actions dérivant des opérations mentionnées à la présente section sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance », précision étant faite que, selon les dispositions de l'article L. 932-1, les « opérations mentionnées à la présente section » s'entendent des « opérations collectives à adhésion obligatoire des institutions de prévoyance ».

Lorsqu'un régime de retraite supplémentaire relève d'une opération collective à adhésion obligatoire, il semblerait donc cohérent de faire application de la prescription biennale.

Pour autant, telle n'est pas l'analyse que fait la Cour de cassation.

Dans un arrêt de principe, elle a jugé que :

« Mais attendu que, s'il retient inexactement que l'action de M. X... en contestation du refus du FIREB de lui accorder le bénéfice du régime de retraite supplémentaire était une action en paiement d'une pension de retraite qui s'analysait en une demande de sommes afférentes aux salaires dus au titre du contrat de travail auxquels elles se substituent,

c'est à bon droit que l'arrêt fait application de l'article 2224 du code civil qui dispose que les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître le fait lui permettant de l'exercer, qui, en l'espèce, était le refus de l'institution de prévoyance de lui accorder le bénéfice du régime de retraite » (Cass. civ. 2^e 7 février 2019, pourvoi n°17-28.596, publié au bulletin).

Si le litige portait principalement sur la question de savoir quel était le point de départ de la prescription applicable, la Cour de cassation pose cependant que les actions tendant à obtenir le bénéfice d'un régime de retraite supplémentaire relèvent de la prescription quinquennale de l'article 2224 du Code civil.

S'il indique que cette solution n'allait pas de soi, le Professeur X. AUMERAN considère également que telle est bien la solution retenue par la Cour de cassation :

« Largement évoquée dans les moyens annexés à l'arrêt, la question de l'application du délai de prescription de 5 ans prévu au titre du droit commun par l'article 2224 du Code civil n'est pas débattue dans la décision commentée. Elle est seulement implicitement tranchée. Pourtant, l'issue n'était pas si évidente. Classiquement en effet, comme le souligne monsieur Patrick Morvan, en matière de protection sociale d'entreprise, "toutes actions dérivant d'un contrat d'assurance sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance" (P. Morvan, ouvrage préc., spéc. n° 1024, p. 871). S'agissant des institutions de prévoyance, il s'agit du délai prévu par l'article L. 932-13 du Code de la sécurité sociale. Seule l'incapacité de travail relève d'un délai dérogatoire de prescription de 5 ans (article L. 932-13, al. 6 du code de la sécurité sociale, Cass. civ 2^e 22 mai 2014, pourvoi n°13-16.105).

En matière de retraite supplémentaire, la question n'avait pas, à notre connaissance, été tranchée. Seul avait été évoqué le délai d'action de 5 ans dont dispose l'assuré contre son ancien employeur. S'agissant des relations avec l'organisme assureur, la mise à l'écart du délai de 2 ans prévu par l'article L. 932-13 du Code de la sécurité sociale n'apparaissait pas si naturelle. Pour définir son périmètre d'application, le législateur renvoie en effet à "toutes actions dérivant des opérations mentionnées à la présente section", celle-ci comprenant les opérations collectives à adhésion obligatoire des institutions de prévoyance. Or, les régimes de retraite supplémentaire ne sont, *a priori*, pas exclus par ces dénominations. Soulevés par l'institution de prévoyance en charge de la gestion du régime, ces arguments ne sont regrettablement pas évoqués par la deuxième chambre civile. Le droit commun trouve à s'appliquer et le délai de prescription est de 5 ans. [...] » (X. AUMERAN, *La Semaine Juridique Social* n°16, 23 avril 2019, 1127).

TRANSFERT

En cas de transfert, il y a lieu de retenir que les droits du participant qui le sollicite s'apprécient à la date de la demande. Les délais de traitement de cette dernière ne peuvent être opposés par l'institution de prévoyance au participant pour le priver de ses droits acquis au jour de la demande. La même solution doit être retenue lorsque les difficultés de traitement de la demande tiennent à un différend entre les entreprises qui se succèdent en cas de transfert. En conséquence, si la possibilité d'un transfert est conditionnée par un délai (par ex. transfert d'un article 83 vers un PERP), ce dernier doit être considéré comme ayant été respecté si la demande a été formée avant le terme. Au reste et dans cette même perspective, le retard pris par un organisme assureur dans le transfert effectif de la valeur des droits individuels acquis donne lieu au paiement d'intérêts calculés à un taux majoré dans les conditions prévues par l'article D. 132-7, III et IV, du code des assurances.

S'agissant des frais de transfert, il ressort des dispositions de l'article L. 224-6 du code monétaire et financier qu'ils s'établissent à 1 % de la valeur de transfert. Toutefois, aucun frais n'est appliqué si le transfert intervient cinq ans après le premier versement sur le PER.

Afin d'apprécier la durée de cinq ans, il faut retenir le premier versement sur le PER. Les versements antérieurs sur un dispositif de retraite supplémentaire « article 83 » ne peuvent être pris en considération. Cette solution est conforme à la lettre et à l'esprit des textes.

Ces derniers visent les versements « dans le plan » de sorte qu'ils font expressément référence au plan d'épargne retraite et non aux dispositifs de retraite supplémentaire préexistants.

De surcroît, dans l'esprit des textes issus de la loi Pacte, la transformation du contrat « article 83 » en un PER s'apparente à un transfert des droits d'un dispositif à un autre, les deux d'une économie différente. Ainsi, en considération des avantages qui lui sont propres, le PER doit être considéré comme un nouveau contrat et non comme la continuité du contrat « article 83 » initialement souscrit.

Il est donc cohérent que le transfert du capital accumulé au titre du dispositif « article 83 » sur le PER soit considéré comme le premier versement, au sens des dispositions précitées.

FRAIS DE SANTÉ

Généralités

Il y a lieu de considérer que les garanties « frais de santé » ont pour objet de couvrir les risques liés à l'exposition de frais de santé en conséquence d'un acte médical en offrant aux assurés un **remboursement complémentaire à celui prévu par le régime de base de la Sécurité sociale**.

Il s'ensuit, sauf stipulation contraire, que :

- le risque consiste en conséquence dans l'acte médical et l'exposition des frais qu'il engendre ; ces deux éléments sont indissociables et comme il est écrit dans un traité de référence, « l'assurance contre la maladie a pour objet de couvrir l'assuré contre les conséquences financières de maladies qui pourraient l'atteindre ; cette assurance couvre habituellement le remboursement des frais médicaux [...] » (J. Bigot, *Les assurances de personnes*, LGDJ 2007, n°594, p. 503) ;
- les droits des participants à l'égard de l'institution sont en principe définis en considération des qualifications au regard desquelles les caisses de Sécurité sociale ont été appelées à intervenir.

Il peut y avoir remboursement de frais exposés en dehors des nomenclatures de la Sécurité sociale (implants, cures...) ou au-delà des bases de remboursement que pratique cette dernière (remboursements partiels, dépassement d'honoraires, frais d'hospitalisation...), mais dans la stricte limite de ce qui est prévu par le contrat collectif.

Il ne peut y avoir de remboursement non plus à défaut d'intervention d'un professionnel de santé. Dans un contexte de marchandisation progressive de l'activité médicale, cette lapalissade mérite d'être rappelée. Certaines sociétés privées investissent le secteur des matériaux médicaux (prothèses, dentaire, optique, etc.) pour les vendre directement au « client ». Le professionnel de santé se borne à diriger le patient vers cette société en indiquant le matériel qu'il y a lieu de mettre à la disposition de ce dernier. La société venderesse établit un devis afin qu'une estimation de remboursement soit délivrée par l'organisme assureur. Ce dernier refuse logiquement de délivrer une estimation. Le devis est le fait d'une société privée, sans numéro ADELI et n'ayant pas la qualité de professionnel de santé. Il n'y a pas lieu à remboursement, donc pas lieu à estimation.

Les garanties « frais de santé » sont complémentaires des remboursements de la Sécurité sociale, mais aucun texte n'impose qu'elles les complètent à hauteur de la totalité de la dépense réelle. Le site officiel de l'assurance maladie « AMELI » l'indique clairement : « **Votre complémentaire santé peut prendre en charge tout ou partie** des frais qui ne sont pas remboursés par l'assurance maladie, **si le contrat que vous avez souscrit le prévoit**. Renseignez-vous auprès d'elle ». Il faut par ailleurs tenir compte du dispositif « contrats responsables » issu, notamment, du décret n°2014-1374 du 18 novembre 2014.

Ce point a donné lieu à recommandation (v. *infra RECOMMANDATIONS*), mais il importe de l'indiquer *a priori*. Les incertitudes sur la prise en charge de frais de santé sont fréquentes, notamment en raison de la complexité des nomenclatures médicales et des incompréhensions, parfois entretenues par certains praticiens, que celles-ci suscitent.

Il est donc nécessaire de prévoir un **dispositif d'estimation des remboursements prévisionnels**, spécialement lorsque les frais atteignent des montants significatifs.

Les garanties frais de santé suscitent :

- des questions générales d'ordre juridique : 100 % santé, clauses abusives, dispenses d'affiliation, soins transfrontaliers ;
- des questions générales liées aux pratiques contractuelles : remboursements plafonnés, estimations de remboursement, dépassements d'honoraires ;
- des questions propres aux différentes catégories de frais de santé : optique, dentaire, kinésithérapie, médecines alternatives.

Chacune de ces questions fera l'objet d'un examen synthétique.

100 % SANTÉ

La réforme dite du « 100 % santé », qui s'impose aux organismes assureurs depuis le 1er janvier 2020, suscite de sérieuses déconvenues en ce que les remboursements à 100 % qu'elle laisse attendre sont soumis à des conditions qui ne sont pas toujours remplies.

Il importe donc que les conséquences de cette réforme fassent l'objet d'une **information circonstanciée** des participants.

À cet égard, il résulte des dispositions de l'article L. 932-3 du code de la sécurité sociale que les modifications ayant pour objet la mise en conformité d'un contrat frais de santé avec les dispositions issues de l'article L. 871-1 du code de la sécurité sociale (i.e., la mise en conformité du contrat avec le dispositif issu de la réforme dite du « 100 % Santé ») peuvent être réalisées sans la signature du participant à l'avenant au contrat. Il revient à l'institution de prévoyance d'informer par écrit le participant des conséquences de la mise en conformité de son contrat, à charge pour ce dernier de s'y opposer.

Le médiateur considère que cette information n'est pas suffisante lorsqu'elle résulte d'un simple « avis d'échéance » portant une information sur les aspects fiscaux d'une tarification. Un avis d'échéance ne peut valoir exécution de l'obligation d'information incomptant à l'institution de prévoyance en vertu de l'article L. 932-3 du code de la sécurité sociale qui l'oblige à informer « par écrit le souscripteur des nouvelles garanties proposées et des conséquences juridiques, sociales, fiscales et tarifaires qui résultent de ce choix en application du même article ».

CLAUSES ABUSIVES

Par une recommandation n° 2017-01 du 28 novembre 2017 ayant pour objet les « contrats d'assurance complémentaire santé », la Commission des clauses abusives a considéré qu'un certain nombre de clauses figurant dans ces contrats peuvent présenter un caractère abusif.

Les recommandations de cette Commission ne s'imposent pas aux juridictions de l'ordre judiciaire et il faut d'ailleurs rappeler que, selon la Cour de cassation, une cour d'appel a « exactement retenu que **les dispositions du code de la consommation ne trouvaient pas à s'appliquer s'agissant d'une garantie conventionnelle régie par le code du travail et le code de la sécurité sociale** » (Cass. soc. 21 novembre 2012, pourvoi n°11 19.498). Si la Cour de cassation a admis que les clauses d'un contrat collectif soient soumises au contrôle de leur caractère abusif, cette solution n'a pas la nature d'une remise en cause dès lors que le contrat examiné ne relevait pas du code du travail ou du code de la sécurité sociale (Cass. civ. 2^e 14 octobre 2021, pourvoi n° 19-11.758, publié au bulletin)

Cette solution est justifiée, sous l'angle des règles applicables aux régimes de prévoyance comme des règles issues du code de la consommation. Il existe en effet un corpus de règles impératives issues du code de la sécurité sociale et conçues en considération

des équilibres que requiert la gestion collective de la prévoyance et dont la cohérence serait mise à mal par une application inappropriée de dispositifs issus du code de la consommation.

De surcroît, les garanties des salariés ne sont pas imposées par un professionnel à un consommateur ou un non professionnel. Elles résultent d'un contrat conclu entre partenaires sociaux ou entre deux professionnels de sorte que les dispositions de l'article L. 212-1 du code de la consommation ne sont pas applicables.

Au reste, l'ordonnance du 10 février 2016, même dans sa version modifiée par la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, ayant introduit le dispositif de sanction des clauses abusives dans le Code civil a bien pris soin d'en réservé l'application au contrat d'adhésion (art. 1171), défini comme « celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

C'est donc bien l'absence de négociation du contrat imposé au consommateur ou au non professionnel qui justifie le contrôle des clauses abusives. Précisément, ainsi qu'il a été dit, les contrats collectifs qui complètent la prise en charge des frais de santé sont négociés entre partenaires sociaux ou entre professionnels et les salariés bénéficiaires de ces garanties sont de surcroît sous la protection de l'ordre public social.

In fine, il est permis de douter que la Commission des clauses abusives puisse apprécier la conformité de clauses aux dispositions du code de la sécurité sociale ou du code des assurances.

Quoi qu'il en soit, les recommandations sont dans l'ensemble raisonnables et condamnent des pratiques qui, pour autant que le médiateur puisse en juger compte tenu des dossiers dont il est saisi depuis son entrée en fonction, ne sont pas celles des institutions de prévoyance.

En cas de doute, les recommandations faites le 28 novembre 2017 peuvent constituer une source utile d'inspiration, mais elles ne doivent pas contraindre les institutions à une révision d'ensemble de leurs contrats et pratiques, dans l'ensemble déjà conformes.

DISPENSES D'AFFILIATION

Il y a lieu de rappeler qu'aux termes de l'article L. 911-7 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-504 du 14 juin 2013, les entreprises ont

l'obligation de faire bénéficier leurs salariés « d'une couverture collective à adhésion obligatoire en matière de remboursements complémentaires de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident ». Il s'ensuit une « obligation d'affiliation » pour les salariés, ce qui répond à un motif d'intérêt général en ce qu'il permet d'optimiser les techniques de mutualisation et d'en alléger les coûts. Cela signifie que le seul fait pour un salarié de relever de la catégorie assurée par le contrat lui donne la qualité de participant à la couverture obligatoire. Cette dernière se matérialise ainsi par les déclarations effectuées par son employeur à l'institution de prévoyance par le biais de la Déclaration sociale nominative (DSN), sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un bulletin d'affiliation individuel.

Pour autant et dans le souci de respecter la liberté des salariés, il existe dans certains cas des dispenses d'affiliation. Le sujet a pris quelque importance en 2017 compte tenu de la généralisation des complémentaires santé et du fait qu'en l'absence de complémentaires imposées, certains salariés avaient pris auparavant une adhésion individuelle. Il demeure d'actualité.

Les causes de dispense

Aux termes de l'article D. 911-2 du code de la sécurité sociale, « peuvent se dispenser, à leur initiative, de l'obligation d'adhésion à la couverture en matière de remboursement complémentaire de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident mise en place dans leur entreprise [...] les salariés couverts par une assurance individuelle de frais de santé au moment de la mise en place des garanties ou de l'embauche si elle est postérieure », précision étant apportée que « la dispense ne peut jouer que jusqu'à échéance du contrat individuel » et que « dans tous les cas, l'employeur doit être en mesure de produire la demande de dispense des salariés concernés ».

Quid du salarié qui sollicite une dispense au titre d'une affiliation en qualité d'ayant droit de son conjoint ? Il peut être soutenu que la dispense est admissible dans la mesure où l'affiliation en qualité d'ayant droit est obligatoire. Telle a été un temps la position de l'Administration sur ce sujet (circulaire n° DSS/SD5B/2013/344 datée du 25 septembre 2013). Telle n'est cependant pas la solution consacrée par la Cour de cassation.

La chambre sociale de la Haute juridiction a en effet jugé dans un arrêt du 7 juin 2023 (Cass. soc. 7 juin 2023, pourvoi n°21-23.743) que :

« Il en résulte que la dispense d'adhésion au régime complémentaire collectif et obligatoire mis en place dans l'entreprise du salarié n'est pas subordonnée à la justification qu'il bénéficie en qualité d'ayant droit à

titre obligatoire de la couverture collective relevant d'un dispositif de protection sociale complémentaire présentant un caractère collectif et obligatoire de son conjoint. »

La Cour est ainsi venue préciser que le caractère facultatif de l'adhésion à titre d'ayant droit n'empêche pas la dispense d'adhésion d'un salarié à la couverture complémentaire collective et obligatoire de son entreprise.

Cette décision a été rendue au visa de l'article R. 242-1-6 du code de la sécurité sociale concernant une simple faculté de dispense d'adhésion et non une dispense dite « de droit ». Cependant, l'attendu de principe précité est formulé de telle manière que la solution retenue peut être généralisée.

Il est également vrai que cette solution a été rendue à l'occasion d'un contentieux prud'hommal. Pour autant, là comme ailleurs, la généralité des termes employés par la Cour de cassation ne permet pas de cantonner les enseignements de cet arrêt aux rapports entre les employeurs et les salariés.

Mise en œuvre de la dispense

L'article D. 911-5 du code de la sécurité sociale dispose que « les demandes de dispense [...] doivent être formulées au moment de l'embauche ou, si elles sont postérieures, à la date de mise en place des garanties ».

Aux fins de vérifier que le salarié peut prétendre à une dispense, il importe à l'organisme assureur chargé de la gestion du contrat collectif de connaître la date de souscription et la date d'échéance de la complémentaire santé souscrite à titre individuel. Il peut donc solliciter une attestation d'assurance relative à la complémentaire individuelle souscrite auparavant avec la date de souscription et la date d'échéance. La demande de justification répond à la nécessité d'assurer l'équilibre financier du régime, précision étant faite qu'à défaut d'un tel équilibre, la protection de l'ensemble des bénéficiaires ne sera plus assurée.

En effet, un organisme assureur n'est en mesure d'assurer ses missions qu'à la condition de pouvoir anticiper les « recettes » prévues par le contrat collectif dont il assure la gestion. Une dispense ne peut avoir d'effet rétroactif. Si l'employeur ne transmet pas la demande de dispense à l'organisme assureur, cette omission n'est donc pas réparable et l'institution de prévoyance n'a pas à en répondre.

Par ailleurs, comme la dispense est un mécanisme d'exception, il est normal que la preuve du bénéfice d'une assurance individuelle soit apportée par le demandeur à

la dispense. Ce dernier doit donc remettre une attestation d'assurance au jour de la date de la dispense.

Pour autant, il est souhaitable de prévenir ce contentieux évitable en **améliorant substantiellement la qualité et l'efficacité de l'information délivrée aux salariés concernés par la dispense d'affiliation**.

SOINS TRANSFRONTALIERS

La question des soins transfrontaliers se pose avec une certaine fréquence au service de médiation. Leur remboursement peut buter sur la condition d'affiliation à la Sécurité sociale française ou encore sur les bases de remboursement pratiquées par cette dernière.

Condition d'affiliation à la Sécurité sociale française

L'application de cette condition s'est posée à propos de la question du maintien des garanties. Le contrat de prévoyance prévoyait bien naturellement la condition d'affiliation du participant à la Sécurité sociale française. L'application de ce contrat butait cependant sur cette condition dès lors qu'à la suite de son **départ à la retraite, la participante s'était fait immatriculer auprès de la Sécurité sociale allemande**, tout en conservant son numéro d'affiliation auprès de la Sécurité sociale française. En vertu du Règlement (CEE) n° 574/72 du 21 mars 1972 alors en vigueur, et après avoir rempli le formulaire E 121, elle avait obtenu son immatriculation en Allemagne, les prestations servies par la Sécurité sociale allemande faisant l'objet d'une prise en charge par la Sécurité sociale française (art. 95 du Règlement (CEE)), à laquelle était versée une cotisation prélevée sur la pension servie à la participante.

Après une instruction approfondie, et non sans hésitation, le médiateur a été d'avis qu'en pareille occurrence, la situation de la participante s'apparentait à celle d'un « affilié à la Sécurité sociale française », au sens du contrat de prévoyance.

Cette interprétation est confortée par des considérations propres au droit de l'Union européenne, incontournables compte tenu de la situation de « retraitée transfrontalière » de la plaignante. Cette dernière a manifestement bénéficié des dispositifs européens de coordination des systèmes de Sécurité sociale, lesquels « s'inscrivent dans le cadre de la libre circulation des personnes ».

Le Règlement (CE) n° 883/2004 aujourd'hui applicable rappelle à cet égard, dans l'exposé de ses motifs, qu'il

« convient, dans le cadre de cette coordination, de garantir à l'intérieur de la Communauté aux personnes concernées l'égalité de traitement au regard des différentes législations nationales » (point 5). Il est précisé que « le principe général de l'égalité de traitement est d'une importance particulière pour les travailleurs qui ne résident pas dans l'État membre où ils travaillent, y compris les travailleurs frontaliers » (point 8), également que « les règles de coordination doivent assurer aux personnes qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté [...] le maintien des droits et des avantages acquis et en cours d'acquisition » (point 13).

Au regard de ces principes, il est permis de considérer qu'un « retraité transfrontalier » dans une situation identique à celle de la plaignante peut être assimilé à une personne affiliée à la Sécurité sociale française. En effet, cet apparentement permet d'assurer l'effectivité de la coordination des systèmes de Sécurité sociale en faisant profiter le bénéficiaire de cette coordination d'une extension de celle-ci aux garanties complémentaires. Cette assimilation assure de surcroît une égalité de traitement en ce qu'elle permet d'assurer aux travailleurs transfrontaliers le maintien des garanties tel qu'il est prévu par l'article 4 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989.

Elle n'a pas pour effet d'entraîner une extension incontrôlée du périmètre d'intervention de l'institution de prévoyance dès lors que les situations telles que celle de la plaignante ne sont pas en nombre indéterminé. Elle ne déjoue pas les prévisions de cette institution dès lors que l'indemnisation complémentaire doit intervenir sur la base des remboursements de la Sécurité sociale française.

Opposabilité des bases de remboursement de la Sécurité sociale française

Lorsqu'un participant diligente des soins à l'étranger, faut-il déterminer le montant de la prise en charge de l'institution en considération de la base de remboursement locale ou en considération de celle retenue par la Sécurité sociale française ?

Une notice d'information relative à la garantie frais de santé fait clairement ressortir que les garanties sont déterminées en considération des bases de remboursement de la Sécurité sociale française.

Une garantie « frais de santé » a pour objet un remboursement complémentaire à la prise en charge partielle de la Sécurité sociale.

D'où il suit que les engagements d'une institution de prévoyance doivent être définis en considération **d'une base de remboursement uniforme, à tout le moins qui**

ne peut varier selon le lieu que choisit le participant lorsqu'il expose des frais de santé.

Permettre une variation de l'étendue de la garantie due par l'institution de prévoyance en conséquence d'une fluctuation de la base de remboursement selon le lieu que choisit le participant pour subir des soins reviendrait à méconnaître les équilibres du contrat collectif. C'est donc conformément aux stipulations contractuelles applicables et à la nécessité de préserver son équilibre que l'institution de prévoyance a refusé de calculer le remboursement complémentaire sur la base du remboursement effectué par la Sécurité sociale du lieu où les soins ont été pratiqués.

FIV réalisées à l'étranger

Il y a lieu de rappeler que les soins dispensés à l'étranger font l'objet d'une procédure d'autorisation préalable, prévue par les articles R. 160-1 et suivants du code de la sécurité sociale et à défaut d'obtention de l'autorisation, les soins ne sont pas pris en charge par l'assurance maladie. Par ailleurs, les articles L. 160-4 et R. 160-17 du code de la sécurité sociale posent le principe d'une prise en charge à 100 % des traitements de la stérilité et visent expressément l'hypothèse de l'insémination.

Lorsque ces traitements sont prodigués à l'étranger, la combinaison de ces règles conduit à ce que leur autorisation déclenche un remboursement forfaitaire de l'assurance maladie. Il n'est pas prévu de ventilation des remboursements pour les différents actes médicaux qu'implique la réalisation d'une FIV. Le remboursement de la Sécurité sociale n'est pas estimé en considération de frais réels ou d'une base de remboursement. Il s'agit d'un forfait propre à ce type de soins lorsque ceux-ci sont réalisés à l'étranger. En cas de remboursement complémentaire, la méthode de calcul que doit privilégier l'institution de prévoyance afin de répondre aux attentes légitimes des participants est de les indemniser comme il est fait pour les actes techniques médicaux.

REMBOURSEMENTS PLAFONNÉS

Lorsque le règlement ou le contrat collectif prévoit un plafond annuel pour le remboursement de certains frais de santé, il a été décidé que, sauf à dénaturer la notion de « plafond annuel », il ne saurait y avoir de report d'une année sur l'autre des fonds qui demeurerait mobilisables dans la limite de ce plafond.

Cette règle peu contestable peut se révéler d'une mise en œuvre délicate. Ainsi, lorsqu'une garantie comporte un plafond annuel et qu'elle s'applique à des soins qui, pour former un tout, se déroulent sur deux années calendaires, le participant peut-il prétendre au cumul de deux plafonds annuels ou, au contraire, faut-il considérer que le plafond annuel couvre l'ensemble des soins prodigués ?

Il faut partir du principe que le risque consiste dans l'acte médical et l'exposition des frais qu'il engendre et que la réalisation du risque ne peut dépendre de la volonté du bénéficiaire, sauf à priver le risque de son caractère incertain et à empêcher le bon fonctionnement de la technique assurantielle.

C'est la raison pour laquelle, en principe et en présence d'un acte médical présentant une continuité dans le temps, il est nécessaire de lui conférer une date unique au jour des premiers soins et non pas de lui allouer plusieurs dates en considération des différentes interventions du professionnel de santé. Raisonner autrement présenterait le risque de laisser au participant la maîtrise de l'étendue de la garantie, situation qu'un organisme assureur ne peut légitimement pas accepter. Ainsi, à propos d'un implant qui consiste en trois opérations — implant racine, pilier et couronne — le participant ne peut séquencer l'implant et cumuler une prise en charge à ce titre, outre une seconde au titre de la pose de couronne qui vient parachever l'acte, l'année suivante de la pose de l'implant proprement dit.

Cette directive de principe mérite cependant d'être nuancée lorsque les soins se déroulent, à la demande du praticien, sur une période qui peut être supérieure à un an (par exemple, le port d'un appareil dentaire) et qui, en tout état de cause, donne nécessairement lieu à des paiements fractionnés. En pareille hypothèse, et sous réserve des stipulations du contrat collectif, il est envisageable de séquencer les prises en charge au fil des paiements successifs qu'engendent ces soins continus.

ESTIMATIONS DE REMBOURSEMENT (DEVIS)

Pour les soins qui ne donnent pas lieu à prise en charge, ou à un taux insuffisant, les institutions ont déjà pris l'habitude de délivrer aux participants **une estimation de remboursement** en considération d'un devis établi par le praticien sollicité.

Cette estimation a la valeur juridique d'une offre. Or, comme le rappelle l'article 1121 du Code civil, « le contrat

est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant », rappel étant fait que l'acceptation peut être tacite.

Dans ces conditions, l'engagement des soins en considération de l'offre faite par une institution et dans les délais prévus par cette dernière vaut acceptation tacite. A titre de comparaison, il est admis que l'envoi d'une police d'assurance conforme à une proposition d'assurance signée de l'assuré vaut acceptation tacite de cette proposition (Cass. civ. 1^e 28 février 1989, pourvoi n°87-12.005). Toutes choses égales, l'envoi d'une facture d'un montant égal au devis partiellement accepté par l'organisme assureur vaut acceptation tacite de l'offre faite par cet organisme. En conséquence, en pareille hypothèse, la prise en charge doit être conforme aux montants indiqués dans l'estimation de remboursement.

Si l'offre n'est pas assortie d'un délai précis, elle lie son auteur dans la seule limite d'un délai raisonnable (v. par ex. Cass. civ. 3^e 20 mai 2009, pourvoi n°08-13.230, Bull. civ. III n°118 ; Cass. com. 15 mars 1965, pourvoi n°63-11.981, Bull. civ. IV n°191).

Concernant une estimation de remboursement, elle peut tout au plus engager l'institution 2 ou 3 mois, mais certainement pas 18 mois, comme il est parfois sollicité.

La prudence, pour les institutions, est de délivrer une estimation « en l'état et sous réserve des modifications ultérieures du contrat collectif ». Pour autant, l'institution ne peut s'abriter derrière cette réserve pour refuser ou limiter sa prise en charge prétexte pris d'une modification des garanties, s'il est établi qu'elle était en mesure d'anticiper cette évolution. Les réserves doivent être objectives, comme le sont celles qui renvoient à d'éventuels plafonds annuels de garantie. A défaut, elles sont inopposables au participant et les termes de l'estimation lient l'institution de prévoyance pourvu qu'ils aient été acceptés, même implicitement par l'assuré.

In fine, il y a lieu d'ajouter que les institutions de prévoyance ne sont pas comptables des approximations des praticiens lorsque ces derniers établissent le devis en considération duquel est donnée l'estimation de remboursement. Par exemple, lorsqu'un devis indique sans autre précision le « montant total des honoraires », rien ne permet de deviner que ce total correspond en réalité dans l'esprit du praticien à un dépassement d'honoraires venant s'ajouter à la base de remboursement de la Sécurité sociale. En conséquence, il n'est pas permis d'imputer une erreur et une responsabilité à l'institution qui a élaboré son estimation de remboursement en imputant préalablement le montant versé par le régime de base de la Sécurité sociale sur le « montant total des honoraires » indiqué par le praticien.

DÉPASSEMENTS D'HONORAIRES

Les dépassements d'honoraires sont une pratique courante.

Ils suscitent souvent des déconvenues chez les participants trop facilement convaincus que l'absence de prise en charge du surcoût par le régime de base sera compensée par l'intervention de la « mutuelle ».

Cette intervention n'est pas automatique et il convient naturellement de se référer aux termes du contrat collectif et de la notice.

En tout état de cause, il ne saurait y avoir de prise en charge d'un dépassement non autorisé par les dispositions du code de la sécurité sociale. Aux termes de l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale, les garanties collectives dont bénéficient les salariés et leurs ayants droit viennent « en complément des garanties qui résultent de l'organisation de la Sécurité sociale » et elles n'ont pas pour objet de permettre l'indemnisation de soins facturés en méconnaissance des règles qui découlent de cette organisation. Il revient aux institutions de prévoyance de compléter les garanties offertes par la Sécurité sociale et non de compenser l'absence de couverture de dépenses non autorisées.

Au-delà de cette règle générale, le régime des dépassements n'est pas le même d'une discipline à une autre.

DENTAIRE

Selon les dispositions de l'article L. 162-1-7 du code de la sécurité sociale, la prise en charge ou le remboursement par l'assurance maladie de tous les actes ou prestations réalisés par un professionnel de santé supposent l'inscription de cet acte sur une liste déterminée par l'Union nationale des caisses d'assurance maladie (UNCAM).

Cette liste a été fixée par une décision de l'UNCAM du 11 mars 2005, rendue applicable aux chirurgiens-dentistes par décision du même organisme du 15 octobre 2013, à compter de juin 2014. Elle porte le nom de classification commune des actes médicaux (CCAM).

Selon ces décisions de l'UNCAM, la liste des actes techniques remboursables mentionnés à l'article L. 162-1-7 du code de la sécurité sociale s'impose aux praticiens pour communiquer aux organismes d'assurance maladie.

Il est cependant important de noter que des codes de regroupement ont été créés pour des raisons de confidentialité aux fins d'éviter la transmission des codes affinés à des tiers. Il s'agit d'anonymiser partiellement les soins entrepris par un assuré social sans pour autant modifier le codage effectué au sein de la CCAM. Toutefois, dans le cadre de l'exécution du contrat d'assurance, l'organisme assureur peut être amené à solliciter les codes affinés.

Quoiqu'il en soit, l'article 1-4 de la décision du 11 mars 2005 de l'UNCAM précise encore que :

« Seuls peuvent être pris en charge ou remboursés par les organismes d'assurance maladie, les actes effectués personnellement par un médecin ou un chirurgien-dentiste, sous réserve que ce dernier soit **en règle avec les dispositions législatives, réglementaires et disciplinaires concernant l'exercice de sa profession.** »

Les tarifs des actes inscrits sur la liste de l'UNCAM sont fixés par des conventions nationales qui définissent, selon les termes de l'article L. 162-14-1 du code de la sécurité sociale, « les tarifs des honoraires, rémunérations et frais accessoires dus aux professionnels par les assurés sociaux en dehors des cas de dépassement autorisés par la convention pour les médecins et les chirurgiens-dentistes. »

Précisément, l'article 4.2.1. de la convention nationale applicable dispose que :

« **Le chirurgien-dentiste ne peut pas appliquer de dépassements d'honoraires en dehors des cas indiqués ci-après.**

a) Circonstances exceptionnelles de temps ou de lieu dues à une exigence particulière du malade : « DE ». Il ne peut notamment pas être utilisé pour des motifs liés :

- à une tranche horaire définie arbitrairement par le praticien,
- au coût de fonctionnement du cabinet,
- à des raisons propres au praticien.

b) Entente directe entre le praticien et l'assuré telle que définie à l'article 4.2.1 (soins prothétiques et orthodontiques).

c) Bénéfice du droit permanent à dépassement accordé sous le régime des précédentes et de la présente convention : « DP », sous réserve des dispositions que prévoit cette dernière. »

Il faut ici préciser que, si antérieurement à l'entrée en vigueur de la décision de l'UNCAM du 15 octobre 2013, les CPAM toléraient la déclaration des dépassements, il n'en est désormais plus ainsi pour les dépassements qui ne sont pas autorisés. D'où la tentation de certains praticiens qui pratiquent un dépassement d'honoraires sur un acte de la CCAM et dont le tarif est arrêté par la convention nationale, de faire le choix de ne pas déclarer ce dépassement à la CPAM dès lors qu'il n'entre pas dans les conditions de dépassements autorisés par la convention nationale.

Ce dispositif est sans doute complexe à saisir pour les assurés sociaux.

Il est néanmoins la contrepartie d'une prise en charge collective des frais de santé sur les équilibres de laquelle il ne revient pas au médiateur de se prononcer.

De surcroît, s'il apparaît que certains praticiens prennent des libertés avec les exigences du code de la sécurité sociale, les institutions de prévoyance ne peuvent en être rendues comptables.

KINÉSITHÉRAPIE

Une institution refuse à juste titre la prise en charge du dépassement d'honoraires d'un masseur-kinésithérapeute motivé par la nature des soins prodigues ou par l'existence d'**« un loyer élevé et un investissement matériel conséquent ».**

L'article L. 162-12-9 du code de la sécurité sociale dispose en effet que « les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les masseurs-kinésithérapeutes sont définis par une convention nationale [...]. Or, aux termes de l'article 3.6 de ladite convention nationale, approuvée par arrêté du 10 mai 2007, les tarifs d'honoraires et frais accessoires correspondant aux soins dispensés font l'objet d'une grille jointe en annexe, à propos de laquelle il est disposé que :

« **Le masseur-kinésithérapeute s'interdit tout dépassement** en dehors des cas ci-après : **circonstances exceptionnelles** de temps ou de lieu dues à une exigence particulière du malade, telles que : des soins donnés à heure fixe ou en dehors de l'horaire normal d'activité du masseur-kinésithérapeute, un déplacement anormal imposé au masseur-kinésithérapeute à la suite du choix par le malade d'un masseur-kinésithérapeute éloigné de sa résidence, etc.

En cas de dépassement de tarifs, le masseur-kinésithérapeute fixe ses honoraires avec tact et mesure et indique le montant perçu sur la feuille de soins, ainsi que le **motif** (DE). »

Un masseur-kinésithérapeute ayant dispensé des soins à un participant peut pratiquer un dépassement d'honoraires exclusivement motivé par la mention « DE » pour « dépassement exceptionnel » ou « dépassement d'exigences ». Les autres motifs ne sont pas recevables. Il faut ici préciser qu'il est loisible au praticien, à la condition qu'il établisse avoir prodigué des soins complémentaires hors nomenclature, d'établir un devis faisant ressortir le montant des soins pris en charge par l'assurance maladie et le montant des soins complémentaires non pris en charge, comme le font par exemple les masseurs-kinésithérapeutes adeptes de la méthode Mézières.

Cette possibilité est expressément prévue par l'article 3.3.4 de la convention nationale et elle présente l'avantage d'informer le patient sur l'étendue des remboursements à attendre et de lui permettre d'interroger sa « mutuelle » sur l'éventualité d'une prise en charge complémentaire. Si le masseur-kinésithérapeute consulté par le participant n'a pas pris cette précaution, il ne revient pas à l'institution de prévoyance d'en supporter les conséquences en assumant le coût d'un dépassement d'honoraires non autorisé en vertu de la convention nationale définissant « les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les masseurs-kinésithérapeutes ».

MÉDECINS « NON CONVENTIONNÉS »

En vertu de la réforme dite des « contrats responsables » issue, notamment, du décret n° 2014-1374 du 18 novembre 2014, les exonérations sociales et fiscales attachées aux contrats collectifs faisant bénéficier les salariés d'une complémentaire santé sont conditionnées au respect de contraintes, parmi lesquelles un plafonnement de la prise en charge de certains frais de santé.

C'est ainsi qu'au regard de l'article R. 871-2 du code de la sécurité sociale, dont les dispositions ont été précisées par la circulaire n° 2015/30 de la Direction de la Sécurité sociale du 30 janvier 2015, puis par l'instruction n° DSS/SD2A/SD3C/SD5B/SD5D/2019/116 du 29 mai 2019, **la prise en charge des dépassements d'honoraires des médecins non adhérents aux anciens contrats d'accès aux soins (CAS)** et depuis le 1^{er} janvier 2017, à l'OPTAM et l'OPTAM CO (organisés par la convention médicale du 25 août 2016, approuvée par arrêté du 20 octobre 2016, publiée au JO du 23 octobre 2016 puis reprise par le décret n° 2017-736 du 3 mai 2017) est plafonnée à 100 % de la base de remboursement (BR) de la Sécurité sociale.

Il a été soutenu que la clause conditionnant un meilleur remboursement à la signature d'un contrat d'accès aux soins doit être réputée non écrite dès lors qu'une telle

condition est irréalisable, faute de praticiens ayant signé un tel contrat à proximité du lieu où le participant réside.

Cet argument ne peut être retenu. Il consiste en effet à soutenir implicitement mais nécessairement que la clause présente un caractère abusif, d'où il résulterait qu'elle doit être déclarée non écrite.

De longue date, la Cour de cassation n'admet cependant pas que le juge judiciaire déclare abusive une clause ayant un caractère réglementaire (Cass. civ. 1^{re} 22 novembre 1994, Bull. civ. I, n°343 ; Cass. civ. 1^{re} 23 juin 1993, Bull. civ. I, n°227). De manière générale, il est admis qu'une clause conforme à une exigence légale ne peut avoir un caractère abusif (v. par ex. en matière de crédit, Cass. civ. 1^{re} 23 janvier 2013, pourvoi n°10-21.177 ; Cass. civ. 1^{re} 23 janvier 2013, pourvoi n°10-28.397).

Au reste, la Cour de cassation juge ainsi qu'une cour d'appel a « exactement retenu que **les dispositions du code de la consommation ne trouvaient pas à s'appliquer s'agissant d'une garantie conventionnelle régie par le code du travail et le code de la sécurité sociale** » (Cass. soc. 21 novembre 2012, pourvoi n°11-19.498). Il existe en effet un corpus de règles impératives issues du code de la sécurité sociale et conçues en considération des équilibres que requiert la gestion collective de la prévoyance et dont la cohérence serait mise à mal par une application inappropriée de dispositifs issus du code de la consommation. De surcroît, les garanties des salariés ne sont pas imposées par un professionnel à un consommateur ou un non-professionnel. Elles résultent d'un contrat conclu entre partenaires sociaux ou entre deux professionnels de sorte que les dispositions de l'article L. 212-1 du code de la consommation ne sont pas applicables.

Il se peut que les exigences légales et réglementaires conduisent à des résultats contestables en pratique et en équité, mais il ne revient pas aux professionnels qui les respectent d'assumer les conséquences des choix faits par les pouvoirs publics. Il en est d'autant plus ainsi que les professionnels proposent des alternatives plus avantageuses, spécialement des garanties « frais de santé » hors le dispositif des contrats responsables qui, moyennant un surcoût, permettent une meilleure prise en charge.

FRAIS D'HOSPITALISATION

Concernant les frais d'hospitalisation et les honoraires des chirurgiens, la réglementation est moins exigeante. Il n'en reste pas moins que les dépassements n'échappent pas à deux principes élémentaires.

- Tout d'abord, l'article L. 1111-3-2 du code de la santé publique prévoit que les professionnels de santé exerçant à titre libéral informent leurs patients « par devis préalable au-delà d'un certain montant ». Cette règle est au demeurant traditionnelle en jurisprudence qui fait « obligation au praticien d'aviser à l'avance sa clientèle du taux particulièrement élevé de ses honoraires » (Cass. civ. 1^{re} 18 juin 1970, pourvoi n°68-13.463, Bull. civ. I n°210).
- Ensuite, l'article L.162-1-14-1 du code de la sécurité sociale impose que les dépassements d'honoraires autorisés soient malgré tout pratiqués avec « tact et mesure », exigence qui est le propre des professions civiles. Il a été considéré qu'un dépassement correspondant à plus de 30 fois le montant de la base de remboursement de la Sécurité sociale manquait de « tact et de mesure ».

S'agissant de la sanction de ces règles, la Cour de cassation considère que le défaut d'information ne prive pas le praticien de son droit à rémunération. Ainsi a-t-elle jugé « qu'aucune disposition légale, applicable au contrat médical, ne fait dépendre, dans son principe, le droit du praticien à une rémunération d'une détermination préalable de celle-ci ».

En conséquence, il est « justement considéré qu'en l'absence d'un devis accepté par le patient, il appartient aux juges de déterminer le montant des honoraires dus au praticien eu égard à l'étendue des services fournis et à sa qualification professionnelle » (Cass. civ. 1^{re} 30 juin 1992, pourvoi n°89-21.970, Bull. civ. I n°212).

Si le médiateur considère que le dépassement ne respecte pas les exigences prévues, il lui revient de déterminer un honoraire raisonnable, qui se déduit le plus souvent assez aisément des circonstances de l'espèce et qui servira de base de calcul au remboursement de l'institution.

OPTIQUE

MONTURES

Contrats responsables

Les frais d'optique font désormais l'objet d'une réglementation impérative issue du décret n° 2014-1374 du 18 novembre 2014 déterminant les règles attachées aux contrats dits « responsables ».

Ce décret, suivi, notamment, du décret n° 2019-21 du 11 janvier 2019, a modifié les dispositions de l'article

R. 871-2 du code de la sécurité sociale, lequel dispose désormais que : « Ces garanties s'appliquent aux frais exposés pour l'acquisition d'un équipement composé de deux verres et d'une monture, par période de deux ans, à l'exception des cas pour lesquels un renouvellement anticipé est prévu dans la liste mentionnée à l'article L. 165-1, notamment pour les enfants de moins de 16 ans et en cas d'évolution de la vue. »

Concernant la **période de carence de deux ans**, il y a lieu de comprendre qu'elle est définie en considération du risque couvert et donc de la date des actes et de l'exposition des frais de santé.

Ainsi, quand la notice répercute les exigences propres aux « contrats responsables » et prévoit un remboursement « tous les deux ans calendaires par personne », il faut nécessairement comprendre qu'un délai de deux ans doit séparer les dates successives d'exposition des frais.

La garantie, qui consiste dans le remboursement, n'a vocation à être mise en œuvre qu'au cas où deux ans séparent la réalisation successive du risque, à savoir la dépense requise pour raisons de santé.

Ne peut être retenue l'analyse faite par certains participants qui estiment avoir droit au remboursement d'une monture tous les deux ans, quelle qu'ait été la durée séparant les acquisitions successives de lunettes. Par exemple, ayant fait une première acquisition en janvier 2011 et une seconde en février 2012, il leur suffirait d'attendre février 2013 pour obtenir le remboursement des montures secondement acquises. Cette analyse méconnaît la nature des complémentaires santé.

Il faut par ailleurs comprendre que la seule nécessité thérapeutique autorisant la prise en charge de plus d'une paire de lunettes pour deux années civiles est celle correspondant au changement de défaut visuel.

L'instruction n° DSS/SD2A/SD3C/SD5B/SD5D/2019/116 du 29 mai 2019 relative aux contrats d'assurance maladie complémentaire bénéficiant d'aides fiscales et sociales prévoit :

« Pour les assurés présentant un déficit de vision de près et un déficit de vision de loin, et ne pouvant ou ne souhaitant pas porter de verres progressifs ou multifocaux, les garanties des contrats peuvent couvrir une prise en charge de deux équipements, sur la période correspondant à son cas, corrigeant chacun un des deux déficits mentionnés ci-dessus. Les règles de couverture par les contrats responsables sont applicables à chacun des équipements considéré individuellement (plancher, plafond, délai de renouvellement...). »

Lorsque l'impossibilité pour un patient de porter des verres progressifs l'oblige à avoir deux paires de lunettes, l'une pour la vision de loin, l'autre pour la vision de près, le contrat collectif peut admettre la prise en charge d'une seconde paire de lunettes. À défaut de clause expresse, cette dernière ne sera pas prise en charge.

S'il est permis de regretter que le dispositif du contrat « responsable » ait pour conséquence l'absence de prise en charge de frais d'optique dont la nécessité médicale n'est pas discutable, les institutions de prévoyance ne sauraient cependant être comptables des conséquences d'un tel dispositif. Elles ne peuvent que faire face au mécontentement des participants qui, bien que rigoureusement informés par les institutions, ce que le médiateur a pu vérifier, n'ont pas toujours pris la mesure des incidences financières de ce dispositif.

Dans la mesure du possible, le médiateur a tenté de contenir les effets les moins équitables de la réforme. Par exemple, tenant compte de ce que les mineurs dont l'acuité visuelle évolue ont le droit à la prise en charge d'un « équipement complet (composé d'une monture et de deux verres) » tous les ans, il a été proposé que le participant qui épouse pour un an son droit à la prise en charge de verres correcteurs, conserve son droit au remboursement d'une monture. Le mineur qui, dans une même année, change de verres tout en faisant l'acquisition d'une nouvelle monture vieille de deux ans peut à tout le moins prétendre au remboursement de celle-ci.

Le médiateur a également admis qu'en cas de changement de verres dans la même année, il pouvait être justifié, selon les circonstances, de rembourser les verres dont le coût est le plus élevé.

Conscients de l'imperfection des textes, les pouvoirs publics ont modifié la règle imposant un délai de carence d'un an. Le décret n°2019-21 du 11 janvier 2019 a ainsi modifié les dispositions de l'article R. 871-2 du code de la sécurité sociale pour permettre la prise en charge des « frais exposés pour l'acquisition d'un équipement composé de deux verres et d'une monture, par période de deux ans, à l'exception des cas pour lesquels un renouvellement anticipé est prévu dans la liste mentionnée à l'article L. 165-1, **notamment pour les enfants de moins de 16 ans et en cas d'évolution de la vue** ». À noter que l'article 5 de ce décret prévoit que les modifications « s'appliquent aux contrats souscrits ou renouvelés **à compter du 1^{er} janvier 2020** ». Le principe de non-rétroactivité empêche l'application de cette nouvelle règle pour des frais exposés en 2019.

Demande de justificatifs

Le remboursement des frais d'optique peut être légitimement conditionné à la production d'éléments tels que les décomptes des remboursements effectués par la Sécurité sociale et les factures correspondant aux dépenses exposées. Ces documents ont pour objet de constater les soins réalisés, de justifier de la dépense engagée et de vérifier le montant et les modalités du paiement. En outre, les institutions de prévoyance peuvent demander des pièces justificatives supplémentaires en cas de doute sur la réalité et l'étendue des soins réalisés. Cette prudence des institutions de prévoyance est légitime compte tenu de pratiques parfois suspectes aux fins d'obtenir la prise en charge de frais d'optique.

Un participant n'est pas en situation de se prévaloir des dispositions de la loi n°78-17 modifiée du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et du Règlement n°2016/679, dit règlement général sur la protection des données (RGPD), pour s'opposer à la transmission d'ordonnances médicales relatives à des soins optiques.

Dans son analyse juridique datée du 14 novembre 2022 adressée aux organismes de complémentaire santé, la CNIL indique que :

« Les dispositions des articles 9.2 b) et 9.2 h) du RGPD ne se suffisent pas à elles-mêmes et prévoient que le traitement [de données de santé] doit être autorisé ou prévu par le droit de l'Union ou par le droit national.

L'article L. 871-1 du code de la sécurité sociale (CSS), tel qu'applicable depuis le 1^{er} janvier 2022, pourrait, en combinaison avec ces articles, constituer une disposition permettant le traitement de données de santé par les organismes complémentaires d'assurance maladie (OCAM) uniquement pour les contrats dits « responsables », qui représentent 95 % des contrats de couverture complémentaire.

Si la vocation première de cette disposition est fiscale et n'a pas explicitement pour objectif d'autoriser le traitement des données de santé, la Commission estime que son application, qui consacre au niveau de la loi l'existence d'un type spécifique de contrat d'assurance complémentaire en matière de santé, implique effectivement que les OCAM, qui les gèrent, puissent traiter les données concernant la santé nécessaires à l'exécution de ces contrats. Ainsi pour les contrats « responsables », les OCAM peuvent fonder le traitement de données de santé à des fins de liquidation des prestations sur l'une des exceptions prévues à l'article 9.2 b) ou 9.2 h) du RGPD, sous réserve d'en respecter strictement les conditions, notamment celles prévues à

l'article 9.3 du RGPD. Il serait cependant souhaitable que le cadre législatif soit explicité et précisé.

Cependant, pour les contrats non responsables, la Commission, pas plus que le ministère chargé de la santé et de la prévention, n'ont identifié des dispositions permettant aux OCAM de se prévaloir des dérogations prévues à l'article 9.2 b) ou h). Dès lors, seule l'exception du consentement prévue à l'article 9.a) du RGPD apparaît mobilisable. [...] Cette exception ne pourra pas être mobilisée dès lors que le contrat conclu relève d'un contrat collectif.

Sur la transmission de données à caractère médical par les professionnels, la Commission estime que :

« L'exécution du mécanisme de tiers payant, prévu par l'article précité, peut, à condition de respecter le cadre juridique, législatif et réglementaire, fixé pour ces « contrats responsables », impliquer la transmission d'informations couvertes par le secret médical vers les OCAM. »

Il en résulte qu'en principe, la collecte et l'utilisation de données de santé sont interdites sauf si elles sont concernées par une des exceptions prévues à l'article 9 du RGPD ou si un texte spécifique le permet.

La CNIL considère donc que les OCAM peuvent utiliser les données de santé pour procéder à des remboursements notamment lorsque le contrat est responsable.

CONTRATS MULTIPLES

Il n'est pas rare qu'un participant cumule deux contrats couvrant ses garanties frais de santé. L'application de ces deux contrats ne peut avoir pour effet d'éloigner les dispositions issues de la réforme des contrats responsables. Sur le traitement de cette question, il y a lieu de suivre les termes de l'instruction DSS/SD2A/SD3C/SD5B/SD5D/2019/116 du 29 mai 2019, laquelle est venue préciser la notion de « contrats multiples » :

« Le respect des critères de responsabilité prévus par l'article L. 871-1 du code de la sécurité sociale (interdictions, obligations minimales et maximales de prise en charge) s'apprécie pour chaque contrat ou règlement d'assurance complémentaire de santé souscrit par une personne (physique ou morale), ou auquel une personne (physique ou morale) a adhéré, sous les précisions exposées ci-après.

Au présent IV, on définit un contrat surcomplémentaire, souscrit individuellement ou collectivement, à adhésion facultative ou obligatoire, comme un contrat d'assurance maladie complémentaire qui intervient explicitement après un (ou plusieurs) autre(s) contrat(s) d'assurance maladie

complémentaire. Pour pouvoir être considéré comme responsable dans les conditions décrites ci-dessous, le contrat devra être dénommé « surcomplémentaire » et spécifier que son intervention vient sous déduction du remboursement opéré par le régime d'assurance maladie obligatoire et le (ou les) contrat(s) d'assurance maladie complémentaire, dans la limite des frais réels.

On dénomme en outre « contrat socle » le contrat complémentaire intervenant en premier après la prise en charge par l'assurance maladie obligatoire. Le contrat surcomplémentaire peut être souscrit auprès du même organisme d'assurance que le contrat socle ou auprès d'un organisme différent ; dans tous les cas, il s'agit d'un contrat juridiquement distinct du contrat socle. »

Il ressort des dispositions précitées que pour l'application du contrat complémentaire frais de santé intervenant en troisième position - c'est-à-dire après la Sécurité sociale et le contrat complémentaire dit « contrat socle » - l'institution doit comptabiliser les remboursements intervenus au titre desdits contrats pour déterminer sa prise en charge dans la limite des plafonds définis par le dispositif dit des « contrats responsables ».

Sauf à bénéficier d'une garantie ne donnant pas lieu aux avantages fiscaux et sociaux attachés au contrat collectif souscrit par l'employeur au bénéfice de ses salariés, il apparaît donc que le dispositif « contrats responsables » impose le respect de ces plafonds pour l'ensemble des contrats dont bénéficie une personne. On peut sans doute regretter la rigidité de ce dispositif légal et réglementaire, mais il s'impose aux institutions de prévoyance.

On peut également regretter que la notice ne précise pas les incidences chiffrées du dispositif des contrats responsables. Cependant, ces montants sont réglementairement fixés et varient à la discrétion des pouvoirs publics, de sorte qu'il n'est pas d'usage de les faire figurer dans une notice.

Pour autant, il est toujours possible aux participants de solliciter une estimation de remboursement.

CHIRURGIE RÉFRACTIVE

S'il n'est pas nécessairement d'usage, à l'occasion du rapport annuel, d'entrer dans le détail de la prise en charge de telle ou telle pathologie, il est parfois opportun de faire quelques exceptions, spécialement pour la chirurgie réfractive :

- elle est de fait en plein développement et la question de sa prise en charge suscite des différends ;

- le cas est emblématique du hiatus qui peut exister entre la désignation usuelle de certains actes médicaux et la réalité des prises en charge.

Les termes « chirurgie réfractive » constituent une expression générique désignant les chirurgies de l'œil dites de confort en ce qu'elles dispensent les patients de moyens de correction optique externes (lunettes, lentilles). Il en est de plusieurs sortes, parmi lesquelles :

- la chirurgie au laser destinée à corriger la myopie, l'hypermétropie, l'astigmatisme et la presbytie ;
- la chirurgie par addition d'une lentille intraoculaire, alternative à la chirurgie au laser et qui permet de guérir les mêmes pathologies, à l'exception de la presbytie (données extraites du site officiel de la Société française d'ophtalmologie ; www.sfo.asso.fr).

En principe, les frais exposés pour cette chirurgie ne sont pas pris en charge par la Sécurité sociale, sauf si elle s'insère dans une opération de la cataracte, laquelle entraîne nécessairement la pose d'un implant intraoculaire. En cette dernière occurrence, il faut cependant savoir qu'à l'occasion de cette opération, la pose d'un implant dit « multifocal », censé dispenser ultérieurement le patient du port de lunettes, s'apparente à un « implant de confort » dont le surcoût ne donne pas lieu à remboursement au titre du régime général.

La prise en charge de cette chirurgie dépend donc en principe des termes du contrat collectif et de la notice. Si ceux-ci font référence à l'un seulement des deux types de chirurgie réfractive précédemment identifiés, il faut en déduire que la garantie ne s'étend pas à l'autre.

Un participant bénéficiant de la pose d'une lentille intraoculaire ne peut donc être pris en charge au même titre qu'un autre ayant fait le choix d'une thérapeutique utilisant le laser.

On peut regretter que le contrat collectif ne couvre qu'une partie des thérapeutiques ayant une même finalité. Il n'en reste pas moins qu'il y a là un choix de gestion de l'institution de prévoyance sur lequel il ne revient pas au médiateur de prendre parti.

En cette matière, les estimations de remboursement sont particulièrement recommandées.

DENTAIRE

Les soins dentaires occupent régulièrement le service de médiation. Il n'y a là rien de surprenant dès lors qu'ils donnent lieu à des frais d'un montant souvent significatif et, qu'en égard à leur taux de remboursement par les CPAM, les participants comptent sur la prise en charge de l'institution de prévoyance.

Les différends spécifiques à la matière portent essentiellement sur **la question des implants**.

Lorsque le règlement prévoit un remboursement maximum pour la pose d'un implant, lequel constitue un acte hors nomenclature, il a été décidé qu'en principe, l'implant consiste en trois opérations — implant racine, pilier et couronne — qui forment un tout de sorte que la prise en charge de celles-ci est plafonnée au maximum arrêté. Le participant ne peut séquencer l'implant et cumuler une prise en charge à ce titre outre une seconde au titre de la pose de couronne qui vient parachever l'acte.

Pour autant, certaines notices manquent de clarté.

Il arrive que le tableau des garanties vise les soins suivants : « implant, pilier implantaire, pose de faux moignon, parodontologie non remboursée par la Sécurité sociale » outre « couronne et bridge ».

On peut comprendre à la lecture de cette notice que l'expression « implant » vise non pas l'opération globale ainsi usuellement dénommée, mais seulement l'intervention chirurgicale, à compléter par la pose d'un pilier et d'une couronne. Dans ce cas, l'ambiguïté est levée au détriment de l'institution et il est retenu que les garanties « implant » et « couronne » sont cumulables.

On rappellera également que les principes posés sur la mise en œuvre des remboursements plafonnés s'appliquent souvent à des frais exposés à l'occasion d'un implant (v. *supra* REMBOURSEMENTS PLAFONNÉS).

KINÉSITHÉRAPIE

Un traitement réalisé selon la « **méthode Mézières** » donne-t-il lieu à un simple dépassement d'honoraires ou constitue-t-il un acte complémentaire hors nomenclature ?

La question n'est pas neutre dès lors que de nombreux praticiens utilisent cette méthode et que celle-ci se traduit par des séances d'une durée et d'un coût supérieurs à

la normale. Elle l'est d'autant moins que dans l'espèce soumise au médiateur, comme dans bien d'autres certainement, les dépassements donnent lieu à prise en charge partielle par l'institution de prévoyance au rebours des actes hors nomenclature qui demeurent en principe à la charge du participant.

De surcroît, les méthodes médicales spécifiques sont plutôt en développement et le cas de la « méthode Mézières » constitue en quelque sorte un cas d'école.

Pour résoudre cette question, le médiateur s'est déterminé au regard tant des dispositions du code de la sécurité sociale que des usages de la profession.

Selon les premières, et plus spécialement l'article L. 162-4 du code de la sécurité sociale, applicables aux masseurs-kinésithérapeutes en vertu de l'article L. 162-8 du même code, « lorsque les médecins réalisent des actes non remboursables, ils n'établissent pas le document prévu à l'article L. 161-33 », lequel n'est autre que la « feuille de soins » dont la production conditionne « l'ouverture du droit aux prestations de l'assurance maladie ». D'où il suit qu'à défaut d'une feuille de soins mentionnant les honoraires perçus pour des actes réalisés par un praticien, il y a lieu de considérer que lesdits actes sont hors nomenclature et que les honoraires ne sont pas remboursés, qu'en tout état de cause, leur réalisation et leur facturation n'ouvrent pas droit aux prestations de l'assurance maladie. L'article 3.3.4. de la Convention nationale des masseurs-kinésithérapeutes du 3 avril 2007 approuvée par arrêté du 10 mai 2007 se fait d'ailleurs l'écho de ces dispositions légales en ce qu'il rappelle que « dans les situations où le masseur-kinésithérapeute réalise des actes ou prestations remboursables (y compris le DE) et non remboursables au cours de la même séance, il porte uniquement les premiers sur la feuille de soins. »

Il s'ensuit que l'absence d'indication par le masseur-kinésithérapeute pratiquant la méthode Mézières et consulté par le participant des honoraires perçus au titre des « actes complémentaires » sur la feuille de soins adressée à la CPAM est significative de ce que lesdits actes sont hors nomenclature. La facturation correspondant à ces actes ne peut donc donner lieu à remboursement de la CPAM et être prise en charge par l'institution de prévoyance.

Cette absence d'indication est au demeurant conforme aux usages de la profession établis en concertation avec la CNAM. Il ressort en effet d'une circulaire CIR-158/2002 de la CNAM qu'en cas de recours à cette méthode, le masseur-kinésithérapeute doit clairement indiquer les soins correspondant à l'« acte thérapeutique

de rééducation » et ceux équivalents à « un acte complémentaire de prévention et d'éducation proprioceptive non inscrit à la nomenclature, prenant en compte la totalité de la personne et nécessitant un supplément de durée ». Or, cette circulaire a été prise après « échanges avec l'Association Mézières internationale de kinésithérapie » et en considération des particularismes de cette méthode, notamment le « supplément de durée ». En conséquence, il revient au praticien adepte de cette méthode de présenter à ses patients un devis à faire signer, pour accord préalable, avant d'établir une facturation correspondant à l'acte complémentaire hors nomenclature écrite sur un support distinct de la feuille de soins.

On peut comprendre que le patient qui s'adresse à un masseur-kinésithérapeute pratiquant la méthode Mézières considère que le surcoût lié à un « supplément de durée » s'apparente à un dépassement d'honoraires. Cependant, tel n'est pas le cas et les praticiens le savent. Si les participants estiment avoir été insuffisamment informés à cet égard, il leur revient d'apprécier cette insuffisance dans les rapports qu'ils ont eus avec le praticien consulté. L'institution de prévoyance assure ses participants et couvre les risques liés à la prévoyance. Elle n'a pas pour objet de couvrir les éventuelles responsabilités des praticiens que sollicitent ses participants.

MÉDECINES ALTERNATIVES

Les médecines alternatives se développent et compte tenu de leur attrait, il n'est pas rare que les contrats collectifs prévoient des remboursements, au moins partiels et sous certaines conditions.

Le médiateur considère qu'il est conforme aux équilibres des contrats collectifs offrant une garantie « frais de santé » de privilégier une interprétation restrictive des notices prévoyant une prise en charge à ce titre. Sans préjuger de l'efficacité et de la qualité de ces nouvelles formes d'exercice de la médecine, ce qui n'entre pas du reste dans les compétences du médiateur, il est de fait que ces techniques médicales prospèrent d'une manière telle qu'il est difficile d'anticiper leurs évolutions et le degré de leur reconnaissance. Il est donc normal que les contrats collectifs qui offrent une prise en charge de ces techniques alternatives, là où le régime de base de la Sécurité sociale n'en prévoit pas, posent des conditions restrictives, comme la reconnaissance des compétences du praticien par un diplôme d'État, ou à tout le moins le bénéfice d'un agrément.

Par exemple, une institution de prévoyance peut refuser la prise en charge de frais d'acupuncture correspondant à des séances réalisées par un professionnel non-habilité, alors même que cette médecine douce peut donner lieu à remboursement dès lors que la notice conditionne celui-ci au fait que les actes aient été effectués par « des praticiens habilités, diplômés d'État ». La même observation s'impose à l'égard des frais exposés auprès d'un psychothérapeute sans numéro ADELI, ou encore d'un ostéopathe dans la même situation.

Au reste, le fait d'exercer une activité médicale réglementairement encadrée n'autorise pas à lui seul la pratique des médecines alternatives. Par exemple, si les médecins et les sage-femmes sont habilités à accomplir des actes d'acupuncture, il n'en est pas de même des masseurs-kinésithérapeutes. En effet, si l'article R. 4127-318 (§ I.2°.i) du code de la santé publique autorise expressément les sage-femmes à cet égard, l'article R. 4321-7 du même code ne vise pas l'acupuncture parmi les techniques que « le masseur-kinésithérapeute est habilité à utiliser ». Au reste, la jurisprudence de la Cour de cassation fait plutôt ressortir que la qualité de masseur-kinésithérapeute n'autorise pas la pratique de l'acupuncture, spécialement lorsqu'elle n'est pas prescrite par un « titulaire du diplôme d'État de docteur en médecine ou d'un diplôme assimilé » (Cass. crim. 16 juin 1987, pourvoi n°86-96.073).

La prise en charge est d'autant moins admissible que l'exercice d'une profession réglementée sans respect de ses règles d'admission est constitutif d'un délit et qu'il ne revient pas aux organismes assureurs de couvrir des risques marqués du sceau de l'illicéité (en ce sens, v. l'ouvrage traditionnel de référence, Picard et Besson, *Le Contrat d'assurance*, LGDJ 1982, n° 25).

MAINTIEN DES GARANTIES

PORТАBILITÉ DES GARANTIES COLLECTIVES

DURÉE ET ÉTENDUE DE LA PORТАBILITÉ

Il y a lieu de rappeler que le calcul de la durée du maintien des garanties dépend de la durée du ou des derniers contrats, sans préjudice de la date à laquelle est intervenue l'affiliation du salarié à la couverture complémentaire proposée par son entreprise, dès lors que les droits « ont été ouverts chez le dernier employeur ».

De surcroît, il n'est pas possible d'arrondir cette durée au mois inférieur puisque selon l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, la durée est appréciée en mois et doit être arrondie au nombre supérieur si nécessaire. Par conséquent, un mois entamé ne peut être soustrait du seul fait qu'il n'a pas été achevé. Cette lecture est dictée par les dispositions d'ordre public et s'impose donc aux institutions de prévoyance.

Les régimes de prévoyance peuvent néanmoins introduire un dispositif plus favorable que celui résultant de la stricte application des dispositions impératives précitées. Ils peuvent cependant réservé ce dispositif plus favorable aux seuls salariés et non à leurs ayants droit.

Si le contrat collectif intègre des garanties surcomplémentaires, bénéficiant aux ayants droit, ces derniers ont ainsi droit au maintien de leurs garanties frais de santé issues du contrat socle et du contrat surcomplémentaire frais de santé. À cet égard, il y a lieu de rappeler que les termes de la notice d'information l'emportent sur ceux du bulletin d'affiliation, ces derniers seraient-ils moins favorables.

CESSATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

À l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 ayant consacré la portabilité des droits en matière de prévoyance, il est ainsi fait état d'un « mécanisme de portabilité [...] mis en place pour éviter une rupture [...] entre le moment où il est mis fin au contrat de travail du salarié et celui où il reprend un autre emploi. »

Prétexte pris des dispositions de l'avenant n°3 du 18 mai 2009, selon lesquelles « pour bénéficier des dispositions relatives au maintien des garanties précitées, l'ancien salarié doit fournir à l'ancien employeur la justification de sa prise en charge par le régime d'assurance chômage », il a été soutenu que la portabilité suppose la réunion de deux conditions : la cessation du contrat de travail et le versement de l'allocation d'aide au retour à l'emploi (ARE). Toutefois, le même avenant dispose que « le dispositif de portabilité entre en application à la date de la cessation du contrat de travail. »

Pour mémoire, lors d'un commentaire de l'article 14 de l'ANI du 11 janvier 2008 établi après échange avec les membres de la commission juridique du CTIP (v. *Prévoyance : questions pratiques sur la mise en œuvre de la portabilité*, JCP S 2009, I, 1400), le soussigné avait exposé que la « contradiction » des termes de l'avenant « peut être dissipée » et que « la portabilité débute au jour de la cessation du contrat de travail ». Il était encore précisé que la prise en charge par l'assurance chômage n'a qu'une portée probatoire et qu'elle ne constitue pas une condition de fond du bénéfice de la portabilité.

Par réponse ministérielle n°71072 du 23 mars 2010, le ministre du Travail, des Relations sociales, de la Famille et de la Solidarité a exposé que l'avenant n°3 du 18 mai 2009 prévoit que « le dispositif de portabilité des droits de prévoyance entre en vigueur dès la cessation du contrat de travail, et non à partir du moment où le salarié est indemnisé par l'assurance chômage. »

Cette solution est particulièrement nécessaire lorsque, comme il est indiqué dans cette réponse, « le salarié (est) en arrêt maladie pendant son préavis ou immédiatement après la fin de son contrat de travail ». Car alors, dans cette hypothèse, « le salarié ne peut produire de documents relatifs à sa prise en charge par le régime d'assurance chômage qu'à l'issue de son arrêt de travail ». La solution adaptée consiste alors à prévoir « un différé pour la présentation du document justifiant le bénéfice de l'assurance chômage, dans l'hypothèse où le salarié souhaiterait bénéficier de la portabilité. »

Le bénéfice de la portabilité profite également au salarié en arrêt de travail puis classé en invalidité, dès lors qu'invalidé il ne peut plus prétendre à la qualité de demandeur d'emploi (art. L. 5411-5 du code du travail).

Au reste, la prise en charge de l'arrêt de travail par la CPAM ne permet pas au bénéficiaire de cumuler indemnités journalières et revenu de remplacement (en ce sens, Cass. soc. 13 octobre 1988, pourvoi n°87-12.917, Bull. civ. V, n°517).

En équité, il est spécialement opportun de relever que la portabilité a précisément pour but de permettre la prise

en charge de situations aussi critiques que celle vécue par un plaignant en situation d'incapacité ou d'invalidité et qu'il serait inattendu de la vider de sa substance au seul prétexte d'une chronologie spécialement malheureuse et malencontreuse.

Le droit à la portabilité dès la cessation de la relation de travail ne saurait cependant avoir pour conséquence d'allouer à un chômeur malade ou invalide une allocation d'un montant supérieur à celle que percevrait un chômeur valide. Aussi bien l'avenant du 18 mai 2009 dispose-t-il que « les droits garantis par le régime de prévoyance au titre de l'incapacité temporaire ne peuvent 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 ». Dans l'hypothèse d'un ancien salarié malade au moment où cesse la relation de travail, les prestations dues par l'institution de prévoyance doivent donc être calculées en considération du montant théorique des allocations chômage. L'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, créé par la loi n°2013-504 du 14 juin 2013, dispose encore 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. »

MENSUALISATION ET FRANCHISE

La portabilité entraîne le maintien des garanties telles qu'elles sont stipulées au contrat collectif. D'où il suit qu'au cas où celui-ci prévoit une franchise, notamment liée au mécanisme de mensualisation, il y a lieu d'en faire application. Que décider lorsque le salarié qui demande le bénéfice de la portabilité perd dans le même temps le bénéfice de la mensualisation ?

Le médiateur rappelle l'analyse qu'il avait faite de l'articulation entre le mécanisme dit de la mensualisation, tel qu'il résulte aujourd'hui de l'article L. 1226-1 du code du travail, et les dispositifs de portabilité au lendemain de l'ANI du 11 janvier 2008 :

« Selon la Cour de cassation, en effet, le revenu de remplacement ne constitue pas un avantage supplémentaire relevant de la prévoyance. De fait, il ne s'agit pas d'un dispositif résultant de l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale mais d'une obligation légale de l'employeur (éventuellement renforcée par un accord collectif) imposée par l'article L. 1226-1 du code du travail. Or, aux termes de l'avenant du 18 mai 2009, la portabilité ne concerne que les « garanties complémentaires ». Au reste, l'avenant fait référence aux dispositions de l'article L. 911-1.

Dans ces conditions, en l'état des textes et de la jurisprudence actuels, il est raisonnablement permis de penser que la mensualisation n'entre pas dans le champ de la portabilité.

À cet égard, « **le prestataire doit entirer les conséquences lorsqu'il reporte son intervention en considération de la mensualisation. La perte de cette dernière justifie logiquement l'absence de report.** »

(*La Semaine juridique*, éd. S 2009, 1400, n°5).

Lorsqu'un délai de franchise est défini en considération du maintien du salaire à la charge de l'employeur, il est cohérent que la perte de ce droit au maintien du fait du licenciement du salarié évite à ce dernier de subir la franchise.

Si une franchise est contractuellement permise, elle doit être prévue abstraction faite du droit au maintien du salaire pour être opposable au bénéficiaire de la portabilité. Naturellement, et ainsi qu'il a été dit, le droit à indemnisation de l'incapacité temporaire de travail 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 » (art. 14 de l'ANI du 11 janvier 2008). D'où il suit que l'adoption d'une franchise propre aux bénéficiaires de la portabilité n'a pas pour effet de les faire bénéficier de manière indue d'une prise en charge par l'institution de prévoyance du droit au maintien du salaire.

PORTRABILITÉ ET ADHÉSION INDIVIDUELLE

Que décider lorsqu'un salarié susceptible de bénéficier de la portabilité procède à une adhésion individuelle dont la conséquence est de lui allouer des garanties moindres que celles résultant du contrat collectif ?

En pareille occurrence, il y a de bonnes raisons de privilégier l'application du contrat collectif.

L'article L. 914-1 du code de la sécurité sociale rappelle que les dispositions du Titre I^{er} du Livre IX du code de la sécurité sociale sont d'ordre public.

Or, selon les termes de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, « Les salariés garantis collectivement [...] 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.

[...]

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

Il n'est donc pas conforme aux dispositions impératives de ce texte de priver un salarié du bénéfice des garanties en vigueur dans l'entreprise en lui faisant signer une déclaration d'adhésion individuelle à un régime de garantie nettement moins favorable.

En tout état de cause, il est douteux qu'avant de signer sa déclaration d'affiliation à ce régime, le participant soit exactement informé de la portée de son engagement et de la perte des avantages résultant de l'application de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale.

Il n'est pas certain que le consentement soit suffisamment éclairé pour donner quelque portée à l'adhésion individuelle.

PORTRABILITÉ, RÉSILIATION DU CONTRAT COLLECTIF, LIQUIDATION

Sauf exception, comme celle résultant de l'article 7 de la loi Évin du 31 décembre 1989, la résiliation d'un contrat collectif fait perdre aux participants le bénéfice des garanties qui en résultent. Cette solution de principe s'impose alors surtout qu'elle résulte des stipulations du contrat collectif (Cass. civ. 1^{re} 18 mars 2003, pourvoi n°99-20.313, Bull. civ. I n°76). Elle se déduit du particularisme propre aux assurances collectives qui se construisent sur une relation contractuelle tripartite. Là où un contrat crée un rapport de droit, le contrat collectif en suppose trois. Que l'un d'entre eux cesse et l'ensemble se déconstruit. Pour dire les choses en termes géométriques, s'il manque un des trois côtés, il ne peut y avoir de triangle.

Les dispositions impératives issues de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale qui consacrent le mécanisme dit de la portabilité des garanties prévoyance et frais de santé au bénéfice des salariés licenciés permettent d'éviter cette fatalité géométrique. La rupture de la relation de travail évite la perte des garanties issues du contrat collectif.

Mais que décider lorsque le lien qui s'efface est celui qui se noue entre l'entreprise employeur et l'institution de prévoyance, spécialement en raison de la défaillance de l'entreprise ? Cette question a donné lieu à de nombreuses réflexions doctrinales, notamment dans l'hypothèse où la cessation des garanties est corrélée à la liquidation judiciaire de l'entreprise employeur.

La Cour de cassation juge d'ailleurs, lorsque la question est posée à l'occasion d'une procédure en référé, que la cessation des garanties en cas de liquidation judiciaire ne peut être considérée comme un trouble manifestement illicite obligeant l'organisme assureur à maintenir les garanties au titre de la portabilité (Cass. civ. 2^e 18 janvier 2018, pourvoi n°17-10.636, publié au bulletin).

La Cour de cassation a au reste dit pour avis que :

« Les dispositions de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale sont applicables aux anciens salariés licenciés d'un employeur placé en liquidation judiciaire qui remplissent les conditions fixées par ce texte. Toutefois, le maintien des droits implique que le contrat ou l'adhésion liant l'employeur à l'organisme assureur **ne soit pas résilié. »** (Cass. 6 novembre 2017, Avis n°17013, avec le rapport très éclairant de Madame le Conseiller TOUATI).

On comprend de ces deux décisions, confirmées par la jurisprudence ultérieure (Cass. civ. 2^e 5 novembre 2020 pourvoi n°19-17.164, P+B+I ; Cass. civ. 2^e 10 mars 2022, pourvoi n°20-20.898, publié au bulletin) que la liquidation judiciaire ne suffit pas à provoquer la résiliation du contrat collectif, mais que celle-ci est possible, une fois la procédure ouverte, et que la décision prise s'impose aux salariés bénéficiaires de la portabilité.

Le contrat collectif doit donc bien prévoir le maintien des garanties en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de l'adhérent, mais rien n'empêche de prévoir la résiliation de plein droit dans l'hypothèse de la cessation d'activité de l'entreprise ou du groupe d'entreprise. Les dispositions impératives de l'article L. 911-8 du code de la sécurité sociale, telles que les interprète la Cour de cassation, ne s'y opposent pas.

Il est d'ailleurs important de relever que, dans son communiqué explicatif de son avis précité du 6 novembre 2017, la Cour de cassation se réfère exclusivement à l'hypothèse de « la liquidation judiciaire » de l'entreprise employeur et retient que l'esprit du texte est de ne pas faire subir aux salariés les conséquences de l'insolvabilité de leur employeur.

Ainsi, lorsque la liquidation est amiable et procède de la décision volontaire des associés d'une société de cesser

l'activité de cette dernière, la résiliation du contrat collectif est inéluctable. Il serait pour le moins surprenant que les associés d'une société qui décident, sans y être contraints par une situation d'insolvabilité, de mettre un terme à leur activité et de ne plus contribuer en qualité d'entreprise adhérente au financement d'un contrat collectif puissent se dédouaner sur l'organisme assureur de la charge des garanties résultant de ce contrat. Faire signer aux salariés des déclarations de maintien des garanties ne change rien à cette solution et ne fait que révéler l'insuffisante rigueur de la société employeur lors de la liquidation de celle-ci. Cette démarche ne fait que créer au détriment des anciens salariés l'illusion d'un maintien des garanties que n'impose aucun texte.

Il est important de préciser qu'en cas de procédure collective, les dispositions du code de commerce sur la résiliation des contrats en cours prévalent sur les règles spéciales applicables auxdits contrats, spécialement celles du code des assurances (Cass. com. 15 novembre 2016, pourvoi n°14-27.045, publié au bulletin) et, par analogie, celles du code de la sécurité sociale lorsqu'elles sont de même teneur. Les dispositions de l'article L. 641-11-1 du code de commerce s'appliquent en conséquence prioritairement à celles de l'article L. 113-3 du code des assurances ou de l'article L. 932-9 du code de la sécurité sociale, ces dernières prévoyant dans les mêmes termes une procédure spécifique de résiliation pour défaut de paiement des primes ou des cotisations. Or, selon les dispositions de l'article L. 641-11-1 du code de commerce, seul le liquidateur peut décider ou non de la continuité du contrat ou de sa résiliation suivant la procédure de liquidation judiciaire prévue à cet article. Dès lors que la procédure prescrite par l'article L. 641-11-1 du code de commerce a été respectée, la résiliation du contrat frais de santé est donc régulièrement intervenue. De sorte que les anciens salariés de la société liquidée ne peuvent bénéficier du maintien des garanties frais de santé, prétexte pris du non-respect des règles spéciales applicables à la résiliation pour défaut de paiement des cotisations. En revanche, en-dehors des textes susvisés, le créancier du débiteur placé en liquidation judiciaire est en droit de demander la résiliation du contrat continué sur le fondement d'une disposition légale ou contractuelle applicable à ce contrat. Tel est le cas, par exemple, de la résiliation sur le fondement des articles L. 113-12 du code des assurances et L. 932-12 du code de la sécurité sociale, ce dernier disposant que « L'adhérent et l'institution de prévoyance peuvent dénoncer l'adhésion ou résilier le contrat tous les ans selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat. Ce droit est mentionné dans chaque bulletin d'adhésion ou contrat. »

En cas de résiliation, **il revient au liquidateur d'informer les anciens salariés de la résiliation** du contrat collectif

frais de santé. Par principe, dans le cadre d'un contrat collectif d'entreprise, l'employeur (adhérent) est tenu de remettre la notice d'information établie par l'institution de prévoyance (assureur) au salarié (participant). Toutefois, il est difficile de maintenir le principe d'une relation tripartite lorsque le participant n'est plus salarié de l'entreprise, car alors un lien direct s'établit entre l'institution de prévoyance et le participant assuré. En principe, et même si la jurisprudence n'est pas fixée, l'information par la transmission de la notice devrait alors être le fait de l'institution de prévoyance, précision étant faite que « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation » (Cass. civ. 1^{re} 14 janvier 2003, pourvoi n°00-16.605). Mais la situation est encore différente en cas de mise en liquidation judiciaire de l'employeur. En effet, les salariés conservent un interlocuteur au sein de leur entreprise, en la personne du liquidateur, lequel doit alors délivrer l'information sur l'éventualité d'une résiliation du contrat collectif.

MAINTIEN DES GARANTIES FRAIS DE SANTÉ (ARTICLE 4 DE LA LOI ÉVIN)

L'article 4 de la loi n°89-1009 du 31 décembre 1989, dite « loi Évin », prévoit le maintien des garanties au profit des anciens salariés, précision étant faite que selon l'article 1er du décret n°90-769 du 30 août 1990, « les tarifs applicables [...] sont plafonnés, à compter de la date d'effet du contrat ou de l'adhésion, selon les modalités suivantes :

- 1^o La première année, les tarifs ne peuvent être supérieurs aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs ;
- 2^o La deuxième année, les tarifs ne peuvent être supérieurs de plus de 25 % aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs ;
- 3^o La troisième année, les tarifs ne peuvent être supérieurs de plus de 50 % aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs. »

La lecture des dispositions susvisées fait apparaître que la détermination du tarif n'est pas basée sur la seule cotisation salariale acquittée par l'assuré lorsqu'il était en activité mais sur **la globalité du tarif appliqué aux salariés actifs**.

Par un arrêt rendu le 7 février 2008, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé « 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 » (pourvoi n°06-15.006, Bull. civ. II, n°25). Elle a ainsi censuré un arrêt qui avait admis que soient maintenues des garanties proches, et non identiques, à celles offertes au salarié en exercice. Dans ce dossier, dit Azoulay, la cour d'appel de Lyon, désignée comme cour de renvoi, a jugé le 13 janvier 2009 (RG 08/02875) « que le maintien de la couverture ne peut profiter aux ayants droit de M. Azoulay, puisque l'article 4 de la loi du 31 décembre 1989 ne vise que les anciens salariés et que le maintien au profit des ayants droit n'est prévu qu'en cas de décès de l'assuré pendant une durée minimale de douze mois, à condition que les intéressés en fassent la demande. »

Quelque discutable qu'elle soit, cette solution autorise les organismes assureurs à calculer le tarif applicable aux anciens salariés considérés individuellement en fonction du tarif global applicable aux salariés actifs et en tenant compte de l'actualisation de ce dernier.

Concrètement, dans l'hypothèse où un salarié actif cotise pour une couverture bénéficiant à ses ayants droit, son licenciement ou sa mise à la retraite peuvent se traduire par une augmentation progressive de sa cotisation et une exclusion de ses ayants droit du bénéfice de la couverture, lesquels n'ont alors d'autre possibilité que d'adhérer et de cotiser à titre personnel à une complémentaire, éventuellement celle auprès de laquelle le participant a sollicité le maintien de ses garanties.

QUESTIONS GÉNÉRALES

Des demandes récurrentes concernent des questions transversales susceptibles de se poser à propos de tous types de garanties.

INTÉGRITÉ DES GARANTIES

Les stipulations du contrat collectif ne peuvent avoir pour effet de vider la garantie de sa substance (Cass. civ. 2^e 9 février 2012, pourvoi n°10-31.057, Bull. II n°22).

De cette directive générale, les applications sont relativement rares. Pour autant, il en est quelques-unes, spécialement à propos des garanties invalidité. Leurs enseignements sont susceptibles de généralisation.

Ainsi, les stipulations qui excluent le versement d'une rente complémentaire d'invalidité « **lorsque le participant reprend une activité professionnelle salariée ou non** » ne peuvent être interprétées comme privant ce dernier de toute prise en charge dès lors qu'il exerce une activité professionnelle à temps partiel compatible avec le maintien de son allocation d'aide au retour à l'emploi.

La jurisprudence constituée, certes rendue au visa de l'article L. 113-1 du code des assurances, est de portée générale en ce qu'elle est l'expression de la règle de droit commun selon laquelle doit être réputée non écrite la clause qui « contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur » (v. par ex. Cass. com. 29 juin 2010, pourvoi n°09-11.841, Bull. IV n°115 ; Cass. ch. Mixte 22 avril 2005, pourvoi n°03-14.112, Bull. n°4) et qui figure aujourd'hui à l'article 1170 du Code civil.

Or, l'interprétation de la clause comme excluant le versement d'une rente en cas de reprise d'activité revient à vider de sa substance la garantie prévue en cas d'invalidité. En effet, l'objet de la garantie invalidité est de pallier une perte de revenus de sorte que le participant qui, en situation d'invalidité, limite l'ampleur de cette perte en reprenant une activité à temps partiel, très faiblement rémunérée le plus souvent, ne peut être privé du bénéfice de la garantie. Le participant invalide, qu'il travaille ou non, est en droit de

percevoir une rente propre à pallier sa perte de revenus. Au demeurant, lorsque le participant poursuit une activité à temps partiel, il limite la charge de l'organisme assureur. Il serait pour le moins inéquitable que le choix vertueux du participant opère à son désavantage.

Naturellement, le cumul de ces différentes ressources ne peut avoir pour conséquence la perception par le participant de sommes supérieures au montant de son traitement de base ayant servi au calcul des indemnités ou de la rente complémentaire. D'où la règle de cumul généralement prévue par le contrat collectif ou le règlement des institutions de prévoyance. Au reste, si la reprise d'une activité crée une suspicion sur la réalité de l'état d'invalidité du participant, l'institution a généralement la possibilité, comme il est souvent prévu dans le règlement, de procéder à un contrôle médical. On indiquera cependant que selon la jurisprudence de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, « l'attribution d'une pension d'invalidité de la deuxième catégorie, au sens de l'article L. 341-4 du code de la sécurité sociale, par un organisme de sécurité sociale n'implique pas que son bénéficiaire soit inapte au travail au sens de l'article L. 351-1, devenu L. 5421-1 du code du travail » (Cass. civ. 2^e 8 avril 2010, pourvoi n°08-70.464).

Ainsi, sauf à priver de sa substance la garantie due en cas d'invalidité, il ne peut être décidé de priver le participant du bénéfice de la rente complémentaire au seul prétexte qu'il reprend une activité à temps partiel rémunérée à un montant nettement inférieur à celui de la rente complémentaire. Il en est d'autant plus ainsi que le travail réalisé par l'invalidé s'inscrit dans un programme de réinsertion conduit par des organismes dédiés et qu'il est précisément destiné à des personnes qui présentent une situation apparentée à un handicap.

En tout état de cause, il est au reste permis de considérer, de manière plus générale, que la suppression définitive de la rente reviendrait à assimiler l'exercice d'une activité professionnelle à **une cause de déchéance** de la garantie invalidité. Or, l'article L. 932-6 du code de la sécurité sociale dispose que :

« L'institution de prévoyance établit une notice qui définit les garanties souscrites par contrat ou par adhésion à un règlement et leurs modalités d'entrée en vigueur, ainsi que les formalités à accomplir en cas de réalisation du risque. Elle précise également le contenu des **clauses** édictant des nullités, des **déchéances** ou des exclusions ou limitations de garantie ainsi que des délais de prescription. »

Au reste, l'article R. 932-1-4 du code de la sécurité sociale prévoit, à l'image de l'article L. 112-4 du code des assurances que « les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ou limitations

de garantie sont mentionnées dans la notice d'information prévue à l'article L. 932-6 **en caractères très apparents.** »

Ces exigences légales et réglementaires imposent *a minima* qu'une clause prévoyant mécaniquement la perte définitive de la garantie invalidité en cas de reprise d'une activité rémunérée soit **expressément présentée** comme une clause de déchéance. Et il serait au reste préférable qu'elle « figure en caractères très apparents, de manière à attirer spécialement l'attention » du participant (comp. Cass. civ. 2^e 27 mars 2014, pourvoi n°13-15.835 ; Cass. civ. 2^e 15 décembre 2011, pourvoi n°10-26.983).

In fine, il sera rappelé qu'aux termes de l'article L. 932-8 du code de la sécurité sociale, « sont nulles : [...] toutes clauses frappant de déchéance le participant ou le bénéficiaire à raison de simple retard apporté par lui sans intention frauduleuse à la déclaration relative à la réalisation du risque aux autorités ou à des productions de pièces, sans préjudice du droit pour l'institution de prévoyance de réclamer une indemnité proportionnée au dommage que ce retard lui a causé. »

Le texte vise la déchéance pour cause de déclaration tardive et non pour reprise d'activité, mais l'analogie est permise. Il est de fait l'illustration d'une directive plus générale de laquelle il résulte qu'une déchéance n'est justifiée qu'autant qu'elle procède d'un manquement du participant, portant préjudice à la collectivité des bénéficiaires du régime de prévoyance. Au moins en équité, sinon en droit, il est donc discutable de pénaliser un participant qui, en situation d'invalidité, limite l'ampleur de la charge pesant sur le régime de prévoyance en reprenant une activité à temps partiel pour un temps donné.

Une autre application du principe, selon lequel les stipulations du contrat collectif ne peuvent avoir pour effet de vider la garantie de sa substance, peut avoir une incidence sur la détermination du salaire de référence servant de base de calcul d'une rente d'invalidité.

Tel est le cas lorsque ce salaire est déterminé en considération de la période antérieure au classement en invalidité et non de celle ayant précédé l'arrêt de travail de longue durée dont l'invalidité est une suite.

Dans cette configuration, la pension de la Sécurité sociale, calculée en considération d'un salaire de référence pour l'exercice d'une activité à temps plein (méthode de calcul de la Sécurité sociale : moyenne des salaires annuels des dix meilleures années - v. article R. 341-4 du code de la sécurité sociale) sera nécessairement d'un niveau supérieur au salaire de référence déterminé en considération des indemnités journalières versées au titre d'un arrêt de travail.

Dans ce cas, l'application d'une règle de cumul plafonnant la rente au salaire de référence antérieur à l'invalidité et non à l'arrêt de travail conduit à l'absence d'intervention de l'organisme assureur dès lors que le régime de Sécurité sociale verse alors en toute occurrence une prestation supérieure à celle garantie par le contrat de prévoyance.

Il ne paraît donc pas possible de retenir une telle application qui revient à dispenser l'institution de toute garantie dans l'hypothèse pourtant fréquente où la mise en invalidité est précédée d'un arrêt de travail de longue durée.

Il est alors plus conforme à l'esprit de la garantie invalidité de retenir le salaire perçu par le participant avant son arrêt de travail.

NOTICES D'INFORMATION

Lorsqu'une institution de prévoyance oppose les termes d'une notice à un participant, il est fréquent que celui-ci invoque l'absence de remise de cette dernière, plus rarement les inexactitudes ou ambiguïtés que celle-ci comporte.

ABSENCE DE REMISE

La notice est établie par l'institution, qui la remet à l'adhérent, à charge pour ce dernier de la remettre au participant.

Concernant la remise par l'institution à l'adhérent, il revient à l'institution de prévoyance de justifier qu'elle a bien transmis la notice à l'employeur. En effet, il est de principe en jurisprudence que le débiteur d'une obligation d'information supporte la charge de la preuve de la bonne exécution de cette obligation (v. par exemple Cass. civ. 1^e 15 mai 2002, pourvoi n°99-21.521, publié au bulletin ; Cass. civ. 1^e 13 décembre 2012, pourvoi n°11-27.766).

Il revient en conséquence à l'institution de justifier que :

- À la date du sinistre, elle avait établi une notice contenant les stipulations (par ex. celles relatives à la prescription) qu'elle entend opposer au participant ;
- La notice a bien été transmise à l'employeur adhérent en temps utile.

Concernant la remise par l'adhérent au participant, une jurisprudence constante interprète les dispositions de l'article L. 932-6 du code de la sécurité sociale en ces termes :

« Selon ce texte, l'institution de prévoyance établit une notice qui définit les garanties souscrites, leurs modalités d'entrée en vigueur, les formalités à accomplir en cas de réalisation du risque, et qui précise le contenu des clauses édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ou limitations de garantie, ainsi que des délais de prescription ; la preuve de la remise de la notice au participant par l'adhérent incombe à ce dernier » (v. par ex. Cass. civ. 2^e 23 octobre 2014, pourvoi n°13-23.235 ; v. également Cass. civ. 2^e 11 septembre 2014, pourvoi n°13-19.439, Bull. civ. II n°182 ; Cass. civ. 2^e 8 juillet 2010, pourvoi n°09-16.417).

Les mêmes principes s'appliquent en cas de modification des garanties souscrites et la notice explicitant les termes des garanties modifiées doit être remise par l'adhérent au participant (v. Cass. civ. 2^e 18 avril 2013, pourvoi n°12-17.598).

La preuve de la remise de la notice incombe donc à l'adhérent, c'est-à-dire l'employeur ayant souscrit le contrat collectif pour le compte de ses salariés, de sorte que l'institution de prévoyance ne saurait répondre d'un éventuel manquement de l'employeur.

Si le défaut de remise de la notice est imputable à l'employeur, l'institution peut donc opposer les termes de la notice au participant.

La Cour de cassation juge en effet « que l'inobservation par l'employeur des règles relatives à l'information des salariés, en ce qui concerne notamment les garanties, ne leur ouvre pas le droit de demander l'inopposabilité du contrat souscrit par leur employeur et auquel ils sont tenus d'adhérer » (Cass. soc. 20 mars 2007, pourvoi n°05-13.130).

En cas de défaut d'information imputable à l'employeur, soit qu'il porte sur le contrat lui-même, soit encore qu'il ait pour objet une modification de ce contrat, cette carence ouvre simplement droit à une action du salarié contre son employeur au terme de laquelle il peut obtenir l'indemnisation de la « perte de chance d'obtenir, par une souscription individuelle à un contrat de prévoyance, une garantie comparable » (Cass. soc. 18 mai 2011, pourvoi n°09-42.741, Bull. V n°119 ; Cass. soc. 4 novembre 2016, pourvoi n°15-24.148).

Ces solutions sont cependant à nuancer lorsque le participant est décédé. Dans ce cas, la notice d'information modifiée ne peut lui être délivrée. Il est par ailleurs constant en jurisprudence que « la stipulation fait naître au profit du tiers bénéficiaire, un droit direct contre le promettant ». Considérant que la garantie décès s'apparente à une stipulation pour autrui au sein de laquelle l'organisme assureur est en situation de promettant à

l'égard du bénéficiaire (la solution date d'un arrêt de la Cour de cassation du 16 juillet 1888, Bull. 1888 n°11, et est aujourd'hui reprise à l'article 1206 du Code civil), il s'ensuit que le bénéficiaire est en quelque sorte un tiers apparenté à une partie par l'effet de la stipulation pour autrui. Dès lors, l'institution de prévoyance est tenue de transmettre au tiers bénéficiaire la nouvelle notice d'information intégrant les modifications opérées par l'avenant au contrat collectif.

Il est fait exception à ces solutions, lorsque la notice est relative à une opération individuelle. En ce cas, la notice doit être remise au participant. En cas de modifications apportées aux droits et obligations du participant, l'institution doit remettre une nouvelle notice d'information, laquelle peut s'effectuer par tout moyen sous réserve qu'elle intervienne trois mois avant la prise d'effet desdites modifications, sauf à ce que ces dernières ne soient pas opposables à l'assuré.

CAS DES SALARIÉS BÉNÉFICIANT DU MAINTIEN DES GARANTIES

La remise de la notice au participant assuré est donc le fait de l'employeur et non de l'institution de prévoyance. Les dispositions de l'article L. 932-6 du code de la sécurité sociale sont cependant difficilement applicables lorsque le bénéfice du contrat collectif est maintenu au profit des anciens salariés ou de leurs ayants droit au titre de ce qui est alors une adhésion individuelle, car alors un lien direct s'établit entre l'institution de prévoyance et le participant assuré.

En principe, la transmission de la notice doit alors être le fait de l'institution de prévoyance, précision étant faite que « celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation » (Cass. civ. 1^e 14 janvier 2003, pourvoi n°00-16.605). Cette solution s'impose tout particulièrement au bénéfice des retraités.

INEXACTITUDES OU AMBIGUITÉS DE LA NOTICE

La notice est établie par les institutions de prévoyance et il est normal qu'elles en assument les imperfections.

L'article 1190 du Code civil dispose en effet et en termes généraux que « le contrat d'adhésion (s'interprète) contre celui qui l'a proposé ». L'article 1189 du même code dispose cependant que « toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier ». Dans ces conditions, il est permis d'interpréter les stipulations de la notice à la lumière du tableau des garanties, lequel fait partie intégrante de la notice.

Si la confrontation de ces deux textes permet de lever l'ambiguïté, il n'y a donc pas lieu d'interpréter les termes de la notice au détriment du participant. Par exemple, la notice qui prévoit le remboursement des « médicaments et pharmacie prescrits non remboursés par la Sécurité sociale » laisse penser que les produits disponibles en pharmacie, seraient-ils de parapharmacie, donnent lieu à remboursement dès lors qu'ils figurent sur une ordonnance médicale. Si le tableau des garanties précise clairement que la prise en charge vise seulement les médicaments ne donnant pas lieu à remboursement, l'ambiguïté est levée et il n'y a pas lieu à remboursement des produits de parapharmacie.

Dans le même esprit, le fait que les cotisations soient uniquement calculées sur les tranches de salaire A et B n'autorise pas l'institution de prévoyance à plafonner le montant de son indemnisation en considération de ces tranches de salaire.

En effet, les droits à prestations des participants sont définis par les clauses ayant pour objet les garanties accordées à ces derniers. Les stipulations relatives aux cotisations concernent les rapports entre l'employeur adhérent et l'institution de prévoyance, rappel étant fait que l'ensemble de ces cotisations, en ce compris celles dues par le salarié, sont calculées par l'employeur et directement versées par ce dernier entre les mains de l'institution de prévoyance.

Il n'y a donc pas lieu de déduire des stipulations relatives au calcul des cotisations, l'étendue des garanties dues au participant.

Une autre source d'ambiguïté peut tenir aux **difficultés d'articulations entre la notice, le contrat collectif** dont celle-ci est censée répercuter le contenu et la **convention collective** à l'origine de la souscription de ce contrat.

En cas de contrariété entre la notice et le contrat collectif, il y a lieu de faire application d'un principe de faveur. Il s'ensuit que les clauses du contrat plus restrictives que celles de la notice sont inopposables au participant (v. par ex. Cass. civ. 1^{re} 23 juin 1998, pourvoi n°96-11.239, Bull. n°221). Inversement, il y a lieu d'appliquer les stipulations du contrat plus favorables que les informations portées sur la notice.

La solution n'est pas exactement la même en cas de contrariété entre la notice et la convention collective dont est issu le régime de prévoyance. Les stipulations de la notice s'imposent au détriment de celles moins favorables de la convention collective. En revanche, cette solution n'est pas réversible. Une convention collective nationale est un texte relevant du droit du travail qui détermine à

une échelle nationale et professionnelle les droits et obligations des employeurs et des salariés. Elle ne lie pas l'institution de prévoyance qui est engagée par les seuls termes du contrat collectif. Il en est d'autant plus ainsi qu'il revient à l'employeur, au moment de l'adhésion au régime de prévoyance, de déclarer la convention collective dont les dispositions sont appliquées dans son entreprise. L'institution de prévoyance ne saurait répondre des éventuels manquements ou erreurs de l'employeur au moment de l'adhésion et peut opposer en conséquence les termes de la notice d'information au participant. D'où il suit qu'au cas où les termes de la notice et de la convention collective diffèrent, les premiers s'imposent. Sauf faute de l'institution de prévoyance, c'est à l'employeur ayant adhéré à un contrat collectif non conforme aux dispositions de la convention collective, d'assumer ses engagements à l'égard de ses salariés. L'institution de prévoyance ne répond pas de cette situation.

DEVOIR DE CONSEIL

La remise d'une notice n'épuise pas les obligations d'information et de conseil des institutions de prévoyance.

En effet, ces dernières sont tenues à un devoir de conseil au bénéfice de leurs assurés, spécialement lors de la conclusion du contrat. La Cour de cassation a ainsi retenu sur ce sujet que « la clarté des stipulations d'une police d'assurance définissant les garanties et en fixant le montant n'est pas exclusive d'un manquement de l'assureur à son devoir de conseil, dès lors qu'il est établi que c'est sur les conseils erronés de l'assureur que ces stipulations ont été acceptées par l'assuré » (Cass. civ. 1^{re} 9 mai 2001, pourvoi n°98-20.107, RGDA 2001, p. 1051). La Cour de cassation a par ailleurs admis que « le préjudice né du manquement commis à ce devoir correspondant à l'absence de couverture du risque survenu, la réparation pouvait être du montant de la couverture de ce risque » (Cass. civ. 1^{re} 10 févr. 1987, pourvoi n°85-15.329, Bull. civ. I, n°44). Ces solutions s'imposent tout spécialement en cas d'adhésion individuelle.

RÉPÉTITION DE L'INDU

Il est fréquent que le médiateur soit saisi de contestations formées par des participants pour s'opposer à une demande de répétition de l'indu formée par une institution de prévoyance. Le médiateur regrette cette situation dans la mesure où le plus souvent, la demande en répétition porte sur un indu constaté en conséquence d'une erreur de gestion. Il n'en reste pas moins qu'au fil des avis, le

médiateur a élaboré une doctrine, conforme aux solutions acquises en jurisprudence.

PAIEMENT INDU ET DÉCISION ERRONÉE

La distinction doit être faite entre paiement indu et nullité pour erreur d'une décision. Dans le premier cas, l'institution sert une prestation qui n'est pas due et, sauf à tenir compte de sa responsabilité, peut prétendre à répétition. Dans le second cas, l'institution a préalablement et délibérément pris la décision d'accorder telle ou telle garantie à un participant et lui a servi en conséquence la prestation due au titre de cette garantie. Si elle estime s'être trompée lors de la prise de décision, elle ne peut prétendre à restitution des prestations servies selon les règles de la répétition de l'indu.

Comme l'a jugé la Cour de cassation, « les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu, mais seulement des règles de la nullité » (Cass. civ. 1^{re} 24 septembre 2002, pourvoi n°00-21.278, Bull. civ. I n°218).

Il ne s'agit pas de revenir sur un paiement, mais sur l'accord dont celui-ci procède et, le plus souvent, bien d'autres encore. La remise en cause est d'une ampleur plus conséquente et ne s'apparente pas à une simple répétition de l'indu. Le remboursement de l'institution ne peut donc se fonder sur le seul régime de cette répétition. Il passe par une démonstration, à la charge de l'institution, de la nullité de la décision qui a été prise. À défaut de quoi, cette décision prime sur l'erreur commise et doit en conséquence recevoir application.

De surcroît, une erreur n'est cause de nullité qu'autant qu'elle est certaine (ou réelle) au moment de l'accord et, de surcroît, excusable.

À ce dernier égard, il est permis de retenir le caractère « inexcusable » de l'erreur émanant d'un organisme assureur qui, dans le domaine de la prévoyance, est à cet égard réputé disposer de la compétence requise. Ainsi a-t-il été jugé qu'une « mutuelle », « en sa qualité de professionnelle de l'assurance [commet] une erreur inexcusable » en se trompant sur la nature des prestations reçues par son assuré (Cass. civ. 1^{re} 25 mai 2004, pourvoi n°00-22.436).

Confronté à une situation dans laquelle l'erreur alléguée ne permettait pas de fonder une action en répétition de l'indu et ne présentait pas les caractéristiques requises aux fins de justifier l'annulation de la décision prise par l'institution, le médiateur considère donc que le participant doit être dispensé de rembourser les prestations versées de manière indue.

INDU ET REQUALIFICATION DES PRESTATIONS

Il arrive qu'une invalidité fasse l'objet d'une requalification judiciaire en incapacité permanente, conséquence d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. Dans cette hypothèse, la requalification de l'arrêt de travail peut donner lieu à une réévaluation à la hausse des indemnités journalières servies par la CPAM, de sorte que la rente complémentaire versée par l'institution au titre de l'invalidité, en considération d'une indemnisation plus faible au titre de l'invalidité, s'avère rétroactivement d'un montant trop élevé ; d'où l'existence d'un indu.

En ce cas, l'indu ne procède pas d'une erreur de l'institution de prévoyance dès lors que les indemnités journalières complémentaires et la rente complémentaire d'invalidité ont été calculées sur la base des informations fournies par la Sécurité sociale. L'indu n'est pas non plus imputable au participant dont la requalification de l'arrêt de travail au titre de la législation relative aux AT-MP par la CPAM est intervenue tardivement. S'il est l'auteur de la demande de reconnaissance du caractère professionnel de son affection, il ne pouvait avoir de certitudes sur l'obtention de la requalification qu'il sollicitait. Et aucune mauvaise foi ne peut lui être imputée dès lors que la requalification procède de l'exercice du droit d'agir en justice, qui est un droit fondamental, et que le jugement obtenu en conséquence de l'action en justice a un effet déclaratif, donc rétroactif.

Dans un tel contexte et en équité, le médiateur recommande que l'institution de prévoyance renonce à solliciter la répétition de l'indu lorsque la requalification en maladie professionnelle d'une affection à l'origine d'une invalidité opère au désavantage du salarié concerné, au moins sous l'angle de la prévoyance. Tel est le cas, par exemple, si la requalification entraîne la perte pour le participant de sa rente complémentaire d'invalidité, sans qu'y soit substituée une rente liée au caractère professionnel de son affection. La réclamation d'un indu, au titre de l'invalidité, s'apparente alors pour le participant à une « double peine » alors de surcroît que la requalification emporte une économie pour l'institution de prévoyance, qui n'est plus tenue de servir quelque rente que ce soit.

Il est certain que le participant à l'origine de la demande de requalification eût été bien avisé de mieux mesurer les conséquences potentiellement défavorables sur son régime de prévoyance de l'exercice de sa demande en justice. En même temps et toujours en équité, il est difficile au médiateur de proposer une solution qui reviendrait à pénaliser un participant n'ayant fait qu'exercer son droit d'agir en justice, lequel, ainsi qu'il a été dit, reste un droit fondamental consacré comme tel par l'article 6.1 de la CEDH, qui plus est avec succès, pour obtenir *in fine*

l'exacte qualification juridique de sa situation personnelle. *Summum jus, sumnum injuria* (« Droit porté à l'extrême, extrême injustice »).

ÉTENDUE DE L'INDU

Il est certain que **l'erreur n'est pas créatrice de droit** et qu'en conséquence, les versements effectués de manière erronée par une institution de prévoyance ne créent aucun droit au profit des bénéficiaires desdits versements (Cass. soc. 10 mai 1979, pourvoi n°78-40.296, Bull. n°408 ; Cass. soc. 14 novembre 1996, pourvoi n°95-11.789, Bull. n°388). L'erreur de gestion ne doit donc pas conduire à priver par principe l'institution de son droit à répétition (v. par ex. Cass. civ. 1^{re} 27 février 1996, pourvoi n°94-12.645, Bull. civ. I n°105).

Pour autant, les règles de la répétition de l'indu sont telles qu'elles empêchent souvent le remboursement intégral des rentes indûment versées.

Selon la jurisprudence, « l'absence de faute de celui qui a payé ne constitue pas une condition de mise en œuvre de l'action en répétition de l'indu, sauf à déduire, le cas échéant, de la somme répétée, les dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice résultant pour l'accipiens de la faute commise par le solvens » (Cass. civ. 1^{re} 17 février 2010, pourvoi n°08-17.989, Bull. civ. I n°41 ; dans le même sens Cass. civ. 1^{re} 18 mai 1994, pourvoi n°91-21.332, Bull. civ. I n°179). Il est au reste admis que les dommages-intérêts, souverainement évalués par les juges du fond, peuvent être du montant de l'indu (Cass. civ. 1^{re} 18 mai 1994, précité ; Cass. soc. 30 mai 2000, pourvoi n°98-15.153, Bull. civ. V n°209).

Il est également jugé que la faute du bénéficiaire du paiement indu n'est pas exclusive d'une responsabilité du solvens.

Ainsi, la Cour de cassation sanctionne-t-elle les juges du fond qui ordonnent la répétition intégrale de l'indu aux motifs que l'accipiens, conscient du caractère indu des sommes versées, s'est abstenu d'en alerter le solvens ; il leur revient de rechercher « si le comportement du solvens avait été lui-même fautif » (Cass. com. 4 décembre 2012, pourvoi n°11-28.468).

En considération de ces données jurisprudentielles, le médiateur arbitre les demandes en tenant compte des erreurs commises par l'institution et de la plus ou moins bonne foi du participant.

Naturellement, la répétition est pleine et entière si l'indu a pour cause des déclarations inexactes du participant

ou encore une insuffisance d'information de l'institution imputable à une défaillance du plaignant.

Il a d'ailleurs été jugé par la Cour de cassation qu'une absence de déclaration d'une situation nouvelle entraînant la perte du bénéfice d'une allocation peut être considérée comme significative de la mauvaise foi du bénéficiaire (Cass. soc. 15 décembre 2011, pourvoi n°10-18.528).

Dans le même esprit, un participant ne peut se fonder sur la réception d'une carte de tiers payant pour affirmer qu'il bénéficiait des garanties frais de santé dès lors que la validité de ce document, édité de manière automatique par l'institution pour une période donnée, est conditionnée à l'ouverture de ses droits au moment de l'exposition des frais de santé. Les indications portées sur la carte de tiers payant constituent un simple justificatif à l'égard des tiers, professionnels de santé, mais ne vaut pas titre au bénéfice de son destinataire qui ne peut ainsi prétendre à des garanties auxquelles il n'a plus droit. Il s'ensuit que les prestations versées par l'effet de l'usage abusif de cette carte doivent donner lieu à répétition sans que le participant puisse protester de sa bonne foi.

Au contraire, il y a lieu à réduction du montant de l'indu spécialement lorsque :

- la répétition porte sur une rente, qui a une fonction alimentaire, de sorte que, faute de théaurisation, il est souvent difficile pour le participant de rembourser les sommes demandées ;
- l'indu a pour origine une erreur des services de l'institution dans le traitement *ab initio* du dossier ;
- cette erreur n'était pas décelable par le participant compte tenu des montants en jeu (par ex. lorsque la rente est indûment majorée de quelques dizaines d'euros par mois, il est difficile pour le participant de déceler l'indu).

En tout état de cause, la Cour de cassation juge que l'action en répétition de l'indu se prescrit selon le délai de droit commun applicable (5 ans) et non selon le délai biennal prévu par l'article L. 114-1 du code des assurances (Cass. civ. 2^{re} 4 juillet 2013, pourvoi n°12-17.427, Bull. II n°150). Dans la mesure où les dispositions de l'article L. 932-13 du code de la sécurité sociale, applicables en l'espèce, sont similaires à celles prévues par l'article L. 114-1 du code des assurances, il y a lieu d'appliquer aux institutions de prévoyance la solution dégagée par la jurisprudence.

Le montant de la répétition est donc toujours cantonné par le jeu de la prescription quinquennale.

PREScription ET PREUVE DE L'INDU

Ainsi qu'il vient d'être dit, l'action en répétition de l'indu se prescrit par cinq ans. La connaissance de la durée du délai n'est rien tant que n'est pas fixé le point de départ de la prescription.

Le médiateur a eu l'occasion de préciser sa doctrine à propos d'une hypothèse où l'action en répétition portait sur un trop-perçu relatif à une rente complémentaire d'invalidité en conséquence d'une erreur d'appreciation du salaire de référence du participant.

Il est jugé que « l'origine de la créance d'indu est le fait juridique du paiement » (v. Cass. com. 24 novembre 1998, pourvoi n°96-17.100, Bull. civ. IV n°281) ce qui *a priori* autorise la répétition des paiements indus au titre des cinq dernières années écoulées avant la demande. Pour autant, il est également jugé que l'action en répétition de l'indu se prescrit à compter du « fait générateur de l'indu » (Cass. civ. 2^e 19 juin 2014, pourvoi n°13-19.115) dont on peut considérer qu'il se situe au jour où l'institution a décidé du montant de la pension complémentaire d'invalidité calculée sur la base d'un salaire de référence erroné. Il est par ailleurs jugé que « l'action en répétition par l'assureur d'une somme indue, versée à raison d'un contrat d'assurance, se prescrit par deux ans à compter du jour de son paiement, qu'il n'en pourrait être autrement que si à cette date, l'assureur avait été dans l'impossibilité de savoir que le paiement n'était pas dû et qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué qu'en l'espèce, il avait en main, dès la date à laquelle il l'avait effectué, tous les éléments pour découvrir son erreur, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (Cass. civ. 1^e 15 mars 1988, pourvoi n°86-13.330, Bull. civ. I n°73).

Le point de départ n'est reporté au jour de la découverte de l'erreur qu'en cas de « fraude commise par l'assurée » (Cass. soc. 13 juillet 2000, pourvoi n°99-10.447, Bull. civ. V n°279). Lorsque l'indu a pour cause une erreur d'appreciation des services de gestion d'une institution, il est donc permis de retenir que la prescription quinquennale commence à courir à compter de la date de l'erreur.

L'application de la prescription de droit commun à l'action en répétition de l'indu et l'exclusion des règles spéciales de prescription posées par le code des assurances comme par le code de sécurité sociale (article L. 932-13) conduisent à retenir que **l'ensemble des règles composant le régime de droit commun de la prescription s'applique à la répétition de l'indu**. Il serait incohérent et inéquitable de calculer la durée du délai selon le régime de droit commun et de déterminer les causes d'interruption en considération des règles spéciales issues de l'article L. 932-13 du code de la sécurité sociale. Il s'ensuit que la

prescription de l'action peut être interrompue seulement par les causes d'interruption expressément prévues par le Code civil, à savoir : la reconnaissance de dette (art. 2240) et l'exercice d'une action en justice (art. 2241) ou d'une mesure d'exécution forcée (art. 2244).

La mise en demeure, quand bien même elle prendrait la forme d'une lettre recommandée, n'a pas d'effet interruptif de la prescription de droit commun (Cass. com. 13 octobre 1992, pourvoi n°91-10.066, Bull. civ. IV n°308). L'effet interruptif de la mise en demeure n'est reconnu qu'au cas où s'applique la courte prescription spécialement prévue par le code des assurances ou le code de la sécurité sociale (Cass. civ. 2^e 8 juin 2017, pourvoi n°16-19.161, publié au bulletin).

Les institutions de prévoyance ne doivent pas non plus perdre de vue que de jurisprudence constante, « **c'est au demandeur en restitution de sommes qu'il prétend avoir indûment payées qu'il incombe de prouver le caractère indu du paiement** » (Cass. civ. 1^e 13 mai 1986, pourvoi n°85-10.494, Bull. civ. I n°120 ; Cass. civ. 2^e 4 mai 2016, pourvoi n°15-12.532 ; Cass. civ. 2^e 21 décembre 2017, pourvoi n°16-27.907). Cette charge probatoire a pour conséquence qu'une institution qui réclame le paiement d'un indu doit être en mesure d'expliciter et de documenter les raisons qui soutiennent sa demande.

RÉPÉTITION DE L'INDU ET COMPENSATION

Une institution de prévoyance qui a versé indument des indemnités journalières à un participant peut être tentée de retenir les sommes que lui réclame l'employeur au titre de la prise en charge de l'arrêt de travail d'un autre salarié. Elle ne peut cependant le faire et ne peut faire supporter à l'employeur les conséquences de son paiement indu. Les conditions d'une compensation ne sont de fait pas réunies. Comme il résulte de l'article 1347-1 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, la compensation n'intervient qu'entre des créances réciproques. Or, dans l'hypothèse considérée, les conditions de la compensation ne sont pas réunies dès lors qu'à l'évidence, il n'y a pas de réciprocité entre les créances qu'on voudrait éteindre par l'effet de ce mécanisme. Il est ainsi de jurisprudence constante qu'en cas de paiement indu fait entre les mains d'un mandataire, l'action en répétition s'exerce à l'encontre du bénéficiaire réel du paiement et non de celui qui l'a reçu pour compte (Cass. civ. 1^e 25 juin 1996, pourvoi n°94-15.637, publié au bulletin ; Cass. com. 30 janvier 2001, pourvoi n°97-17.784, publié au bulletin ; Cass. civ. 1^e 16 décembre 2020, pourvoi n°19-13.762, publié au bulletin). Il s'ensuit que l'indu dont a profité le premier salarié doit être répété

par l'institution de prévoyance directement auprès de lui et ne constitue pas l'institution de prévoyance en créancière de l'employeur ayant reçu les fonds pour le compte de son salarié.

La situation est différente dans les rapports entre l'institution et le participant. Il y a bien réciprocité entre la créance de l'institution correspondant à l'indu et celle du participant au titre des prestations auxquelles il peut prétendre. Pour autant, il manque la condition de certitude. En effet, s'il y a médiation, c'est que la créance de restitution est contestée, au moins dans son étendue. En effet, même si le montant de l'indu n'est pas discuté, il n'en reste pas moins que les circonstances de sa constitution peuvent conduire à minorer le montant de la créance de restitution. Il est donc prudent de suspendre la compensation et de ne pas prélever l'indu sur le montant des prestations à servir au participant. Qui plus est, l'article L. 612-1 du code de la consommation consacre le droit à la médiation. Or, l'effectivité de ce dernier requiert que durant la phase de médiation, le demandeur soit placé à l'abri de toute mesure d'exécution. Sans quoi, le droit à la médiation conserve un caractère théorique. Dans ces conditions, et afin de consolider la crédibilité du dispositif de médiation, il semble de bonne politique de suspendre les répétitions d'indu tant que dure la procédure de médiation.

Une solution peut être de consigner les sommes litigieuses afin de s'assurer de leur restitution au cas où la médiation conduit à reconnaître, dans son principe et son étendue, la créance correspondant à l'indu.

PREScription

L'article L. 932-13 du code de la sécurité sociale énonce que « toutes actions dérivant des opérations mentionnées à la présente section (opérations collectives à adhésion obligatoire des institutions de prévoyance) sont prescrites par deux ans à compter de l'événement qui y donne naissance ». Comme l'article L. 114-1 du code des assurances, dont il est l'équivalent pour les institutions de prévoyance, ce texte donne lieu à un abondant contentieux.

Il est vrai que les participants admettent assez mal la légitimité de ce dispositif alors, de surcroît, que le délai est assez court.

Pour autant, la prescription est un dispositif qui, en évitant aux institutions de prévoyance et plus généralement aux organismes assureurs, la prise en charge d'un sinistre ayant une trop grande antériorité, permet le respect de leurs anticipations et, ce faisant, des équilibres des régimes complémentaires. Il est donc normal que les institutions

de prévoyance opposent la prescription lorsque le délai biennal de l'article L. 932-13 du code de la sécurité sociale est écoulé. Ce n'est pas faire preuve de juridisme, c'est tout simplement assurer la saine gestion des régimes de protection sociale complémentaire.

DÉLAI DE DÉCLARATION DU SINISTRE ET DÉLAI DE PRESCRIPTION

Le médiateur a tout d'abord constaté que la confusion était parfois faite entre le délai de déclaration du sinistre et le délai de prescription. Le premier est un délai pour porter le sinistre à la connaissance de l'institution. Les dispositions impératives de l'article L. 932-8 du code de la sécurité sociale interdisent toute déchéance de garantie en cas de déclaration tardive de l'assuré. Le législateur autorise seulement l'institution à solliciter le versement de dommages et intérêts en cas de déclaration tardive du participant à condition toutefois qu'elle soit en capacité de prouver la réalité d'un préjudice. C'est à cet égard l'institution qui supporte la charge de la preuve, qu'elle ne peut accomplir par la seule affirmation d'ordre général que la déclaration tardive l'a empêché de procéder aux provisions requises.

La référence à un « préjudice certain », contractuellement prédefini, ne peut correspondre au préjudice visé par l'article L. 932-8 du code de la sécurité sociale, lequel appelle « une indemnité proportionnée au dommage » causé par le retard, ce qui sous-entend la démonstration d'un dommage concrètement caractérisé.

Il convient d'ajouter qu'une déchéance même temporaire, le temps du retard pris par le participant à faire sa déclaration, est également sanctionnée de nullité. La Cour de cassation juge, en effet, sur le fondement des dispositions de l'article L. 113-11 du code des assurances, de même teneur, en substance, que celles de l'article L. 932-8 du code de la sécurité sociale, que « la clause du contrat d'assurance, qui prévoyait que la présentation tardive des justificatifs de son incapacité privait l'assuré de la garantie due pour la période antérieure à la réception de son dossier s'analysait en une clause de déchéance au sens du 2 de l'article L. 113-11 du code des assurances, comme telle frappée de nullité » (Cass. civ. 2^e 30 juin 2004, pourvoi n°03-14.254, publié au bulletin). Cette solution est justifiée car la déchéance s'analyse en une perte du droit aux prestations et ne marque pas le terme des garanties, de sorte que la suspension des prestations le temps du retard de production constitue bien une déchéance, correspondant pour cette période à la perte des garanties.

La prescription est un délai qui a pour objet la réclamation, au besoin par voie d'action en justice. Son écoulement se traduit par la perte du droit d'agir et, de fait, l'impossibilité

d'obtenir les garanties du contrat collectif. La sanction est lourde, en conséquence de quoi les délais sont bien plus longs que pour la déclaration du sinistre. En principe, le délai est de 2 ans, porté à 5 ans pour les incapacités de travail (pas pour les invalidités), 10 ans pour les garanties décès.

Naturellement, un participant ne peut être déclaré prescrit au motif qu'il n'aurait pas respecté le délai pour déclarer le sinistre.

DURÉE DU DÉLAI

Le délai est en principe de 2 ans, sauf les exceptions résultant des derniers alinéas de l'article L. 932-13 du code de la sécurité sociale, ainsi rédigé :

« La prescription est portée à cinq ans en ce qui concerne l'incapacité de travail. La prescription est portée à dix ans lorsque, pour les opérations mentionnées au a de l'article L. 931-1, le bénéficiaire n'est pas le participant et, dans les opérations relatives à la couverture du risque accident, lorsque les bénéficiaires sont les ayants droit du participant décédé. Pour les contrats d'assurance sur la vie, nonobstant les dispositions du 2^e, les actions du bénéficiaire sont prescrites au plus tard trente ans à compter du décès du membre participant. »

La Cour de cassation fait une interprétation stricte de ces exceptions et juge « que l'action tendant à obtenir d'une institution de prévoyance le bénéfice de la garantie invalidité est soumise à la prescription biennale [...] et non à la prescription quinquennale [...] qui ne concerne que l'incapacité de travail » (Cass. civ. 2^e 22 mai 2014, pourvoi n°13-16.105).

Bien que la constitutionnalité de ce délai (celui de l'article L. 114-1 du code des assurances, identique à cet égard à l'article L. 932-13 du code de la sécurité sociale) ait été contestée, le Conseil constitutionnel en a confirmé la conformité en ces termes :

« Le contrat d'assurance se caractérise en particulier par la garantie d'un risque en contrepartie du versement d'une prime ou d'une cotisation. Il se distingue à cet égard des autres contrats, en particulier des contrats soumis au code de la consommation. Ainsi, le législateur a pu prévoir, pour les actions dérivant des contrats d'assurance, un délai de prescription différent du délai de prescription de droit commun de cinq ans applicable, en l'absence de dispositions spécifiques, aux autres contrats. La différence de traitement [...], qui est ainsi fondée sur une différence de situation, est en rapport avec l'objet de la loi. » (Décision n°2021-957 QPC 17 décembre 2021).

POINT DE DÉPART DU DÉLAI DE PRESCRIPTION

Le point de départ du délai de prescription se situe en principe au jour de la réalisation du risque, ou au jour où les intéressés en ont eu connaissance, s'ils prouvent qu'ils l'ont ignoré jusque-là. Ces principes donnent lieu à des applications nuancées selon la nature du risque dont la prise en charge est sollicitée. On retiendra :

- la date d'exposition des frais lorsque la garantie sollicitée porte sur la couverture de frais de santé ;
- le jour de la notification de l'arrêt maladie par le médecin traitant pour la garantie incapacité de travail ;
- le jour de la notification du classement en invalidité par la Sécurité sociale pour la garantie invalidité (v. par ex. Cass. civ. 1^e 4 février 1997, pourvoi n°94-17.883, Bull. civ. I n°39).

Pour autant, cette jurisprudence est sans pertinence si la contestation porte, non sur le principe même de l'acquisition d'une rente, mais sur la baisse du montant de cette dernière, dont le principe n'est pas remis en cause.

En ce cas, c'est le jour à la date duquel l'institution porte à la connaissance du bénéficiaire sa décision de baisser la rente qui marque le point de départ du délai de prescription.

Cette analyse est conforme aux dispositions de l'article L. 932-13 du code de la sécurité sociale qui fixe ce point de départ au jour de « l'événement qui donne naissance » à la contestation.

En application de ce texte et à propos d'une action tendant au paiement d'une rente d'invalidité de 2^e catégorie au lieu et place d'une rente d'invalidité de 1^e catégorie, la Cour de cassation a admis que cet événement consiste dans le refus de prise en charge par l'institution de l'invalidité de 2^e catégorie (Cass. civ. 2^e 3 février 2011, pourvoi n°10-30.568).

Ce report du point de départ du délai à la date du refus de prise en charge par l'institution n'est cependant admissible qu'à la condition que la demande de prise en charge de l'invalidité ait été formée dans le délai de deux ans prévu par l'article L. 932-13 du code de la sécurité sociale, ainsi qu'il ressort des éléments de fait et de procédure que fait clairement apparaître l'arrêt cité (Cass. civ. 2^e 3 février 2011, précité).

Une question délicate est celle de la fixation du point de départ du délai de prescription en cas d'invalidités successives ayant le même fait générateur. La question posée est alors de savoir s'il y a lieu de considérer que celles-ci constituent un unique sinistre survenu dès le premier classement en invalidité.

La question présente un important intérêt pratique. S'il n'y a qu'un seul sinistre, le participant, prescrit pour

demander la prise en charge de sa première invalidité, l'est également lorsqu'il fait l'objet d'une révision à la hausse de son niveau d'invalidité. Au contraire, si l'on admet que les classements successifs sont autant de sinistres distincts, la prescription du premier n'a pas d'incidence sur le traitement du second.

Il y a de solides raisons de retenir la seconde analyse.

Tout d'abord, en matière d'assurance de personnes, « le sinistre est constitué par la survenue de l'état d'incapacité ou d'invalidité de l'assuré » (Cass. civ. 1^{er} juin 1999, pourvoi n°97-14.327, Bull. I n°178 ; Cass. civ. 2^e 2 avril 2009, pourvoi n°08-11.685). C'est donc l'invalidité qui constitue le sinistre et non son fait générateur de sorte qu'il n'y a pas lieu de se déterminer au regard du second pour apprécier le bénéfice de la garantie. On ne saurait donc décider que deux invalidités successives constituent le même sinistre motif pris de ce que l'une et l'autre ont le même fait générateur. La Cour de cassation juge ainsi « qu'en matière d'assurance prévoyant le versement d'une rente en cas de classement de l'assuré dans une catégorie d'invalidité de la Sécurité sociale, le point de départ de la prescription biennale est le jour où ce classement est notifié à l'assuré » (Cass. civ. 1^e 4 février 1997, pourvoi n°94-17.883, Bull. I n°39 ; Cass. civ. 2^e 6 avril 2014, pourvoi n°13-10.942). On notera que dans cet arrêt, le point de départ du délai est situé au jour du « classement de l'assuré dans une catégorie d'invalidité de la Sécurité sociale ». Ce n'est donc pas le classement en invalidité qui vaut sinistre, mais le classement dans telle ou telle catégorie d'invalidité.

Il est ici précisé que cette jurisprudence a été rendue au visa de l'article L. 114-1 du code des assurances. Cependant, ses enseignements sont transposables en l'espèce compte tenu de la proximité des règles de prescription figurant à l'article L. 932-13 du code de la sécurité sociale.

De surcroît, il est de jurisprudence constante qu'en matière d'incapacité ou d'invalidité, le sinistre n'est constitué qu'au jour de la consolidation de l'état de l'assuré (Cass. civ. 1^e 1^{er} juin 1999, précité ; Cass. civ. 2^e 11 septembre 2014, pourvoi n°13-19.439, Bull. II n°182). Il faut donc considérer qu'aussi longtemps qu'il n'y a pas de consolidation, le sinistre est en cours de constitution de telle sorte qu'à chaque évolution, il y a lieu de reconsidérer la situation du participant.

S'il n'est donc plus temps de réclamer une prise en charge au titre du classement en invalidité de 1^e catégorie, il y a lieu de considérer qu'à défaut de consolidation, le classement en invalidité de 2^e catégorie justifie une prise en charge, pour autant que celle-ci soit sollicitée à temps.

Dans le même esprit, il est admis que même au cas où l'incapacité et l'invalidité ont le même fait générateur,

la déclaration de l'incapacité ne peut suffire pour ouvrir automatiquement droit au bénéfice de la rente complémentaire au titre de l'invalidité survenue par la suite. Il est en effet nécessaire de distinguer la déclaration pour l'incapacité de celle pour l'invalidité. L'une et l'autre sont les points de départ distincts de deux prescriptions, non moins distinctes.

En équité, ces solutions méritent d'être nuancées, spécialement en matière d'invalidité, dont la prise en charge se prescrit, pour le moins sévèrement par un délai de deux ans. Il arrive ainsi que malgré leur classement en invalidité de 2^e catégorie, certains salariés continuent de travailler jusqu'à leur licenciement, généralement pour inaptitude.

En pareille occurrence, il paraît opportun de reporter le point de départ de la prescription au jour de la cessation de la relation de travail. En effet, une déclaration immédiate du classement en invalidité n'a pas d'intérêt pour le participant qui ne peut prétendre à une prise en charge de son invalidité qu'après la cessation de la relation de travail. En effet, l'application de la règle de cumul empêche de faire cette prise en charge tant que cette dernière demeure et que le participant bénéficie d'un revenu d'activité. Au reste, le choix de prolonger une relation de travail a pour effet de dispenser temporairement l'institution d'indemniser l'invalidité. Ces deux éléments doivent conduire à ne pas pénaliser le participant qui attend le jour de la cessation de son contrat de travail pour solliciter une rente complémentaire d'invalidité.

En équité et de manière plus générale, il y a lieu de retenir pour les invalidités un **calcul à rebours de la prescription biennale**. En effet, cette courte prescription, dont le point de départ est situé au jour de la notification de l'invalidité, se révèle exagérément sévère pour les participants. On observe en premier lieu qu'il est peu compréhensible que la prise en charge d'une incapacité soit soumise à une prescription quinquennale et que, dans le même temps, l'indemnisation de l'invalidité se prescrive par deux ans. Ce deux poids, deux mesures fonctionne à front renversé. En second lieu, les participants déclarés invalides se trouvent le plus souvent dans une situation de vulnérabilité, de laquelle il résulte une inertie qui les expose à une prescription dans un délai de deux ans.

Certaines institutions ont pris la mesure de cette situation et procèdent à une application à rebours de ce délai de prescription. La conséquence pratique est la suivante : le participant est indemnisé à compter du jour de la demande, quand bien même celle-ci est tardive ; le participant peut obtenir un arriéré dans la limite d'une durée de deux ans. Le médiateur considère qu'il s'agit d'une bonne pratique et recommande sa généralisation. Il est de fait que cette pratique n'est pas imposée par les textes et qu'en

conséquence, elle est présentée comme souhaitable eu égard à des considérations d'équité. Il est aussi de fait que ces textes sont régulièrement contestés en doctrine, spécialement l'application de la prescription biennale à la prise en charge des invalidités. La généralisation d'une bonne pratique désarmerait la critique.

Eu égard à cette recommandation, le médiateur considère désormais qu'en équité et *a minima*, la prescription d'une demande de prise en charge d'une invalidité produise effet pour la période antérieure à la demande, sans obérer une indemnisation pour l'avenir.

OPPOSABILITÉ DE LA PRESCRIPTION

L'acquisition de la prescription n'est pas nécessairement opposable au plaignant.

En effet, l'article L. 932-6 du code de la sécurité sociale prévoit que la notice établie par l'institution de prévoyance et remise par l'adhérent au participant précise, notamment, les délais de prescription.

Il est permis de considérer que le défaut d'information de la notice à cet égard prive l'institution du droit d'opposer la prescription au plaignant. En effet, la notice est le seul document effectivement remis au participant par lequel celui-ci est à même de prendre connaissance de ses droits et obligations issus ou dérivant du contrat collectif négocié par son employeur auprès de l'institution de prévoyance.

L'insuffisance de la notice se traduit par un déficit de connaissance et de la sorte une inopposabilité des dispositifs demeurés dans l'ignorance du participant.

Au reste, et l'analogie est permise, il est jugé avec constance qu'à défaut de remise à l'assuré d'une notice l'informant des délais de prescription des actions dérivant du contrat d'assurance, le délai de prescription édicté par l'article L. 114-1 du code des assurances est inopposable à l'assuré (v. par ex. Cass. civ. 2^e 30 juin 2011, pourvoi n°10-23.223).

Dans **un important arrêt du 8 décembre 2016** (pourvoi n°15-19.685, publié au bulletin), la Cour de cassation juge que « les institutions de prévoyance sont tenues de satisfaire à l'obligation d'information qui leur incombe à l'égard des adhérents par l'envoi de la notice d'information prévue par l'article L. 932-6 du code de la sécurité sociale » et elle casse un arrêt d'appel qui admet la prescription d'une demande de prise en charge tout en constatant que la notice « ne précisait pas les délais de prescription ».

Il n'est donc aujourd'hui plus douteux qu'une institution de prévoyance ne peut opposer la prescription biennale

aux participants qu'à la condition de justifier d'une notice informant le participant à cet égard. Logiquement, l'inopposabilité de la prescription biennale ne devrait pas avoir pour effet de rendre les demandes imprescriptibles. La prescription quinquennale de droit commun devrait se substituer à la prescription biennale. Telle n'est pas la position de la Cour de cassation qui a jugé dans deux arrêts du 24 novembre 2022 et du 9 février 2023, tous deux publiés au bulletin, que l'assureur qui n'a pas respecté les dispositions de l'article R. 112-1 du code des assurances, ne peut ni opposer la prescription biennale à son assuré ni prétendre à l'application de la prescription de droit commun (Cass. civ. 2^e 24 mai 2022, pourvoi n°21-17.327, publié au bulletin et Cass. civ. 2^e 9 février 2023, pourvoi n°21-19.498).

SUSPENSION DE LA PRESCRIPTION

Le jeu de la prescription opposable au participant qui réclame le versement d'une rente d'invalidité doit cependant s'accommoder de la règle selon laquelle « la prescription ne court pas à l'encontre de celui qui a été empêché d'agir ». Il s'agit là d'un principe général du droit de la prescription applicable dans la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 932-13 du code de la sécurité sociale (Cass. civ. 2^e 5 avril 2007, pourvoi n°05-17.625).

Dans cet esprit, la Cour de cassation a approuvé la décision d'une cour d'appel ayant retenu, sur la base des certificats médicaux produits par une salariée, que son état de santé l'avait empêchée de mener à bien toute démarche tant personnelle que sociale et administrative, de sorte que ce dernier caractérisait une force majeure constituant une impossibilité d'agir de cette dernière (Cass. civ. 2^e 25 janvier 2023, pourvoi n°21-17.791).

Il est par ailleurs de principe, en procédure civile, que l'information erronée sur le délai d'une prescription empêche le cours de cette dernière. La Cour de cassation en a ainsi jugé à propos de la demande d'un salarié tendant au paiement par une institution de prévoyance d'une rente d'invalidité. Ainsi a-t-elle retenu que « la prescription ne court pas à l'encontre de celui qui a été empêché d'agir » pour en déduire que « l'indication d'un délai de prescription erroné avait abusé [le plaignant] qui avait été mis dans l'impossibilité d'agir utilement en justice contre [l'institution] », et qu'« à bon droit la cour d'appel a rejeté la fin de non-recevoir tirée de la prescription » (Cass. civ. 2^e 5 avril 2007, pourvoi n°05-17.625). Le médiateur fait application de ces principes aux informations erronées que les institutions de prévoyance dispensent sur la prescription.

Est également admise, au titre de l'impossibilité d'agir d'un créancier, l'ignorance de son droit. En droit des

assurances, est ainsi admise à ce même titre l'ignorance du sinistre (hypothèse visée par l'article L. 932-13 du code de la sécurité sociale précité), du contrat d'assurance ou de l'identité de l'organisme assureur.

Cette dernière hypothèse se rencontre assez souvent en présence d'opérations d'assurance collectives, où le participant salarié bénéficie des garanties du contrat par l'effet du mécanisme de la stipulation pour autrui. Le salarié n'étant pas le souscripteur du contrat, l'existence dudit contrat ou l'identité de l'organisme assurant sa couverture n'est pas toujours connue de lui.

Cette situation particulière justifie l'existence d'une obligation d'information à la charge de l'employeur du salarié, en vertu des dispositions de l'article L. 932-6 du code de la sécurité sociale. En tout état de cause, il a été jugé que la prescription de l'action de l'assuré pour compte qui ignorait l'identité de l'assureur ne court qu'à compter de la date à laquelle il en a eu connaissance (Cass. civ. 2^e 15 mars 2007, pourvoi n°05-20.856).

RENONCIATION AU BÉNÉFICE DE LA PRESCRIPTION

Concernant la renonciation au bénéfice de la prescription, le médiateur a estimé que celle-ci ne pouvait se déduire du seul fait qu'une institution a d'abord opposé de manière erronée un refus de prise en charge avant d'invoquer le bénéfice de la prescription. La solution peut paraître sévère pour le participant. Elle est cependant justifiée dès lors que :

- les renonciations ne se présument pas ;
- les fins de non-recevoir, dont la prescription, sont opposables en tout état de cause, de sorte que la simple chronologie dans l'exposition des moyens ne saurait disqualifier les derniers invoqués ;
- l'article 15 de la Charte de médiation ne prévoit d'abandon du bénéfice de la prescription qu'à défaut pour l'institution d' « informer explicitement le demandeur et le faire savoir, de façon motivée, au médiateur dès le premier échange de courrier avec ce dernier » ; le fait de ne pas immédiatement invoquer le jeu de la prescription dans les premiers échanges avec le seul participant ne peut valoir renonciation ;
- il est établi que la prescription du plaignant n'est pas la conséquence des affirmations inexactes de l'institution de prévoyance et que celles-ci n'ont pas eu pour effet de lui faire perdre le temps utile au cours de la prescription. Au cas contraire, naturellement, la responsabilité de l'institution pourrait être engagée et une réparation appropriée serait d'écartier purement et simplement le jeu de la prescription.

INFORMATIONS ORALES

Il est fréquent que les participants reprochent aux institutions une information orale en contradiction avec le service des prestations *in fine* accordées.

Lorsque le participant s'est vu remettre les conditions générales du contrat, la notice d'information explicitant ces dernières et un guide à l'adresse de l'employeur, et que ceux-ci identifient de manière non équivoque les bénéficiaires d'une garantie, il ne peut être sérieusement soutenu que l'information délivrée par l'institution laisserait subsister une incertitude sur l'étendue de la couverture.

Au regard des dispositions de l'article L. 932-6 du code de la sécurité sociale qui imposent aux institutions de prévoyance d'établir une notice définissant les garanties souscrites, aucun manquement ne peut être imputé à l'institution.

S'agissant des indications orales fournies par les services de l'institution de prévoyance, à supposer qu'on en admette la réalité alors même qu'il n'en subsiste aucune trace, il y a lieu d'en relever le défaut de pertinence. Le service de réponse aux questions que se posent employeurs et participants a pour fonction de lever les éventuelles incertitudes qui subsistent à la lecture des documents édités par l'institution de prévoyance. Il ne peut être exploité par les participants aux fins de créer une équivoque que lesdits documents avaient pris soin d'éviter. L'oralité ne peut être exploitée pour provoquer l'équivoque.

L'argument selon lequel le participant a reçu des explications orales contraires aux termes des contrats collectifs est récurrent dans les dossiers dont est saisi le service de médiation. Cette matière fait l'objet d'une recommandation.

DÉCISIONS DE GESTION

Conformément à la pratique suivie dans l'ensemble des dispositifs de médiation institutionnelle, le médiateur s'interdit de prendre parti sur les décisions de gestion des institutions de prévoyance.

Il n'est donc pas au pouvoir du médiateur de remettre en cause la décision prise par une institution de prévoyance de verser une allocation de fin de carrière « en fonction de considération d'équité et en fonction des ressources du régime », autant de critères qui relèvent de la gestion de l'institution.

Il n'est pas plus au pouvoir du médiateur de traiter d'une demande de « geste commercial ». De telles demandes sont aisément formulées par des participants ayant eu à essuyer de menues erreurs de gestion. Elles ont une nature purement commerciale dès lors que le plaignant ne justifie d'aucun préjudice. Le médiateur ne saurait donc y faire droit.

PROCÉDURE DE RÉSILIATION

Conformément à l'article 9 de la Charte de médiation de la protection sociale (CTIP), le contrôle de motivation des résiliations ne relève pas du champ de compétence du médiateur. En revanche, le médiateur demeure compétent pour se prononcer sur la régularité de la procédure de résiliation prévue par l'article L. 932-9 du code de sécurité sociale. Ces dispositions sont proches de celles figurant à l'article L. 113-3 du code des assurances. Or, il est de jurisprudence constante qu'**« à défaut de respect de [ces] formalités impératives, la résiliation invoquée est nulle et l'assureur est tenu de garantir le sinistre »** (Cass. civ. 2^e 4 octobre 2012, pourvoi n°11-19.431, Bull. civ. II n°161 ; Cass. civ. 1^e 23 septembre 2003, pourvoi n°00-12.781, Bull. civ. I n°184). Une institution de prévoyance ne peut donc se contenter d'invoquer, même en la justifiant, une absence de paiement des cotisations pour refuser une prise en charge.

Au reste, le médiateur croit bon d'ajouter que la bonne réception de l'information par l'assuré lors de l'usage de la voie dématérialisée est une question qui a vocation à se poser de manière récurrente dans les années à venir.

C'est la raison pour laquelle l'ordonnance n°2017-1433 du 4 octobre 2017 est venue clarifier les obligations contractuelles des organismes financiers sur ce point, et notamment des institutions de prévoyance.

Par cette ordonnance du 4 octobre 2017, il a été créé un article L. 931-3-5 du code de la sécurité sociale qui prévoit que :

« [...] Lorsque l'institution de prévoyance ou union ou l'adhérent souhaite fournir ou mettre à disposition des informations ou des documents à un adhérent ou à un participant sur un support durable autre que le papier, l'institution de prévoyance ou union ou l'adhérent vérifie au préalable que ce mode de communication est adapté à la situation de l'adhérent ou du participant. L'institution de prévoyance ou union ou l'adhérent s'assure qu'il est en mesure de prendre connaissance de ces informations et documents sur le support durable envisagé. Lorsque

l'adhérent ou le participant fournit à cette fin une adresse électronique, cette adresse est vérifiée par l'institution de prévoyance ou union ou l'adhérent.

Après ces vérifications, l'institution de prévoyance ou union ou l'adhérent doit informer l'adhérent ou le participant de façon claire, précise et compréhensible de la poursuite de leurs relations sur un support durable autre que le papier. Il ou elle renouvelle ces vérifications annuellement [...].

Cette ordonnance prévoit expressément l'obligation pour l'organisme assureur de vérifier que l'adhérent ou le participant sont en mesure de recevoir les informations par voie dématérialisée, et qui plus est via l'adresse électronique fournie. Cette ordonnance est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2018.

Il est par ailleurs jugé qu'à défaut pour un assuré de notifier spontanément son changement d'adresse à son organisme assureur, ce dernier met régulièrement en œuvre la procédure de résiliation du contrat en adressant les lettres requises à cette fin à l'adresse indiquée sur le contrat d'assurance (Cass. civ. 1^e 25 janvier 1999, pourvoi n°97-11.766).

5

RECOMMANDATIONS

100 Le devenir des recommandations

100 Présentation récapitulative des recommandations

LE DEVENIR DES RECOMMANDATIONS

Après treize années de recommandations, il est temps de dire un mot de leur devenir. Il y a lieu de distinguer deux hypothèses. La première est celle dans laquelle les recommandations sont adoptées spontanément par les institutions de prévoyance. La seconde est celle dans laquelle elles procèdent d'un effet d'annonce de la doctrine à venir en médiation.

En premier lieu, il est donc des recommandations qui sont entrées dans les usages. L'exemple le plus marquant est sans doute celui des expertises internes pratiquées à l'occasion d'un contrôle médical. Aujourd'hui, leur caractère contradictoire est devenu la norme. Un participant ne peut plus se voir imposer les conclusions d'un médecin conseil d'une institution. Il a le droit de désigner un médecin de son choix afin qu'un second avis soit mis en balance avec les premières conclusions. En cas de désaccord entre les deux praticiens, il est convenu de faire appel à un médecin départiteur, sans aucun lien avec les deux parties et figurant de préférence sur les listes d'experts agréés auprès des cours d'appel ou de la Cour de cassation. Il est également d'usage que les frais de cette ultime expertise soient à la charge de l'organisme assureur.

On observe également des progrès en matière de répétition. Il semble aujourd'hui acquis que les institutions de prévoyance renoncent à solliciter la répétition de l'indu lorsque la requalification en maladie professionnelle d'une affection source d'invalidité opère au désavantage du salarié concerné, pour le passé comme pour l'avenir. Dans le même sens et malgré les réticences de certaines institutions, les indus qui procèdent de leurs erreurs donnent lieu à répétition dans la mesure de leur caractère aisément décelable par le participant. L'observation vaut spécialement pour les indus qui se constituent lors du versement de rentes incapacité ou invalidité.

Il est ensuite des recommandations annonciatrices d'une évolution de la doctrine du médiateur. Telles sont celles qui ont porté les années antérieures sur la prescription de l'action en matière d'invalidité et sur les « trous d'assurance » provoqués par une application trop rigide des articles 2 et 7 de la loi Évin.

- Il est désormais acquis que, sauf exception tenant à l'ancienneté et à l'incertitude de l'invalidité, la prescription biennale applicable à cette dernière n'empêche pas sa prise en charge pour l'avenir. Idéalement, la mise en œuvre de cette prescription devrait faire l'objet d'un calcul à rebours permettant au participant d'être indemnisé, non seulement à l'avenir, mais également au cours des deux

années ayant précédé la demande de prise en charge. Certaines institutions procèdent de la sorte et il serait souhaitable que cette bonne pratique essaime. Pour l'heure, le médiateur ne l'impose pas.

- Il est également admis qu'un participant qui a bénéficié d'une couverture à toutes les étapes constitutives de son invalidité — fait générateur, incapacité puis invalidité — doit être pris en charge, soit au titre de la reprise des états pathologiques, soit au titre du droit aux prestations différenciées.

Sur ces différents points, la doctrine du médiateur est exposée dans la partie récapitulative sur le traitement des demandes de médiation et il n'y a pas lieu d'y revenir dans la partie dédiée aux recommandations.

PRÉSENTATION RÉCAPITULATIVE DES RECOMMANDATIONS

TRAITEMENT DES RÉCLAMATIONS AU SEIN DES INSTITUTIONS DE PRÉVOYANCE

La recommandation 2022-R-01 du 9 mai 2022 de l'ACPR prévoit que le médiateur « peut en tout état de cause être saisi deux mois après l'envoi de la première réclamation écrite qui a été adressée au professionnel, quel que soit l'interlocuteur ou le service auprès duquel elle a été formulée ». Il n'est donc plus à l'ordre du jour de renvoyer les participants devant les services réclamations des institutions de prévoyance avant saisine du médiateur. On comprend les raisons d'être de ce changement. Comme l'indique encore l'ACPR, il importe « que l'organisation du traitement des réclamations ne repose pas sur une multitude de circuits de traitements ».

Il s'ensuit un afflux de saisines en médiation et le service ne peut plus opposer leur irrecevabilité aux plaignants, faute pour ces derniers d'avoir épousé les voies de recours internes. Il est souhaitable que les services réclamations des institutions de prévoyance examinent les demandes des participants avant la saisine du médiateur. Tout d'abord, cet examen préalable permet souvent de résoudre le différend. Ensuite et à défaut, le rejet de la réclamation fait en principe l'objet d'une motivation qui permet par la suite d'éclairer le débat qui s'ouvre en médiation. Mais il importe à présent d'accélérer les processus de traitement des réclamations en interne. En l'absence d'un tel effort, il s'ensuit un engorgement de la médiation, tant d'un point de vue quantitatif que qualitatif. En effet, l'insuffisante instruction en interne est un facteur de complication,

souvent inutile, de leur examen en médiation. Les propositions de solution risquent de perdre en pertinence, au désavantage de toutes les parties prenantes.

Lorsque le médiateur est saisi avant que le service réclamations ne se soit prononcé, il laisse quelques semaines à l'institution afin que son service se prononce. Mais il importe alors que ce dernier donne la priorité au dossier. En un mot, il faut gagner en agilité. Malgré les progrès constatés par le médiateur, il est encore possible de mieux faire.

Enfin, il importe qu'en cas de délégation de gestion, les délégués indiquent systématiquement l'organisme assureur porteur de risques.

GARANTIES OBSÈQUES ET GARANTIES ACCIDENT

Concernant les garanties obsèques, rappelons la recommandation sur la commercialisation des contrats d'assurance-vie liés au financement en prévision d'obsèques (2021-R-01) du 18 février 2021, dans laquelle l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) a relevé que les souscripteurs peuvent mal appréhender les caractéristiques essentielles du contrat proposé, son fonctionnement et son coût. L'ACPR rappelle à cet égard que les organismes d'assurance sont soumis à une obligation d'information et un devoir de conseil et sont tenus de recueillir les exigences et besoins du prospect afin de s'assurer que le contrat envisagé est adapté à sa situation individuelle. Le CCSF a par ailleurs publié un avis sur les contrats d'assurance obsèques le 8 octobre 2024, lequel expose plusieurs engagements des professionnels du secteur de l'assurance aux fins, notamment, de renforcer l'information du souscripteur s'agissant du « montant cumulé des cotisations qu'il est susceptible de verser en fonction de 3 âges de souscription (50, 60 et 70 ans) » (Comité Consultatif du Secteur Financier, avis du 8 octobre 2024 sur les contrats d'assurance obsèques).

Dans l'attente de la mise en œuvre de ces engagements, il est d'ores et déjà souhaitable de suivre cette recommandation dès lors qu'il est souvent constaté qu'à l'usage, le montant des cotisations versées excède le montant de la prestation en cas de décès. Indiquons pour mémoire qu'en pareille occurrence, l'équité commande de maintenir le bénéfice du capital ainsi que de rembourser les cotisations qui n'auraient pas eu lieu d'être si la situation du participant avait donné lieu à une procédure de vérification à compter du jour où il avait atteint l'âge de 85 ans.

Le médiateur recommande que la vérification de l'opportunité de cette garantie et l'information de l'assuré à cet égard interviennent à un rythme annuel, *a minima*

à partir de l'âge de 80 ans. Ces garanties obsèques sont généralement souscrites lors du départ à la retraite de l'assuré, ou quelques temps après. Le souvenir de leur souscription s'éloigne à proportion du vieillissement des intéressés. Il est donc opportun que, dans l'exécution de son devoir d'information et de conseil, qui subsiste durant l'exécution du contrat, l'institution se manifeste auprès du participant. Il est à noter que si les facultés de ce dernier ne lui permettent pas d'apprécier la portée de l'information, son conjoint, ses descendants ou autres qui les assistent dans la gestion de leurs affaires patrimoniales seront en mesure de prendre les bonnes décisions. D'où la nécessité d'une information écrite.

Les mêmes observations valent pour les garanties accident lorsque ces dernières sont souscrites et tacitement reconduites depuis de nombreuses années et qu'elles prévoient une indemnisation d'un faible montant, cependant que le montant des cotisations augmente. Le plus souvent, la garantie coûte plus au participant que ce qu'elle serait en mesure de lui accorder dans l'hypothèse d'un sinistre. Pire encore, cette dernière hypothèse est assez largement théorique dès lors que pour les personnes âgées, la condition d'extériorité de l'accident est rarement reconnue. Le plus souvent, l'accident est imputable aux prédispositions de l'assuré et il n'y a pas d'indemnisation. La vérification annuelle de l'opportunité de la garantie et l'information de l'assuré s'imposent en conséquence de la même manière que pour les garanties obsèques. En cas de carence de l'institution, la sanction ne pourrait être la même que celle retenue pour les garanties obsèques. En effet, l'indemnisation de l'assuré s'accompagnerait d'une dénaturation de la notion d'accident, ce qui n'est pas souhaitable. En revanche, une sanction indemnitaire, voire la nullité du contrat, sont envisageables.

Il est ici précisé que ces recommandations ont vocation à inspirer la doctrine qui aura cours en médiation.

Sans préjudice de ce qui précède, il serait préférable que les garanties obsèques et accident s'insèrent dans des contrats offrant une faculté de rachat.

RECOMMANDATION À L'USAGE DES DEMANDEURS

Conformément à la mission régulatrice des médiations institutionnelles, parmi lesquelles la Médiation de la protection sociale (CTIP), les recommandations sont en principe à l'usage des institutions de prévoyance. L'objectif est d'améliorer les pratiques, dans l'intérêt des salariés participants.

Il n'en reste pas moins que le service de médiation est un service entièrement gratuit pour les participants,

qu'il convient de mobiliser avec mesure. La plupart des demandes sont sérieuses et, même en cas de rejet, elles appellent une réponse circonstanciée. La protection sociale complémentaire est une matière complexe qui justifie souvent un effort d'explication. C'est une fonction qu'assume le service de médiation.

Il reste que le service reçoit parfois des demandes qui sont à l'évidence infondées, à première lecture, par exemple du tableau des garanties. À titre d'illustration, le médiateur est sollicité pour un remboursement complémentaire de frais optiques alors que les remboursements déjà intervenus sont du montant exact de celui prévu par le contrat et que le seul motif avancé est qu'il n'est pas « normal » que l'« optique » soit moins bien remboursé que l'« auditif ». Un autre plaignant s'indigne que les remboursements prévus selon l'option de garantie retenue ne se cumulent pas. Un troisième trouve choquant qu'on lui demande la restitution de remboursements obtenus par un usage abusif de la carte de tiers-paitant, après radiation pour défaut de paiement des cotisations. Un quatrième demande le remboursement rétroactif de ses cotisations au prétexte que son ancien contrat était « trop onéreux » comparé au nouveau qu'il a conclu.

Ces demandes sont manifestement infondées et il est aisément de le mettre en évidence. Il n'en reste pas moins que le service de médiation est tenu d'ouvrir et de traiter le dossier. Ce temps inutilement consacré à de vaines demandes est perdu pour l'examen de demandes difficiles à instruire et dont les conséquences financières sont lourdes pour les demandeurs. Ainsi en est-il, par exemple, de demandes portant sur l'attribution d'un capital décès ou d'une rente d'invalidité. Les usagers de la médiation doivent rester conscients des équilibres collectifs sur lesquels repose ce service et prendre le temps de la réflexion avant de solliciter l'intervention du médiateur.

Afin de limiter les effets négatifs de ces saisines, le médiateur se réserve le droit de mettre en œuvre les dispositions de l'article L. 612-2 du code de la consommation qui l'autorisent, sans motif, à ne pas examiner les demandes abusives ou manifestement infondées. Les plaignants seront avisés par lettre simple ou courriel en cas de saisine en ligne. Par ailleurs, le service de médiation a d'ores et déjà reçu instruction de clore les dossiers dans lesquels les plaignants ne fournissent pas, dans un délai de deux mois, les pièces complémentaires demandées.

LE SALAIRE DE RÉFÉRENCE

Le « salaire de référence » constitue en général la notion en considération de laquelle est calculé le montant de la rente complémentaire due au participant en situation

d'incapacité ou d'invalidité, ou encore le plafond de ressources au-delà duquel la rente n'est plus due.

Cette notion est souvent mal comprise par les participants qui l'interprètent à la lumière des définitions du salaire admises en droit du travail. Cette approche n'est pas la bonne dans la mesure où les rentes constituent des garanties de ressources dont l'exacte mesure doit être appréciée dans le cadre collectif du régime de prévoyance.

Les règles du code du travail et leur interprétation jurisprudentielle, impératives dans les relations entre le salarié et son employeur, ne s'imposent pas dans les rapports entre un participant et une institution de prévoyance qui, rappelons-le, constitue un organisme assureur. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence admet que le salaire en considération duquel est calculé le montant d'une rente n'intègre pas des indemnités compensatrices de congés payés (Cass. soc. 29 octobre 1986, pourvoi n°83-44.401, Bull. V n°499 ; Cass. civ. 2^e 17 décembre 2015, pourvoi n°14-28.283, publié au bulletin).

Il faut cependant comprendre le point de vue des participants qui sollicitent le bénéfice d'une garantie issue d'un contrat collectif applicable précisément en raison de leur qualité de salariés. La référence au code du travail est somme toute assez naturelle.

Il ne suffit pas de répondre que les rentes d'invalidité ou d'incapacité constituent des garanties de ressources relevant du principe indemnitaire. En effet, ces garanties relèvent de la catégorie des assurances de personnes et, comme telles, sont *a priori* soumises au principe forfaitaire. Il n'est pas interdit d'en définir les contours dans une logique indemnitaire. Pour autant, la référence au principe indemnitaire n'a ici qu'une base contractuelle et il importe en conséquence que les termes du contrat soient sans équivoque à cet égard.

Sous l'angle de leur clarté, les dossiers dont le médiateur a été saisi ont fait apparaître des insuffisances.

Il conviendrait donc de clarifier la notion dans les contrats et les notices en exposant, si telle est l'intention des rédacteurs du contrat :

- de manière générale que le salaire de référence en considération duquel est calculée la rente complémentaire d'invalidité doit correspondre au salaire qu'aurait perçu le participant s'il avait été effectivement en mesure de travailler ;
- de manière plus spécifique, les éléments de salaire qui, en application de cette directive, sont intégrés dans le salaire de référence servant de base au calcul de la pension (par ex. un 13^e mois), ou au contraire, ceux qui en sont

exclus (par ex. une indemnité compensatrice de congés payés).

Cette question est récurrente et son traitement est souvent difficile.

Certes, la matière reste complexe et il faut la traiter comme telle. Pour plus de pédagogie, il serait souhaitable que dans les notices répercutant des contrats collectifs applicables à des salariés dont la rémunération présente de fortes spécificités, figurent **quelques exemples chiffrés** permettant de dissiper les malentendus que crée l'emploi de notions souvent abstraites pour les participants et fortement discutées en droit du travail (commissionnements, gratifications, etc.).

On rappellera à cet égard qu'en cas d'ambiguïté de la notice, cette dernière s'interprète à l'avantage du participant.

LA CSG ET LA CRDS

Les institutions de prévoyance sont tenues de déduire de la rente qu'elles versent au participant le montant de la CSG et de la CRDS. Bien que cette règle s'impose, son application suscite le mécontentement des participants. De fait, le salaire pris en considération par l'institution pour calculer le montant de la rente est généralement un salaire net, après déduction de ces deux contributions. Il s'ensuit que le revenu de remplacement correspond au salaire net, réduit du montant de ces dernières. Le participant a donc l'impression d'en payer deux fois le montant.

Cette contestation ne peut aboutir dès lors que les institutions n'ont pas à payer les impôts des participants et qu'en tout état de cause, les indemnisations ont un caractère forfaitaire de telle sorte que leur montant peut être en-deçà de celui des ressources auxquelles elles se substituent. Pour autant, on conçoit la déception des participants qui attendent une indemnisation leur assurant une garantie effective de leur perte de revenu.

Le médiateur n'a pas à s'immiscer dans les décisions de gestion des institutions. Cependant, il lui revient de recommander des solutions qui permettent de rendre les garanties conformes aux attentes des participants. Il serait donc opportun de revoir cette méthode de calcul et de prendre pour salaire de référence, un salaire dit en « net social », c'est-à-dire déduction faite des charges sociales, mais avant prélèvement de la CSG et de la CRDS.

Si les institutions n'entendent pas faire évoluer leurs garanties, il conviendrait de clarifier les notices à cet égard afin de prévenir les mécontentements.

LA RENTE ÉDUCATION

En cas de décès, il est fréquent qu'outre le capital, les garanties prévoient une rente éducation au bénéfice des enfants mineurs et de ceux qui, devenus majeurs, poursuivent des études. Généralement, les contrats collectifs prévoient en cette dernière occurrence un versement de la rente jusqu'à l'âge de 25 ans compris. Il importe cependant que l'enfant majeur justifie de son statut d'étudiant.

Cette exigence est justifiée, mais elle crée une disparité de traitement entre les jeunes en études au sein d'écoles offrant une formation complète et ceux qui suivent un cursus universitaire structuré en trois parties (LMD pour licence, master et doctorat). Il est aujourd'hui fréquent que les étudiants prennent une année de césure en cours de formation. Ce dispositif est souvent prévu par les écoles, de sorte qu'au cours de cette année, les jeunes ne perdent pas leur statut d'étudiant. Il n'en est pas de même à l'université qui laisse les étudiants libres de faire une pause dans le suivi de leur formation, mais ne les maintient pas dans le statut. On devine la conséquence. Ces étudiants perdent alors le bénéfice de la rente éducation, alors que tel n'est pas le cas de ceux qui suspendent leur cursus au sein d'une école.

Cette différence de traitement est souvent justifiée au regard des stipulations des notices. Mais sur le fond, elle l'est beaucoup moins car, de fait, les situations sont les mêmes. Il serait donc souhaitable qu'une réflexion s'engage pour mettre un terme, sous conditions sans doute, à une distinction qui manque de raison d'être.

LES FRAIS DE SANTÉ

Le médiateur relève que les différends relatifs aux frais de santé demeurent nombreux et qu'ils sont le plus souvent liés à des incompréhensions. Certaines sont parfois cultivées avec un certain opportunisme par les plaignants ou les praticiens que ceux-ci consultent. Il n'en reste pas moins que les notices et même les règlements pèchent parfois par équivoque et des voies d'amélioration peuvent être identifiées.

Concernant les notices, il est opportun d'en expliciter les termes, au moins pour les plus anciennes.

Il existe une vraie difficulté à trouver le bon équilibre entre l'exigence de lisibilité, qui conduit à retenir un langage commun accessible au plus grand nombre, et celle de précision, qui risque de cantonner la lecture des notices aux seuls spécialistes. Il en est d'autant plus ainsi qu'il n'est pas possible de synthétiser dans une notice l'ensemble des nomenclatures de la Sécurité sociale.

Le bon compromis consiste probablement :

- dans un premier temps et dans le corps du texte, à utiliser un langage courant pour désigner les actes et frais donnant lieu à prise en charge (par ex. « dépassements d'honoraires », « implants », « chirurgie de l'œil ») ;
- dans un second temps, au moyen d'un appel de notes ou par l'utilisation de petits caractères, à préciser ce qu'il faut entendre par les termes utilisés en se référant soit aux nomenclatures disponibles sur le site AMELI, si elles sont en nombre limité, soit aux usages linguistiques des professions de santé concernées (par ex. ceux de la Société française d'ophtalmologie).

Concernant les estimations de remboursement faites par les institutions de prévoyance, il serait souhaitable de normaliser le processus aux fins d'éviter les incompréhensions.

Parmi les différentes voies possibles, on peut concevoir que les estimations soient faites en considération de devis établis par les professionnels, mais au moyen d'un formulaire édité par les institutions de prévoyance. Ce formulaire pourrait être présenté sur le modèle d'un questionnaire relatif à la nature des actes, à préciser selon les termes utilisés par le contrat collectif et la notice, ainsi qu'au montant total des honoraires et aux motifs d'éventuels dépassements.

Cette méthode devrait contribuer à dissiper les malentendus.

Il serait également opportun de prévoir, sous la forme d'une recommandation renforcée, **qu'au-delà d'un certain montant, une estimation de remboursement doive systématiquement être demandée par le participant.**

Il arrive par ailleurs trop souvent que les estimations de remboursement soient **assorties de tant de réserves que les participants se méprennent sur leur exacte portée.**

Ces réserves sont compréhensibles et une estimation de remboursement ne dispense pas les assurés de prendre connaissance des termes de la notice auxquels renvoie expressément l'estimation. Pour autant, lorsque ces termes portent une donnée contractuelle incontestable, comme l'existence d'un plafond annuel, il serait préférable d'en faire directement état dans l'estimation, au moyen d'une mention spécifique.

LES NOTICES D'INFORMATION

Le médiateur a fait savoir à propos de l'information due aux participants qu'il veille à une transmission effective plutôt qu'à consacrer des solutions par trop formalistes. Il n'en

reste pas moins que l'essentiel de cette information doit en principe transiter par la notice de l'article L. 932-6 du code de la sécurité sociale et que les institutions disposent à présent du recul nécessaire dans la mise en œuvre de ce texte, lequel au demeurant répond à un authentique besoin des participants.

Dans l'ensemble, la pratique des institutions est satisfaisante et en amélioration constante.

Cependant, certains points peuvent être améliorés :

- **L'archivage des notices :** trop souvent, les institutions ont quelques difficultés à les communiquer au médiateur, ce qui révèle un problème de classement qui doit pouvoir trouver une solution appropriée en interne ;
- **La preuve de la remise des notices :** les institutions n'ont pas à se substituer aux adhérents auxquels il revient d'assurer la transmission des notices aux participants ;

Lorsque l'adhésion d'un ancien salarié ou d'un ayant droit devient individuelle, la situation est différente et l'institution doit veiller à se préconstituer la preuve de l'envoi de la notice et de ses modifications conformément aux dispositions impératives de l'article L. 932-18 du code de la sécurité sociale : « Les dispositions de l'article L. 932-6 s'appliquent aux opérations collectives à adhésion facultative sous réserve de la faculté pour le participant de dénoncer son affiliation à l'institution de prévoyance en cas de modification apportée à ses droits et obligations dans un délai d'un mois suivant la réception de la notice. Pour les opérations individuelles, l'institution de prévoyance est substituée à l'adhérent en ce qui concerne les obligations qui pèsent sur ce dernier. »

Il n'échappe pas au médiateur que la préconstitution de cette preuve peut engendrer des frais de gestion non négligeables. Pour autant, la charge de la preuve de l'envoi de la notice et/ou de ses modifications pèse sur l'institution et il importe qu'elle soit en situation d'administrer cette preuve.

Plusieurs solutions sont envisageables : soit demander l'envoi d'un récépissé au destinataire (éventuellement par voie de courriel) ; soit justifier de l'envoi par un relevé informatique suffisamment explicite des diligences accomplies.

D'autres formules sont probablement envisageables ; il importe d'y réfléchir dès lors que cette question de preuve peut avoir des incidences financières significatives.

- **La rédaction des notices :** il convient ici de s'assurer que, conformément aux dispositions de l'article L. 932-6 du code de la sécurité sociale, les notices répercutent avec précision les clauses qui édictent « des nullités, des

déchéances ou des exclusions ou limitations de garantie ainsi que des délais de prescription ».

Les notices doivent aussi expliciter de manière complète les règles applicables en matière de prescription, telles qu'elles résultent de l'article L. 932-13 du code de la sécurité sociale. C'est une condition d'opposabilité de ces règles aux participants.

Concernant **les notices relatives aux frais de santé**, le médiateur recommande une clarification de la notion de « participation du patient » dans la notice remise aux participants. Il y aurait lieu d'indiquer :

- le caractère réglementaire de cette participation, ne serait-ce que par un astérisque renvoyant à une note de bas de page suffisamment explicite ;
- que la mention « frais réels » correspond aux frais exposés au titre de la « participation du patient », et non les frais exposés au titre des soins dispensés.

Il serait également souhaitable que les notices précisent les incidences chiffrées du dispositif des contrats responsables. Il est vrai que ces montants sont réglementairement fixés et varient à la discrétion des pouvoirs publics, de sorte qu'il n'est pas d'usage de les faire figurer dans une notice. Pour autant, ces variations ne sont pas telles qu'elles empêchent une information, sous réserve d'une évolution de la réglementation. Il en va de même pour le dispositif 100 % santé, qui suscite encore des déceptions de la part des participants.

LES INFORMATIONS AD HOC

L'information transite par les notices.

Cependant, les changements législatifs et réglementaires nécessitent une information *ad hoc*, au moment où ils sont décidés et encore lorsqu'ils sont mis en œuvre, le plus souvent de manière différée.

Le médiateur n'ignore pas que tel est l'usage.

Pour autant, certains différends sont significatifs d'une transmission insuffisante de l'information. *A minima*, les institutions de prévoyance doivent transmettre à leurs adhérents un document explicitant les conséquences pratiques des changements intervenus et leur signaler l'importance d'une communication individuelle au sein de l'entreprise. En cas de différend, les institutions doivent être en mesure de rendre compte des diligences accomplies.

LES INFORMATIONS ORALES

De nombreuses institutions enregistrent de manière régulière les conversations téléphoniques avec les participants, dûment informés du procédé.

Il est par ailleurs relevé que certaines institutions sont en mesure d'exploiter ces enregistrements et le font d'ailleurs en toute bonne foi, admettant à l'occasion que l'information orale délivrée était inexacte. Ce dont l'institution tire toute conséquence en admettant alors la nécessité de la prise en charge.

Il est exact que les données enregistrées ne sont pas conservées durablement de telle sorte que leur exploitation est limitée, précision étant apportée que l'impossibilité d'exploiter les enregistrements ne peut entraîner un renversement de la charge de la preuve.

Un effort de transparence doit être accompli et il serait opportun que les notices indiquent plus clairement :

- dans quelles conditions les conversations téléphoniques sont enregistrées ;
- la durée de leur archivage ;
- les modalités d'accès aux données enregistrées.

Pour l'instant, le médiateur relève que les institutions ont pris la mesure de cette difficulté, mais qu'elles sont encore à la recherche d'une solution optimale. Afin de résoudre le problème de l'archivage, il serait souhaitable qu'à brève échéance, les institutions généralisent la pratique suivie par certaines d'entre elles, consistant à conserver une trace écrite et synthétique des informations orales délivrées aux participants.

ANNEXES

108 ANNEXE 1 : Charte de Médiation
de la protection sociale (CTIP)

111 ANNEXE 2 : Adhérents à la Médiation
de la protection sociale (CTIP)

ANNEXE 1

CHARTE DE MÉDIATION DE LA PROTECTION SOCIALE (CTIP)

Médiation de la consommation, articles L. 611-1 et suivants du code de la consommation

1. Le Conseil d'administration paritaire du CTIP, désigné par les organisations syndicales signataires de la décision des partenaires sociaux du 4 novembre 2004, procède à la désignation du médiateur de la protection sociale par un vote à la majorité pour un mandat de trois ans renouvelable. Ce mandat est irrévocable, sauf cas de force majeure. Il est tenu compte pour cette désignation de ses aptitudes dans le domaine de la médiation ainsi que de sa compétence en matière d'assurance collective et individuelle.

2. Tout organisme d'assurance adhérent à la présente Charte conserve la possibilité de désigner un médiateur particulier, personnalité indépendante dans les conditions prévues au Titre Ier du Livre VI du code de la consommation. Dans ce cas, le médiateur de la protection sociale ne peut être saisi.

3. Les organismes d'assurance informent leurs entreprises adhérentes ou leurs souscripteurs ainsi que leurs participants ou leurs assurés de l'existence et des fonctions du médiateur de la protection sociale en précisant les conditions dans lesquelles les demandeurs peuvent recourir au médiateur, après épuisement des procédures internes de réclamation qui ne peuvent être supérieures à deux niveaux.

L'absence de réponse des organismes d'assurance dans un délai de deux mois à compter de leur saisine vaut épuisement des procédures internes de réclamation.

En l'absence de mise en œuvre des procédures internes avant la saisine du médiateur, ce dernier renvoie immédiatement, sauf opposition du demandeur, le dossier aux services internes de l'organisme d'assurance. Le délai de deux mois visé à l'alinéa précédent commence à courir à compter de la date de renvoi du dossier à l'organisme d'assurance.

4. La saisine du médiateur de la protection sociale

est ouverte dans les conditions prévues au Titre Ier du Livre VI du code de la consommation aux participants, bénéficiaires et ayants droit d'institutions de prévoyance ou d'unions d'institutions de prévoyance et aux assurés, participants, bénéficiaires et ayants droit d'organismes d'assurance affiliés à une structure de groupe adhérente au CTIP.

La saisine du médiateur de la protection sociale est également ouverte dans les conditions prévues par la présente charte aux entreprises adhérentes à une institution de prévoyance, à une union d'institutions de prévoyance ou aux souscripteurs d'un organisme d'assurance affilié à une structure de groupe adhérente au CTIP.

La saisine du médiateur de la protection sociale est également ouverte aux institutions de prévoyance, aux unions d'institutions de prévoyance, aux organismes d'assurance affiliés à une structure de groupe adhérente au CTIP avec l'accord de leurs participants, assurés, entreprises adhérentes ou souscripteurs.

Les parties ont la faculté, à leur charge, de se faire représenter par un avocat ou de se faire assister par toute personne de leur choix à tous les stades de la médiation.

5. Le médiateur de la protection sociale accomplit sa mission avec diligence et compétence, en toute indépendance et impartialité, dans le cadre d'une procédure transparente, efficace et équitable.

Nul ne peut être médiateur de la protection sociale s'il contrevient aux dispositions de l'article L. 931-7-2 du code de la sécurité sociale.

6. Le médiateur de la protection sociale dispose d'un budget distinct et suffisant pour mener à bien sa mission. Le médiateur de la protection sociale a la faculté, à sa charge, de se faire assister par toute personne de son choix à tous les stades de la médiation.

Chaque partie peut également solliciter l'avis d'un expert, dont les frais sont alors à sa charge. En cas de demande conjointe d'expertise, les frais sont partagés entre les parties.

Les organismes d'assurance qui souhaitent adhérer à la présente Charte en font la demande expresse et s'acquittent annuellement de leur cotisation.

7. Le médiateur de la protection sociale figure sur la liste des médiateurs établie par la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation.

8. Sont concernés par le présent dispositif :

- les litiges opposant une institution de prévoyance ou une union d'institutions de prévoyance à l'une de ses entreprises adhérentes ou à l'un de ses participants, bénéficiaires ou ayants droit en matière d'opérations collectives ou individuelles ;
- les litiges opposant un organisme d'assurance à l'un de ses assurés, participants, souscripteurs, bénéficiaires ou ayants droit en matière d'assurances de personnes collectives ou individuelles.

9. Un litige ne peut être examiné par le médiateur de la protection sociale lorsque :

- le demandeur ne justifie pas avoir tenté, au préalable, de résoudre son litige directement auprès de son organisme d'assurance par une réclamation écrite selon les modalités prévues, le cas échéant, dans le contrat ;
- la demande est manifestement infondée ou abusive ;
- le litige a été précédemment ou est actuellement examiné par un autre médiateur ou par un tribunal ;
- le demandeur a introduit sa demande auprès du médiateur de la protection sociale dans un délai supérieur à un an à compter de sa réclamation écrite auprès de son organisme d'assurance ;
- le litige n'entre pas dans le champ de compétence du médiateur de la protection sociale : les décisions rendues au titre de l'action sociale de l'organisme d'assurance ; le contrôle de la motivation des résiliations, les décisions d'augmentation des cotisations et les procédures de recouvrement des cotisations ne peuvent faire l'objet d'un recours auprès du médiateur de la protection sociale.

Dans tous les cas, le demandeur est informé par le médiateur de la protection sociale, dans un délai de trois semaines à compter de la réception de son dossier, du rejet de sa demande de médiation.

10. Le recours au médiateur de la protection sociale est gratuit.

Les saisines sont rédigées en langue française et adressées :

- soit par voie postale : Médiateur de la protection sociale (CTIP) - 10 rue Cambacérès - 75008 PARIS ;
- soit par Internet à l'aide d'un formulaire disponible sur le site <https://ctip.asso.fr/mediateur-de-la-protection-sociale-ctip/>.

11. Les organismes d'assurance adhérents à la présente Charte s'engagent à répondre dans un délai maximum de cinq semaines à toutes les demandes d'information ou de documents émanant du médiateur de la protection sociale. À défaut, la proposition de solution du médiateur de la protection sociale pourra être rendue au vu des seuls éléments transmis par le demandeur.

12. Le médiateur de la protection sociale informe le demandeur qu'il conserve le droit de saisir les tribunaux et de se retirer à tout moment du processus de médiation. Le médiateur de la protection sociale est informé sans délai de cette décision qui met fin à sa saisine.

13. Conformément à l'article 2238 du Code civil, la prescription est alors suspendue à compter du jour où les parties auront convenu de recourir à la médiation.

14. Si l'organisme d'assurance estime la prescription acquise avant saisine du médiateur de la protection sociale, il doit en informer explicitement le demandeur et le faire savoir, de façon motivée, au médiateur dès le premier échange de courrier avec ce dernier.

À défaut, il est réputé avoir renoncé au bénéfice de la prescription.

15. La proposition de solution du médiateur de la protection sociale intervient dans un délai de quatre-vingt-dix jours à compter de la date de la notification aux parties de la saisine du médiateur, cette dernière acquise à la réception des documents sur lesquels est fondée la demande du plaignant.

La notification est faite par voie électronique ou sur tout support durable.

Le médiateur de la protection sociale peut prolonger ce délai en cas de litige complexe. Les parties sont alors informées de cette prolongation ainsi que de la durée prévue pour la clôture du litige.

16. Toute proposition de solution rendue par le médiateur de la protection sociale précise qu'elle a été établie en considération d'éléments de droit et d'équité, mais aussi dans un souci de règlement amiable qui ne saurait correspondre à une approche juridictionnelle.

Le médiateur de la protection sociale rappelle aux parties qu'elles sont libres d'accepter ou de refuser cette proposition de solution ; que la participation à la médiation n'exclut pas la possibilité d'un recours devant une juridiction ; que la décision qui serait rendue par un

juge peut être différente de la proposition de solution du médiateur.

En cas d'acceptation de cette proposition de solution, le médiateur de la protection sociale précise aux parties que cette acceptation a valeur de transaction et empêche tout recours devant les tribunaux.

Les parties disposent d'un délai de quinze jours pour accepter ou refuser la proposition de solution du médiateur de la protection sociale.

17. La procédure de médiation et la proposition de solution du médiateur de la protection sociale sont soumises à l'obligation de confidentialité dans les conditions prévues par l'article 21-3 de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et de la procédure civile, pénale et administrative.

Les constatations du médiateur de la protection sociale et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être divulguées aux tiers ni invoquées ou produites dans le cadre d'une instance judiciaire ou arbitrale sans l'accord des parties.

Il est fait exception aux alinéas précédents dans les deux cas suivants :

- a) en présence de raisons impérieuses d'ordre public ou de motifs liés à la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ou à l'intégrité physique ou psychologique de la personne ;
- b) lorsque la révélation de l'existence ou la divulgation du contenu de l'accord issu de la médiation est nécessaire pour sa mise en œuvre ou son exécution.

18. Conformément aux dispositions de l'article R. 613-1 du code de la consommation, le médiateur de la protection sociale informe sans délai les parties de la survenance de toute circonstance susceptible d'affecter son indépendance, son impartialité ou de nature à créer un conflit d'intérêts ainsi que de leur droit de s'opposer à la poursuite de sa mission. Si l'une des parties refuse en conséquence de poursuivre la médiation, il est mis fin à la mission du médiateur.

Le médiateur de la protection sociale ne peut recevoir aucune instruction des parties.

19. La proposition de solution rendue par le médiateur de la protection sociale ne lie pas les parties. La décision de ne pas suivre cette proposition de solution est adressée au médiateur de la protection sociale par la direction générale de l'organisme d'assurance concerné et portée à la connaissance de son président.

20. Le médiateur de la protection sociale rédige un rapport annuel sur son activité comprenant les informations prévues par le code de la consommation. Ce rapport ne désigne nommément ni les personnes physiques ni les organismes d'assurance concernés.

Il est transmis chaque année par le CTIP à ses membres, à la Commission d'évaluation et de contrôle de la médiation ainsi qu'à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

ANNEXE 2

ADHÉRENTS À LA MÉDIATION DE LA PROTECTION SOCIALE (CTIP)

A2VIP	CIPREV
AG2R ARPÈGE	CPCEA RETRAITE SUPPLÉMENTAIRE
AG2R PRÉVOYANCE	CRPB-AFB
AGRI PRÉVOYANCE	CRP-BTP
ANIPS	INPR
APGIS	INSTITUTION AUSTERLITZ
APICIL ÉPARGNE	IPBP
APICIL PRÉVOYANCE	IPECA PRÉVOYANCE
AUDIENS SANTÉ PRÉVOYANCE	IPRIAC
BTP PRÉVOYANCE	IPSEC
CAISSE RÉUNIONNAISE DE PRÉVOYANCE	IRCEM MUTUELLE
CAPREVAL	IRCEM PRÉVOYANCE
CAPSSA	IRP AUTO IÉNA PRÉVOYANCE
CARCEPT PRÉVOYANCE	IRP AUTO PRÉVOYANCE SANTÉ
CARCO	KERIALIS PRÉVOYANCE
CARPILIG PRÉVOYANCE	KERIALIS RETRAITE
CCPMA PRÉVOYANCE	KLÉSIA PRÉVOYANCE
CCPMA RETRAITE SUPPLÉMENTAIRE	MALAKOFF HUMANIS PRÉVOYANCE
CGP	OCIRP
	UNIPRÉVOYANCE

NOTES





MÉDIATION
DE LA PROTECTION
SOCIALE (CTIP)

10 rue Cambacérès
75008 Paris
www.ctip.asso.fr