

MÉDIATION
DE LA PROTECTION
SOCIALE (CTIP)

RAPPORT
ANNUEL
D'ACTIVITÉ
DU MÉDIATEUR
2020



RAPPORT
ANNUEL
D'ACTIVITÉ
DU MÉDIATEUR
2020

SOMMAIRE

- 06 Présentation du Médiateur de la protection sociale (CTIP)
- 07 10 ans de médiation

1. OBSERVATIONS LIMINAIRES

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

2. DONNÉES QUANTITATIVES 2010-2020

- 14 Évolution sur les années 2010-2020
- 16 Les données quantitatives de l'exercice 2020

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 »
- 24 La protection des données personnelles
- 24 Observations conclusives

4. DEMANDES DE MÉDIATION 2010-2020

- 28 **Prévoyance collective**
- 28 **Nature des prestations**
 - Logique indemnitaire et principe forfaitaire
 - Incidence sur l'imputation de la CSG et de la CRDS
- 30 **Invalidité et incapacité**
 - Incidence de la crise sanitaire
 - Le fait générateur
 - La 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
 - La pluriactivité
 - Invalidité et retraite
 - Retard de paiement
- 41 **Capital décès**
 - La notion d'accident
 - La confidentialité de la désignation
 - L'identification du bénéficiaire
 - Le décès du bénéficiaire avant acceptation
 - L'incidence d'une séparation
- 48 **Rente d'éducation**
- 50 **Indemnité de fin de carrière**
- 51 **Contrats obsèques**
- 52 **Expertises internes (contrôle médical)**
- 55 **Fausse déclaration**
- 57 **Articles 2 et 7 de la loi Évin**
 - Les états pathologiques antérieurs
 - Le droit aux prestations différées
- 61 **Retraite supplémentaire**
 - Une dette quérable
 - Rente ou capital ?
 - Information
 - Incidence de la loi du 9 décembre 2016 (loi Sapin II)
 - Le particularisme des « régimes fermés »

RAPPORT ANNUEL D'ACTIVITÉ DU MÉDIATEUR 2020

65	Frais de santé
65	Incidence de la crise sanitaire
66	Clauses abusives
67	Dispenses d'affiliation
68	Soins transfrontaliers
69	Remboursements plafonnés
70	Estimations de remboursement (devis)
71	Dépassements d'honoraires
	Dentaire
	Kinésithérapie
	Médecins «non conventionnés»
	Frais d'hospitalisation
74	Optique
	Les montures
	La chirurgie réfractive
76	Dentaire
76	Kinésithérapie
77	Médecines alternatives
78	Maintien des garanties
78	Portabilité des garanties collectives
	Cessation du contrat de travail
	Mensualisation et franchise
	Portabilité et adhésion individuelle
	Portabilité, résiliation du contrat collectif, liquidation
81	Maintien des garanties frais de santé (article 4 de la loi Évin)
83	Questions générales
83	Intégrité des garanties
84	Notices d'information
	Absence de remise
	Cas des salariés bénéficiant du maintien des garanties
	Inexactitudes ou ambiguïtés de la notice
86	Répétition de l'indu
	Paiement indu et décision erronée
	Traitement de l'indu
	Prescription et preuve de l'indu
	Répétition de l'indu et compensation

89	Prescription
	Délai de déclaration du sinistre et délai de prescription
	Durée du délai
	Point de départ du délai de prescription
	Opposabilité de la prescription
	Suspension de la prescription
	Renonciation au bénéfice de la prescription
92	Informations orales
93	Décisions de gestion
93	Procédure de résiliation

5. RECOMMANDATIONS 2010-2020

96	Recommandations de l'année 2020
	La rente d'éducation
	La garantie accident
	La succession d'organismes assureurs
	Les estimations de remboursement
	La prescription
97	Recommandations thématiques
	Recommandation à l'usage des demandeurs
	Pour un meilleur usage du rapport annuel
	Pour une collaboration renforcée
	Pour une information plus claire de l'adhérent sur les procédures
	Le salaire de référence
	La CSG et la CRDS
	Les expertises internes
	Les frais de santé
	Les notices d'information
	Les informations ad hoc
	Les informations orales
	La répétition de l'indu

ANNEXES

106	ANNEXE 1 : Charte de Médiation de la protection sociale (CTIP)
109	ANNEXE 2 : Institutions de prévoyance adhérent à la Médiation de la protection sociale (CTIP)

PRÉSENTATION DU MÉDIATEUR DE LA PROTECTION SOCIALE (CTIP)



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 »

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 17 octobre 2019. Ce mandat est irrévocable, sauf cas de force majeure.

Monsieur Xavier LAGARDE, agrégé des facultés de droit depuis 1997, est actuellement Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon Sorbonne) et Directeur du Département de recherche « Sorbonne - Justice et Procès (IRJS) ». Il est membre honoraire de l'Institut Universitaire de France. Il est également Avocat à la Cour.

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

Solène BESNAULT
Juriste

Joshua LECARPENTIER-COHN
Juriste

Camille MOHAMAD-RIALLAND
Juriste

Cynthia RAVINDRAN
Juriste

10 ANS DE MÉDIATION

En septembre 2010, le CTIP se dote d'une instance de médiation. Six ans plus tard, au bénéfice de son agrément par les tutelles, elle devient la « Médiation de la protection sociale (CTIP) ». Elle fête aujourd'hui son 11^e anniversaire. Elle a le recul nécessaire pour l'établissement d'un bilan des 10 premières années. Il y a encore beaucoup à faire et à développer. Mais une chose est sûre, la médiation rend au moins trois services, aux participants et aux assurés, aux institutions de prévoyance, à la société globale.

UN SERVICE POUR LES PARTICIPANTS ET LES ASSURÉS

Les participants sont d'abord des assurés sociaux. Et c'est auprès des institutions de prévoyance qu'ils trouvent une protection sociale complémentaire à celle que leur offrent les régimes de base. Les garanties qu'apportent ces institutions sont donc de première importance, voire de principale subsistance, pour les assurés, spécialement lorsqu'il s'agit d'allouer un capital décès et une rente d'éducation à des ayants droit, ou encore de verser une rente complémentaire d'invalidité ou d'incapacité, et même de prendre en charge des frais de santé lorsque ceux-ci sont d'importance et faiblement remboursés. Des garanties de cet ordre ne s'accommodent pas. Il faut en assurer l'effectivité, sans qu'il en coûte aux bénéficiaires. C'est à cela que sert la médiation. Et elle y parvient.

Sur la seule année 2020, la médiation a ainsi permis de débloquer le versement de 6 rentes complémentaires d'invalidité, de 5 capitaux décès, de plusieurs pensions de retraites supplémentaires et le remboursement de frais de santé. Il ne suffit pas de demander pour avoir droit. Mais lorsque le droit parle pour le participant, la médiation assure la prise en charge. Ce n'est pas rien.



UN SERVICE POUR LES INSTITUTIONS DE PRÉVOYANCE

Quand les institutions résistent, elles le font de bonne foi. Le refus d'une prestation prend le plus souvent appui sur les termes d'un régime de prévoyance. Si le médiateur convainc l'institution d'aller au-delà, c'est que des normes plus impérieuses l'imposent. Simplement, la proposition du médiateur n'a jamais les allures d'un couperet, comme le sont parfois les décisions de justice attendues et largement commentées dans la presse spécialisée, voire généraliste. Si les raisons d'en aviser de telle ou telle manière sont publicisées dans le rapport annuel, la solution proposée par le médiateur reste confidentielle. Sous ce même sceau et sur les questions les plus sensibles, il arrive d'ailleurs qu'elle fasse l'objet d'un dialogue propre à dépassionner le débat. Devant un médiateur, on ne plaide pas, on s'explique. L'heure n'est pas aux dénonciations et aux arrêts, elle est au dialogue et à la recherche raisonnée d'une proposition acceptable. La médiation donne ainsi aux organismes assureurs une confiance dans l'action. Quand l'exigence de perfection tétanise, l'éventualité du défaut dynamise. La médiation permet aux institutions de se tromper sans tromper en les invitant à se corriger sans se déjuger. Elle est une régulation, d'autant plus efficace qu'elle opère en douceur.

UN SERVICE POUR LA SOCIÉTÉ GLOBALE

La Médiation de la protection sociale (CTIP) est saisie d'environ 1 000 dossiers par an, qualitativement les plus lourds, quand les médiateurs qui interviennent dans le domaine de l'assurance traitent environ 20 000 demandes par an et que leurs propositions, défavorables aux organismes assureurs dans environ 40 % des cas, sont suivies à plus de 95 %. Dans ces proportions, les services de médiation offrent ainsi un puissant substitut aux recours judiciaires, leurs coûts et leurs aléas. La justice mesure parfois mal l'allègement de sa charge, alors que la Médiation de la protection sociale (CTIP), au même titre que les autres médiations dites « de la consommation », est de celles qui donnent à l'amiable une aptitude à faire face à un contentieux de masse. Mais il y a plus. Dans une société que les temps présents rendent si nerveuse, la demande de justice s'accompagne d'une défiance à l'égard de l'institution judiciaire. Nulle critique, c'est un fait. Mais de la sorte, la médiation ressemble à l'une de ces heureuses surprises dont les sociétés matures ont le secret. Quand le mal est là, c'est que le remède arrive.

Au bout de 10 ans, il est permis de le dire : **la médiation, ça marche !**

1

OBSERVATIONS LIMINAIRES

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

TENIR (SES DÉLAIS) EN TEMPS DE CRISE, C'EST POSSIBLE

Il est d'usage que le Rapport du médiateur sorte quelques mois après la fin de l'année dont il récapitule les apports. Le traitement d'un dossier prend généralement trois mois, parfois plus en raison de sa complexité. Ainsi, à l'image des années précédentes, l'année 2020 s'est clôturée au milieu de l'année 2021.

Une année encore difficile au cours de laquelle il a de nouveau fallu composer avec la crise sanitaire. Pour autant, à l'heure où ces lignes sont écrites, la Médiation de la protection sociale (CTIP) est à jour dans le traitement des dossiers dont elle a été saisie. L'aptitude au règlement de situations contentieuses, dans les délais prévus et raisonnables, est une qualité suffisamment rare pour être légitimement mise au crédit du service de médiation.

Le médiateur tient de la sorte à remercier vivement les membres de l'équipe constituant le service dont les efforts constants ont permis d'en assurer la continuité, dans le respect des principes, spécialement la confidentialité, également la célérité.

Il est à noter que l'objectif a été atteint sans augmentation des effectifs et donc, « à coûts constants ». Cette réussite n'a ainsi été possible qu'en conséquence d'adaptations constantes des méthodes de travail de l'équipe, signe méritoire de son agilité. Il est probable également que la possibilité de maintenir l'activité du service en présence de ses membres, dans le strict respect des contraintes sanitaires, a constitué un élément favorable à cet égard. Le télétravail a ses vertus, mais dans la conduite d'une activité de médiation, la réalité des échanges a fait la preuve de leur efficacité.

PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE : 10 ANS DE MÉDIATION

Le rapport 2020 clôt le 10^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 2019 (869 dossiers). L'année 2020 marque un léger recul avec 787 dossiers reçus, qui s'explique probablement par les mesures gouvernementales liées à la crise sanitaire spécialement au cours du printemps 2020. La médiation est ainsi entrée dans les mœurs et devient un instrument usuel de résolution des différends ;
- le taux de réussite est proche de 95 % - 98 % si l'on extrait les données chiffrées d'une institution de prévoyance en désaccord avec les avis du médiateur qui lui sont défavorables - 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 1^{er} 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.

Il est vrai que le strict respect des délais imposés par ces dispositions est parfois difficile. Mais à ce jour et malgré la crise sanitaire, le dépassement occasionnel de ces délais tient essentiellement à la complexité des dossiers traités. Ainsi qu'il a été dit, le service de médiation sait donc s'adapter aux temps de crise, mais aussi à l'augmentation presque continue du nombre de saisines. Il est au reste important d'indiquer que :

- l'accroissement de la demande de médiation a pu avoir une incidence sur la célérité de son traitement, pas sur sa qualité ; la priorité a ainsi été donnée au maintien de cette dernière exigence ;
- l'augmentation du volume n'a pas altéré la continuité de l'activité : tous les dossiers qui en remplissaient les conditions ont donné lieu à proposition et/ou avis circonstancié du médiateur.

L'année 2020 aura par ailleurs permis d'accélérer la dématérialisation des échanges entre le service de la médiation, les plaignants et les institutions de prévoyance. La Charte de protection des données personnelles, établie en 2019, est désormais en cours de mise en œuvre.

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, récemment réformé par l'ordonnance du 10 février 2016.

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 d'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 près de 95 % 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 rejait 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, toutes les institutions de prévoyance et une union adhèrent au dispositif de Médiation de la protection sociale (CTIP) depuis que BTP-Prévoyance a rejoint le dispositif au 1^{er} janvier 2018.
- La médiation permet d'**améliorer le service rendu aux participants**. Dans un délai de trois mois après que le dossier a été complété à la demande du service de la médiation, les plaignants peuvent obtenir gratuitement un avis circonstancié, rendu par un médiateur indépendant, sur le fond des demandes qu'ils lui ont 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.

DU BON USAGE DU RAPPORT

Le rapport constitue à la fois un instrument de régulation et un outil de travail.

- **Un instrument de régulation** : 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.

- **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 2020, 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 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.

2

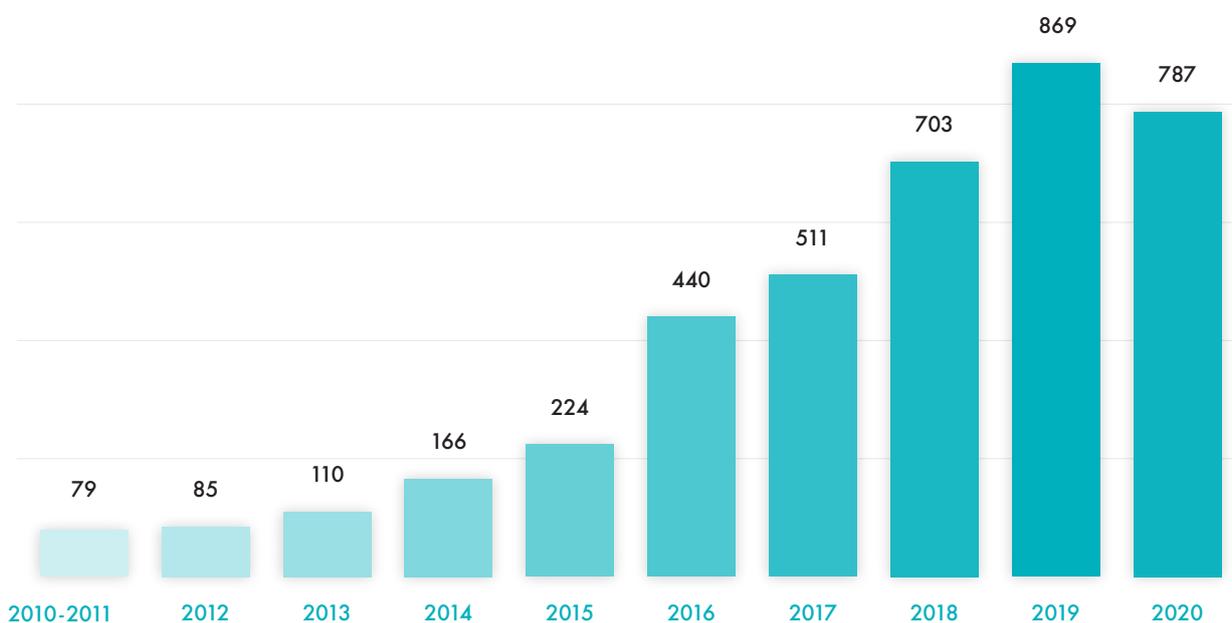
DONNÉES QUANTITATIVES 2010-2020

- 14 Évolution sur les années 2010-2020
- 16 Les données quantitatives de l'exercice 2020

ÉVOLUTION SUR LES ANNÉES 2010-2020

Depuis la mise en place du dispositif de médiation du CTIP, les saisines du médiateur ont régulièrement augmenté tout en restant dans des proportions prévisibles au moment de sa création : 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. L'année 2020 marque une légère baisse, avec

« seulement » 787 saisines. Les débuts de l'année 2021 permettent de mesurer que les chiffres de l'année 2020 ne marquent pas de retournement de tendance. Ils s'expliquent selon toute vraisemblance par le confinement particulièrement strict appliqué de mars à mai 2020. Dès lors que les contraintes sanitaires ont été allégées, les courbes sont reparties à la hausse.



La bonne connaissance du dispositif de médiation par les membres participants et l'adhésion de l'ensemble des institutions de prévoyance à ce dispositif expliquent l'accroissement structurel de cette activité.

Cette évolution ne peut en effet 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 à peu près similaires à l'évolution du 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 et 111 en 2020.
- **Le taux de réception des avis** ne varie pas : depuis les débuts de la médiation, **seuls 22 avis du médiateur sur 594 n'ont pas été suivis par l'institution de prévoyance** ; pour la seule année 2020, on compte 6 refus sur 111 avis,

soit un taux de succès proche de 95 %. Il n'est pas inutile d'indiquer que ce taux monte à 98 % ramené à l'ensemble des institutions de prévoyance, moins une.

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 :

- A 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 ;

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

- **Les saisines temporairement irrecevables représentent encore la plus grande part des dossiers traités par le service de la 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 et 57 % en 2020.

Elles sont la marque d'une certaine impatience des plaignants qui, après le rejet de leur demande, saisissent immédiatement la médiation avant même l'épuisement des procédures internes de réclamations de leur institution de prévoyance. Celles-ci ont cependant fait la preuve de leur efficacité.

Les dossiers qui font l'objet d'une irrecevabilité temporaire ne reviennent que rarement devant le médiateur, signe que les voies de recours internes ont permis leur règlement.

L'alerte donnée par le médiateur semble produire un effet positif sur la régularisation rapide par l'institution. Les saisines temporairement irrecevables ne sont donc pas la marque d'un dysfonctionnement ; au regard des attentes des plaignants, elles révèlent au contraire **l'efficacité du dispositif de médiation**.

Il serait d'ailleurs plus juste de considérer que **ces saisines sont en réalité temporairement recevables plutôt qu'irrecevables**. En effet, en l'absence d'épuisement des procédures internes, le service de médiation ne se dessaisit pas complètement du dossier dès lors qu'en

cas de silence gardé par l'institution pendant deux mois, l'instruction par le Médiateur reprend son cours sur simple demande du plaignant.

- **Les irrecevabilités définitives** liées à une mauvaise 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 et 26 % en 2020. On note une légère augmentation, qui demeure cependant peu significative eu égard à l'augmentation du nombre de saisines. Cela signifie que la compréhension de l'articulation des différents dispositifs de médiation est en progression constante. Au demeurant, 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 majorité de litiges concernent de nouveau la prévoyance, signe que les effets des récentes réformes en complémentaire santé sont désormais mieux assimilés par les participants et mieux traités par les institutions de prévoyance. Les retraites supplémentaires donnent également lieu à la saisine du médiateur. Le sujet reste encore assez rare en médiation, mais il implique systématiquement des enjeux financiers conséquents pour les participants et les institutions.

Si les évolutions s'inscrivent dans une continuité, les données quantitatives de **l'année 2020** confirment le **changement qualitatif** observé ces dernières années.

Au reste, les procédures sont constamment en cours d'optimisation (v. infra, LA PROCÉDURE DE MÉDIATION).

Ces phases de transition occasionnent parfois des retards, spécialement dans le traitement des dossiers les plus délicats, rappel étant fait que l'apparition d'une

certaine récurrence des demandes de médiation ne permet pratiquement jamais un traitement systématisé de ces dernières.

En toute transparence, le médiateur indique aux plaignants les raisons du retard pris dans le traitement de leur dossier et, dans l'ensemble, alors que l'objectif de qualité a toujours été la priorité, ces difficultés temporaires ont été bien comprises.

C'est à la lumière de ces données synthétiques qu'il y a lieu d'analyser les données quantitatives propres à l'exercice 2020.

LES DONNÉES QUANTITATIVES DE L'EXERCICE 2020

En 2020, 787 saisines ont été adressées au médiateur, contre 869 l'année précédente.

Pour la première fois, le nombre de saisines en ligne a dépassé le nombre des saisines postales, s'établissant à 53 % du total des saisines réceptionnées par le service de médiation. Cette tendance se confirme en 2021.

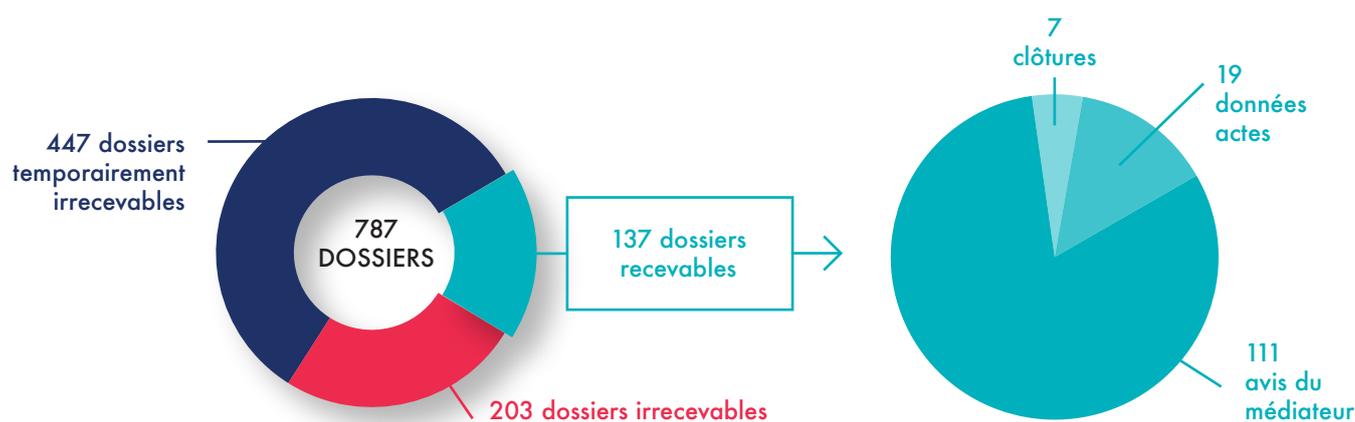
Conformément aux dispositions de l'article R. 614-2 du code de la consommation, les données quantitatives seront présentées comme suit.

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

- Dans 447 dossiers, les participants n'ont pas épuisé les procédures internes de réclamations prévues par leur institution de prévoyance.

Après une première analyse du dossier, le service de la médiation les informe que leur demande sera examinée en priorité par le service en charge du traitement des réclamations. Cette procédure est conforme aux dispositions 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 ».

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



- Dans 137 dossiers, les procédures internes de réclamation ayant été épuisées, une période d'instruction s'engage entre le service de la médiation, le participant et son institution de prévoyance.

À l'issue de l'instruction, le médiateur a rendu 111 avis et a pris acte de la résolution du litige par l'institution et à l'avantage du participant dans 19 dossiers. Ces règlements spontanés à l'avantage du participant interviennent 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 plainte 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.

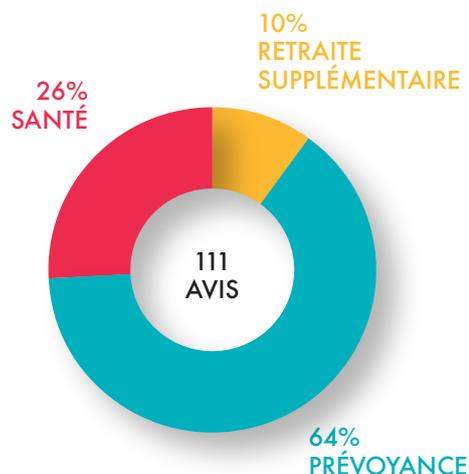
Le service de la médiation a procédé à la clôture de 7 dossiers insuffisamment documentés. Il arrive que, malgré des demandes réitérées, certains plaignants ne fournissent pas de pièces justificatives de leurs demandes. A défaut de retour dans un délai de deux mois et eu égard aux nécessités qu'impose une bonne administration du service de la médiation, le médiateur se réserve le droit de considérer que la demande est « manifestation 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, le médiateur a donné satisfaction aux participants dans 40 % des dossiers (avec 33 avis totalement ou partiellement favorables et 19 prises d'acte) et leur a donné tort dans 60 % des dossiers (avec 78 avis défavorables).

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 qu'aucune action contentieuse n'a, semble-t-il, été entreprise par un participant, alors même que les enjeux sont souvent significatifs, spécialement en matière de prévoyance.

En 2020, 89 % des avis rendus concernent des contrats collectifs et seulement 11 % de ces avis portent sur des contrats individuels. 64 % des avis concernent des

garanties de prévoyance (incapacité / invalidité / décès), 26 % des garanties de frais de santé et 10 % les retraites supplémentaires.



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

Ces éléments sont exposés aux parties du présent rapport, portant respectivement sur les « Demandes de médiation 2010-2020 » et les « Recommandations 2010-2020 ».

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

Dans 203 dossiers, la demande du participant a été jugée définitivement irrecevable par le service de médiation. Il s'agit soit de demandes dirigées à tort contre d'autres organismes, soit de litiges à l'égard desquels le médiateur est sans compétence.

Les différents motifs de refus concernent des dossiers dirigés contre :

- des institutions de retraite complémentaire (14 %).
- des sociétés d'assurance régies par le code des assurances (25 %) ;
- des mutuelles régies par le code de la mutualité (14 %).

Les 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 d'assureur, contrôle de la motivation des résiliations (47 %).

Dans chacun de ces cas, le service de médiation communique 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

Les dossiers soumis au médiateur en 2020 ont été pratiquement tous analysés et traités jusqu'à leur clôture, intervenue soit par l'effet du constat d'une irrecevabilité, soit en conséquence d'un avis sur le fond du litige valant proposition de règlement du différend.

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

E) La durée moyenne nécessaire à la résolution des litiges

Compte tenu des difficultés particulières rencontrées en 2020 (v. supra, ÉVOLUTION SUR LES ANNÉES 2010-2020) et au début de l'année 2021, les litiges soumis au médiateur ont été résolus en moyenne dans un délai de 121 jours entre la date de réception du dossier complet par le service de médiation et l'avis (soit une moyenne de 4 mois).

Il faut cependant préciser que dans la plupart des cas, le délai de 3 mois est tenu, l'allongement de la durée moyenne étant la conséquence du traitement requis par les dossiers

les plus complexes, lequel peut impliquer une prise de position des instances délibératives des institutions. En cas de prorogation du délai, le médiateur en informe le participant et l'institution dans les termes prévus par la Charte de médiation en application des dispositions de l'article R. 612-5 du code de la consommation. En principe, le délai de prorogation n'excède pas 2 mois.

F) Le pourcentage des médiations qui sont exécutées

En 2020, les avis et propositions du médiateur ont été suivis et exécutés par les institutions de prévoyance (95 %), à l'exception de six dossiers, deux en réalité si l'on fait abstraction des refus provenant tous de la même institution.

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

En 2020, le médiateur n'a pas été amené à coopérer au sein de réseaux de médiateurs de litiges transfrontaliers.

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 »
- 24 La protection des données personnelles
- 24 Observations conclusives

Les aménagements de la Charte de médiation de la protection sociale (CTIP), en conséquence de l'adoption du nouveau cadre légal et réglementaire de la Médiation de la consommation et les difficultés rencontrées en 2019, 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.

LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE

L'information sur le déroulement de la procédure résulte d'une lecture attentive de la Charte de médiation. De surcroît, elle est aisément accessible sur le site Internet du CTIP et elle figure dans les correspondances adressées aux plaignants après saisine.

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 la médiation est le fait d'un participant ou de l'un de ses ayants droit. 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 la 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 mis en œuvre les voies de recours internes de l'institution.

L'article L. 612-1 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 ».

En cas d'irrecevabilité à défaut d'épuisement des voies de recours internes, le service de la 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 demandeur.

Il convient également de rappeler que le service de la 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'explicitier cette dernière, et à l'institution d'établir une note récapitulative, comportant une chronologie des faits, une justification de sa position et 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 la médiation des documents sur lesquels est fondée la demande du plaignant (art. 15 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 maintenir les délais de 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 la médiation s'est donc renforcé par l'intégration de deux 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 point de vue en vue 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 15 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**, d'un à deux mois. 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**. 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. A 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).

Cette technique s'exerce de surcroît dans l'intérêt exclusif des participants assurés 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 demeurerait 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 16 de la Charte, les solutions proposées par le médiateur sont établies « 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 ».

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'éluider **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 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 indemnitaires 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 les moyens nécessaires au fonctionnement utile 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**.

Les plaignants doivent 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 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 dix ans, ce service de médiation s'est imposé comme une référence capable de traiter :

- En temps utile et probablement est-ce la seule dans son secteur ;
- 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 ayant droits, 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 2010-2020

- 28 Prévoyance collective
- 61 Retraite supplémentaire
- 65 Frais de santé
- 78 Maintien des garanties
- 83 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.

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.

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^{re} 29 juin 1999, pourvoi n°97-15.729).

Ce principe est au demeurant 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).

Dans ces conditions, aucune règle impérative n'oblige les institutions de prévoyance à stipuler des prestations permettant une indemnisation totale de la perte de revenus qu'engendre un état d'invalidité.

Le médiateur peut recommander en termes généraux (v. infra RECOMMANDATIONS) que les « garanties de ressources » soient plus conformes aux attentes des participants, mais il ne peut en l'espèce préconiser une solution contraire aux termes d'un contrat qui ne méconnaît aucune règle impérative.

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 déduction 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 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 RECOMMANDATIONS).

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 du 25 mai 2004 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 ».
- A 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.

Encore que l'hypothèse demeure marginale, le médiateur regrette que certains dossiers techniques lui remontent essentiellement en conséquence d'une insuffisance de pédagogie des services de gestion. Le plus souvent, il s'agit de litiges portant sur des calculs complexes de rentes qui nécessitent une analyse approfondie.

Le médiateur demande aux correspondants médiation de veiller à ce que ces dossiers soient étudiés plus efficacement entre les services de gestion et les services en charge du traitement des réclamations. Plus ces dossiers sont traités en amont, plus leur traitement est rapide et efficace.

Le calcul des rentes pose cependant des questions de principe, légitimement portées à la connaissance du médiateur, et qui ont généralement pour objet **le calcul du salaire de référence**.

Par principe, il convient de prendre parti eu égard aux stipulations du contrat collectif. Il arrive cependant qu'il y ait des ambiguïtés de telle sorte qu'une interprétation est nécessaire.

Aux fins d'éviter toute discussion, la meilleure solution est de clarifier les notices, ainsi qu'il a été recommandé en ces termes dans le Rapport pour l'année 2015 (p. 35) :

« 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), au contraire, ceux qui en sont exclus (par ex. une indemnité compensatrice de congés payés) ».

Cette recommandation ne règle pas toutes les difficultés. Lorsque celles-ci persistent, elles ont principalement 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.

Auparavant, il convient de préciser, on l'espère temporairement, les incidences de la crise sanitaire sur le traitement des incapacités et invalidités.

INCIDENCE DE LA CRISE SANITAIRE

La question a été posée de savoir comment traiter en prévoyance les arrêts de travail dont ont bénéficié les parents d'enfants de moins de 16 ans, pendant une partie de la première période de confinement. On sait en effet qu'en vertu du décret n° 2020-73 du 31 janvier 2020, ces parents ont pu recevoir des indemnités journalières lorsque les contraintes sanitaires leur faisaient obligation d'assurer la garde de leurs enfants. Ce dispositif dérogatoire a pris fin le 30 avril 2020 dès lors que l'article 20 de la loi n° 2020-473 du 25 avril 2020 de finances rectificative pour 2020 a prévu qu'à compter du 1^{er} mai 2020, les salariés bénéficiant d'un arrêt de travail

dérogatoire pour garde d'enfant devaient être placés automatiquement en activité partielle. Pour tenir compte de cette disposition, le décret n° 2020-520 du 5 mai 2020 a modifié le décret n° 2020-73 du 31 janvier 2020 pour mettre fin, à compter du 1^{er} mai 2020, à la possibilité pour ces salariés de bénéficier d'indemnités journalières.

Fallait-il assimiler ces arrêts de travail à des incapacités temporaires, au sens des régimes de prévoyance, ouvrant droit, de ce fait, au bénéfice d'indemnités complémentaires ? La réponse de principe a été la suivante. Les dispositions ayant permis la prise en charge par les caisses de sécurité sociale de ces arrêts de travail présentent un caractère exceptionnel. Elles sont en effet dépourvues de généralité et de permanence pour porter des mesures circonscrites dans le temps, en l'espèce du 12 mars au 30 avril 2020, et ne s'appliquant qu'à certaines entités spécialement définies, les caisses de sécurité sociale et non les organismes assureurs. Il n'y a donc pas lieu d'interpréter les stipulations générales des contrats collectifs à la lumière de ces mesures dépourvues de généralité. Les situations auxquelles celles-ci ont donné lieu, par exemple un arrêt de travail dérogatoire, doivent être traitées comme tout autre sinistre de sorte qu'elles peuvent donner lieu à prise en charge à la condition d'entrer dans les prévisions et qualifications de ces contrats. Ainsi, lorsque le risque garanti consiste dans un arrêt de travail ayant pour cause la maladie et l'accident, un arrêt justifié dans le cadre des mesures dérogatoires par la garde d'un enfant de moins de 16 ans n'entraîne donc pas la mise en œuvre de la garantie. La solution est sans doute sévère mais elle est légalement justifiée.

Pour autant, le médiateur a observé que, dans l'ensemble, les institutions de prévoyance ont en équité prévu des compensations, de fait bien venues. Il a pris acte de cette aide ponctuelle qui permet une prise en charge complémentaire partielle des arrêts de travail dérogatoires en période de crise sanitaire, là où les conditions contractuelles excluaient toute prise en charge de ces arrêts en l'absence de maladie.

LE 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 Evin (*v. infra*).

Même ainsi clarifiée, 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 est versée aux salariés en arrêt de travail pour maladie, accident de la vie courante, accident du travail et 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 générateur 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 générateur, 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 prévoit 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 prévoyaient désormais une telle couverture. Si le contrat collectif fixe le fait générateur 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. soc. 28 juin 1989, pourvoi n°87.12-769 P ; 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 requière de s'en tenir à un seul fait générateur. C'est en quelque sorte le coût de la nécessaire prévisibilité dans l'appréciation des risques.

LA 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.

Il faut donc en priorité s'en tenir à la lettre du contrat collectif, pourvu que les stipulations soient claires et

précises. **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 suivantes.

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 **indemnitaires**.

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.

De même, la contrepartie financière de l'obligation de non-concurrence ne peut être ainsi 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 effective 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.

Les 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 prévoit des modalités de détermination du salaire de référence différenciées 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 gain journalier de base est déterminé d'après la ou les dernières payes antérieures à la date de l'interruption du travail ».

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 paye 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 précédant l'interruption effective de travail » (Cass. civ. 2° 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 précédant 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, a 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° 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 peut 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, B. 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 destiné 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.

Le 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°14-28.283), 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 précédant 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 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.

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 de 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 le salarié 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.

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.

L'hypothèse du **chômage partiel** (art. 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 précédant l'arrêt de travail et correspondant à une activité à temps complet. Naturellement, le participant doit être indemnisé en considération de ce qu'il percevait s'il était en mesure d'avoir une activité.

Si son employeur décidait de nouveau d'arrêter une période de chômage technique, la participante ne pourrait prétendre à plus que ce qu'elle serait en mesure de percevoir à ce titre.

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. 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 n'aura pas été rémunéré et n'aura donc pas cotisé.

La situation est bien différente lorsqu'au moment de l'arrêt de travail ayant précédé la déclaration d'invalidité, le participant perçoit l'allocation de retour à l'emploi. Tout dépend des termes du contrat collectif, mais il n'y a pas d'irrégularité à ce que celui-ci prévoit un plafonnement des indemnités dues à 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 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.

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^{re} 29 juin 1999, pourvoi n°97-15.729).

Sous un angle indemnitaire, au reste, les thèses en présence sont également admissibles :

- 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.

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 :

- En premier lieu, le médiateur a fait savoir dans son rapport pour l'année 2013 (p. 14 et 15) que « des difficultés apparaissent lorsque le participant, invalide de première catégorie, maintient une activité salariée à temps partiel. En pareille hypothèse, le plafond est en général égal au salaire net qu'il percevrait s'il travaillait à temps complet ».
- En second lieu, le principe indemnitaire auquel les documents contractuels font référence ne peut être compris de la même manière selon que l'invalidité prive le salarié de toute activité professionnelle ou selon qu'elle permet encore une activité à temps partiel.

Dans le premier cas, 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.

La situation est différente dans le second cas dès lors que le salarié frappé d'une invalidité de 1^{re} catégorie exerce encore une activité à temps partiel, que sa perte consiste dans son inaptitude à travailler à temps plein, qu'elle est de surcroît évaluable et certaine dès lors que la rémunération du temps partiel est connue.

Sauf stipulations contraires expresses et non équivoques, il est donc conforme à l'économie d'une garantie invalidité de considérer qu'elle permet de maintenir les ressources passées d'un salarié définitivement privé d'activité et de rémunération tandis qu'elle compense la perte de rémunération de l'invalidé en mesure de conserver une activité à temps partiel.

Il faut cependant réserver 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^{re} 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, dans une profession quelconque, un salaire supérieur à une fraction de la rémunération normale perçue dans la même région par des travailleurs de la même catégorie, 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 si celle-ci résulte de l'usure prématurée de l'organisme ».

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. Ce point est acquis en jurisprudence dès lors que la Cour de cassation juge que :

« **La rente** versée à la victime d'une maladie professionnelle **indemnise**, d'une part, **les pertes de gains professionnels** et l'incidence professionnelle de l'incapacité, **d'autre part, le déficit fonctionnel permanent** ; qu'en l'absence de perte de gains professionnels ou d'incidence professionnelle, cette rente indemnise nécessairement le poste de préjudice personnel du déficit fonctionnel permanent » (Cass. civ. 2^e 8 octobre 2009 pourvoi n°08-17.884, Bull. civ. II n°244).

Il peut donc 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 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.

A 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 **cesse en tout état de cause à l'âge auquel cesse 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.

LA 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 nette 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 ».

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 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 prévoient 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 (65 ans) : les assurés n'auront 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 tout en précisant que (article 9 de la Charte de médiation de la protection sociale (CTIP)) :

- 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 ».

A 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.

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. A 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 important, 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.

LA 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 actuariel.

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*, in *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 lieux et places 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.

La « 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^{er} 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^{er} 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'écarter sans risque d'erreur la qualification d'accident au sens de la prévoyance.

La 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'était « exclue toute cause interne par antécédent pathologique » (Cass. civ. 2^e 8 mars 2006, pourvoi n°05-10253).

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.

Dans cet esprit, il est admis que n'est pas accidentel, le décès d'un assuré à la suite d'une intervention chirurgicale dès lors que le « décès est consécutif à un infarctus survenu à la suite de complications postopératoires et [une] probable perforation digestive [...] compatible avec l'aléa thérapeutique qui restait, selon eux, la complication postopératoire la plus fréquente dans ce type d'intervention » (Cass. civ. 2^e 3 septembre 2009, pourvoi n°08-17.303).

Dans ce cas, ce n'est pas l'intervention du médecin qui est la cause du décès, mais les pathologies du patient dès lors que les complications opératoires ne témoignent pas d'un manquement aux règles de l'art.

C'est dans le même esprit que les juges du fond retiennent que ne présente pas de caractère accidentel la chute domestique d'une personne âgée, provoquant une fracture du col du fémur, puis, à la suite de complications, le décès (Cass. civ. 2^e 21 février 2008, pourvoi n°06-12.964).

C'est qu'en effet, chez une personne plus jeune, ce type de chute et de fracture ne présentent 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 improbable 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.

La 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^{re} 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^{re} 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.

Le 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 personne, 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'accident. Il n'est pas douteux que les auteurs de telles notices n'avaient pas anticipé les évolutions de la jurisprudence ayant permis l'apparement 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.

LA 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 réponse 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.

L'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 cujus de le 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.

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 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^{er} 6 mai 1997, pourvoi n°95-15.319, Bull. civ. I n°136).

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).

LE 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^{er} 9 juin 1998, pourvoi n°96-10.794, B. I n°202 ; Cass. civ. 1^{er} 5 novembre 2008, pourvoi n°07-14.598, B. 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 réserver 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 réserver 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.

L'INCIDENCE D'UNE SÉPARATION

Il n'est pas rare que la personne dont le décès justifie le versement d'un capital se soit antérieurement séparé 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'écarter 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 dérogeant 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, 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 D'ÉDUCATION

Le 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 d'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 d'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 inférieurs 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 d'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 d'éducation.

Cette solution n'était pas de nature à heurter la « logique indemnitaires » (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).

A noter que la condition de poursuite « **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 » 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 ».

Le 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

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 assez chaotiques.

Sauf stipulation plus favorable, 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, solution implicite). 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.

Il arrive que le contrat collectif prévoie alors qu'au terme d'une décision discrétionnaire, l'institution accorde une indemnité au bénéfice des « affiliés qui ne terminent pas leur carrière dans la profession pour cause de longue maladie, d'invalidité ou licenciés de la profession et n'ayant pu retrouver aucune autre activité par la suite [...] ». Ainsi qu'il est régulièrement rappelé dans les rapports annuels du médiateur, et tout spécialement dans le rapport annuel pour l'année 2013 (page 11), « 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 ».

À cette occasion, il a même été précisé dans le rapport que : « 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 ».

L'année 2016 avait déjà été l'occasion de faire application de ces principes et de préciser que les conséquences individuelles de telles 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.

Les dernières années ne justifient pas d'évolution de la doctrine du médiateur sur cette question. Pour autant, elle est l'occasion de constater 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.

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 est certain que sur une longue période, la garantie obsèques est d'un intérêt restreint voire insignifiant pour le souscripteur. Cependant, les intéressés ont chaque année la possibilité de mettre un terme à leur adhésion et d'affecter le montant des primes à un produit d'épargne.

Les associations de consommateurs se sont fait l'écho de l'absence d'intérêt de ce type de garantie. Pour autant, ce qui peut susciter un mouvement consumériste légitime est pour l'heure sans portée juridique et le médiateur ne dispose d'aucun fondement pour écarter les stipulations d'un contrat dont l'illicéité n'est pas démontrée.

EXPERTISES INTERNES (CONTRÔLE MÉDICAL)

Les contrats collectifs et règlements des institutions prévoient tous la possibilité de diligenter des contrôles médicaux aux fins d'apprécier 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 le tribunal du contentieux de l'incapacité (art. R. 143-7 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. Ce point fait l'objet d'une recommandation (v. infra).

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 recusés 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 (v. partie « Recommandations 2010-2019 »). A noter toutefois, une légère reprise de l'activité dans ce domaine, dans une configuration il est vrai un peu particulière.

Cas particulier : les garanties « inaptitude »

Certaines professions dont l'exercice engage le sort d'autrui, comme le transport de personne, 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

Sur l'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 aux dites 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° 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'apprécier 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°87-17612), ou encore celui qui garde le silence sur des pathologies lourdes (Cass. civ. 1^{re} 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 que 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'infirmier 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.

Sur les 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'éluder **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 contraint 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 Evin », 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 différées. 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 différées, ou le second au titre de la prise en charge des états pathologiques antérieurs.

LES ÉTATS PATHOLOGIQUES ANTÉRIEURS

Ainsi qu'il a été dit, selon les dispositions de l'article 2 de la loi Evin, « 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^{re} 7 juillet 1998, pourvoi n°96-13.843).

Cette disposition contraint donc l'organisme assureur à prendre en charge les sinistres ayant un fait générateur — les états pathologiques — antérieur à la prise d'effet du contrat et ainsi à verser le capital dû en cas de décès d'un salarié déjà malade lors de l'adhésion de son employeur. Pour autant, la reprise des états pathologiques antérieurs procède d'un « principe de non-sélection individuelle des risques » (Cass. civ. 1^{re} 13 février 2001, pourvoi n°98-12.478, P.) qui interdit l'exclusion de salariés à raison de pathologies déclarées, et elle n'oblige pas les organismes assureurs à couvrir des risques d'ores et déjà réalisés et à pallier l'absence d'un éventuel droit aux prestations différées.

Lorsque deux organismes assureurs se succèdent, l'application de ces directives peut donner lieu à une casuistique parfois subtile qui peut légitimement échapper aux participants. Un exemple pour comprendre. Soit un salarié qui fait l'objet d'une reconnaissance d'invalidité de rang 1 alors que son régime de prévoyance le rattache à un premier organisme assureur, et qui est ensuite classé en invalidité de rang 2 alors que la prévoyance est désormais le fait d'un second organisme assureur :

- Si le participant a été pris en charge lors de la reconnaissance de son invalidité de rang 1, le premier organisme assureur indemnise l'invalidité de rang 2 au titre du droit aux prestations différées ;
- Si le participant n'a sollicité aucune prise en charge, son invalidité n'apparaît jamais que comme un état pathologique qui doit donner lieu à reprise de sorte que le second organisme assureur doit prendre en charge l'invalidité ;
- Si le participant a sollicité une prise en charge auprès du premier organisme assureur mais qu'aucune indemnisation n'a eu lieu, par exemple, en raison de la règle de cumul, la reprise des états pathologiques est plus incertaine ; l'invalidité de rang 1 a été déclarée de sorte que le sinistre était réalisé au moment de l'entrée en vigueur du second régime de prévoyance et qu'il est difficile de contraindre le second organisme assureur à une prise en charge.

Il faut bien l'admettre, ces distinctions sont peu intelligibles pour les participants et il serait souhaitable qu'une meilleure articulation des régimes de prévoyance s'opère lors d'une succession d'organismes assureurs.

LE DROIT AUX PRESTATIONS DIFFÉRÉES

Selon les dispositions de l'article 7 de la loi Evin : « 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).

Cette jurisprudence n'est sans doute pas exempte de critiques.

En effet, selon l'article L. 341-3 du code de la sécurité sociale, « l'état d'invalidité est apprécié en tenant compte de la capacité de travail restante, de l'état général, de l'âge et des facultés physiques et mentales de l'assuré, ainsi que de ses aptitudes et de sa formation professionnelle ». Le classement en invalidité procède en conséquence d'une appréciation globale de l'intéressé et intègre d'autres composantes que la seule « capacité de travail ». Elle peut avoir bien d'autres causes qu'un accident de travail survenu près de 15 ans avant la décision de classement. Le lien de causalité avec le fait générateur peut être incertain de sorte qu'on peut douter d'une reconnaissance systématique du droit à prestations différées en pareille circonstance.

Pour autant, au titre des principes qui gouvernent la médiation des institutions de prévoyance, il a été arrêté que « les participants bénéficient des jurisprudences acquises, seraient-elles contestables » de sorte qu'ils ne sauraient être « privés du bénéfice des règles protectrices et impératives » (Rapport annuel 2012, p. 14) 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 générateur survenu au cours de la période de validité.

Ces solutions rigoureuses comportent néanmoins des nuances.

Concernant les garanties incapacité et invalidité, la jurisprudence conditionne doublement le droit aux prestations différées et, en conséquence, le maintien des garanties en cas de résiliation ou de non-renouvellement du contrat collectif :

- le fait générateur de l'incapacité puis de l'invalidité s'est 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°14-16.604) ;

- l'organisme assureur a commencé à verser des prestations au moins au titre de la première (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°13-680, Bull. civ. II n°52).

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). Ce n'est donc qu'en l'absence de prestations dues pendant la période de garantie que le participant ne saurait 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).

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°14-27.220, 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°08-15.390, 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 Evin n'est donc pas conditionnée au versement préalable d'une prestation au titre d'une invalidité.

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 Evin 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).

Il y a lieu de préciser ici que le versement par anticipation d'un capital décès au bénéfice d'un invalide relève de la garantie invalidité et non de la garantie décès. La Cour de cassation décide donc que le classement en invalidité ouvrant le 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.

RETRAITE SUPPLÉMENTAIRE

UNE 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 sollicité. 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. En quelque domaine que ce soit, celle-ci ne requiert pas une information spécifique.

En l'espèce, l'ensemble des textes de référence confirmait cette donnée de principe. Les statuts indiquaient ainsi que « le service de la pension [...] intervient au plus tôt au premier jour du mois suivant celui au cours duquel la demande est formulée par le bénéficiaire ».

Un Accord national interprofessionnel de retraite complémentaire disposait sans équivoque que : « L'allocation est quérable et non portable : la liquidation des droits du participant ou de ses ayants droit ne peut intervenir que sur la demande des intéressés. L'allocation prend effet au premier jour du mois civil qui suit celui au cours duquel la demande de liquidation a été déposée ».

Les dispositions de l'article L. 932-41-2 du code de la sécurité sociale sont encore en ce sens (voir infra « Information »).

Sous l'angle de l'équité, il peut être observé que ce dernier 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 sont en principe servies sous forme de rente et ne peuvent donner lieu à un rachat (en capital) par les bénéficiaires.

Il faut ici rappeler que l'article 83 du code général des impôts (CGI) dispose que « le montant net du revenu imposable est déterminé **en déduisant** du montant brut des sommes payées et des avantages en argent ou en nature accordés : [...] **2° Les cotisations ou primes versées aux régimes de retraite supplémentaire** [...] lorsqu'ils ont pour objet l'acquisition et la jouissance de droits viagers, auxquels le salarié est affilié à titre obligatoire ». Pour autant, ce régime applicable aux régimes de retraite supplémentaire, fiscalement avantageux, s'applique à la condition de respecter certaines exigences rappelées dans l'instruction fiscale n°195 du 25 novembre 2005 (B.O. Impôts 5 F-15-05), parmi lesquelles l'absence de faculté de rachat, sauf quittances d'arrérages à un montant inférieur à celui retenu par l'article A. 160-2 du code des assurances. Précisément, l'article A. 160-2 du code des assurances dispose que « les entreprises d'assurance sur la vie peuvent, 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 40 euros**, en y incluant le montant des majorations légales ». A noter que ce seuil a été relevé à 100 € par arrêté du 7 juin 2021, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2021.

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 à 40 €. La mise en œuvre de cette norme appelle quelques précisions :

- Le seuil de 40 € applicable à la rente viagère mensuelle non réversible doit être apprécié à la date de la demande de liquidation de ses 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 40 € a été fixé en application de l'article 83 du CGI 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 à 40,99 € ne dépassent donc pas le seuil de 40 €, d'un point de vue fiscal et peuvent ainsi donner lieu à l'exercice de la faculté de rachat.

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 prévoyance 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 ». L'information n'est donc due qu'une fois la demande de liquidation formée par le salarié prenant sa retraite.

L'information n'est donc due par l'institution de prévoyance qu'en cas de cessation du contrat de travail du salarié. Un salarié qui est toujours comptabilisé dans les effectifs de l'entreprise n'est donc pas créancier d'une obligation d'information spécifique à l'égard de l'institution.

INCIDENCE DE LA LOI DU 9 DÉCEMBRE 2016 (LOI SAPIN II)

Depuis la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite loi Sapin II), les dispositions de l'article L. 132-9-5 du code des assurances, applicables aux institutions de prévoyance par renvoi de l'article L. 932-23 du code de la sécurité sociale, prévoient en effet que :

« Les entreprises d'assurance proposant des contrats d'assurance vie dont les prestations sont liées à la cessation d'activité professionnelle informent annuellement les assurés ayant dépassé la date de liquidation de leur pension dans un régime obligatoire d'assurance vieillesse ou, à défaut, celle mentionnée à l'article L. 161-17-2 du code de la sécurité sociale, **de la possibilité de liquider les prestations au titre du contrat.**

Elles établissent chaque année, chacune pour ce qui la concerne, un rapport adressé à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) et au ministre chargé de l'économie, précisant le nombre et l'encours des contrats non liquidés pour lesquels l'adhérent a dépassé l'âge de départ en retraite, ainsi que les moyens mis en œuvre pour les en informer ».

Il est ici précisé que l'obligation d'information est une obligation de moyens, et non de résultat, d'où il suit que les organismes assureurs ne sont pas tenus de retrouver l'ensemble des bénéficiaires potentiels mais d'accomplir les meilleurs efforts à cette fin.

Pour contrôler la bonne mise en œuvre de cette obligation d'information, le législateur a demandé à l'ACPR la remise au Parlement d'un rapport présentant les actions qu'elle a menées en 2016 et 2017.

L'Autorité de contrôle a remis son Rapport au Parlement en date du 24 mai 2018 et certains extraits de celui-ci méritent d'être cités :

« À fin 2016, les contrats de retraite supplémentaire à adhésion obligatoire ou facultative non liquidés passés à l'âge de 62 ans représentent, sur les 17 organismes interrogés, environ 10,6 milliards d'euros (provisions constituées pour assurer le paiement de la prestation de retraite garantie). Ils atteignent un montant de 5,4 milliards d'euros si on prend comme référence l'âge de 65 ans et s'élèvent encore à 1,8 milliard d'euros pour les assurés âgés de plus de 70 ans. Il s'agit, en très grande partie, de contrats pour lesquels aucune cotisation n'a été versée pour l'année considérée. [...]

En outre, au sein des portefeuilles de contrats de retraite supplémentaire, la situation des contrats d'entreprise à adhésion obligatoire apparaît particulièrement problématique de ce point de vue. En effet, les assureurs ne détiennent pas systématiquement, avec un niveau de fiabilité suffisant, l'ensemble des informations nécessaires pour identifier et localiser leurs assurés ; phénomène aggravé par l'ancienneté de l'adhésion, la mobilité professionnelle, la disparition de l'entreprise contractante, etc. L'absence d'acte individuel volontaire d'adhésion participe également à ce que les assurés n'aient pas spécifiquement conscience des droits qui leur sont attachés »

(Pages 1 et 2 du Rapport ACPR).

Quelques pages plus loin, le rapport pointe le déficit d'information et certaines mauvaises pratiques :

« Les demandes de clients reçues par l'ACPR illustrent l'enjeu que représente, pour les organismes d'assurance, le maintien (ou le rétablissement) du lien avec l'assuré, afin de favoriser l'exécution des contrats.

Les contrats de retraite supplémentaire ont, à cet égard, fait l'objet d'un accroissement important du nombre de réclamations reçues depuis fin 2016, tous thèmes confondus. S'agissant du paiement des prestations, certaines situations sont particulièrement symptomatiques des insuffisances que peuvent comporter les systèmes d'information des organismes, touchant à la connaissance même de leurs assurés. [...]

Il a en outre été relevé une pratique isolée sur la population des organismes suivis ou contrôlés, consistant, **lorsque le contrat est mis en liquidation tardivement par rapport à la date estimée de départ à la retraite ou du décès de l'assuré (cas de la mise en paiement de prestations de réversion ou de la garantie décès en phase de constitution se dénouant en une rente à verser au bénéficiaire : conjoint survivant, orphelin, etc.), à opposer un délai de « prescription »** au demandeur, ou, plus généralement, conduisant à ce que les droits des adhérents ne soient plus ajustés en fonction de l'âge effectif de l'assuré au moment de son départ à la retraite passé un certain délai.

Cette pratique a pour effet de commencer le versement de la rente au moment de la liquidation du contrat sans régler les arrrages non versés par le passé, alors que le montant de la rente a précisément pu être calculé sur la base d'un âge estimatif de départ à la retraite plus jeune que celui de l'assuré au moment où il est informé de ses droits.

Or, l'information prévue par la loi Sapin II a précisément pour objet de rétablir le contact avec les assurés pour les informer de leurs droits à liquider le contrat et leur permettre de les exercer, sans conférer à quelque titre que ce soit un droit aux organismes d'assurance de ne pas mettre en paiement une partie des provisions constituées.

Ces situations dénotent toutefois l'enjeu que représente **la mise en œuvre par les assureurs de mesures concrètes de prévention et de traitement des situations de déshérence**, afin d'éviter que ce type de comportements puisse se développer »

(Pages 7 et 8 du Rapport ACPR).

Même si les différends en matière de retraite supplémentaire demeurent assez rares en médiation, la bonne me-

sure par les institutions de prévoyance de l'analyse faite par l'Autorité de contrôle devrait permettre de les prévenir.

LE PARTICULARISME DES « RÉGIMES FERMÉS »

Certains régimes se traduisent pour les bénéficiaires par le versement d'une retraite supplémentaire servie par prélèvement sur un fonds qui n'est plus abondé et qui l'a été au moyen de cotisations définies versées. Au reste, les retraités bénéficient de « prestations définies » qui prennent en compte, notamment, le traitement annuel de base, le nombre d'annuité au service de la profession, le service militaire ou mobilisation, les majorations enfants.

Le bénéfice de la retraite individuelle est sans doute un droit individuel mais son étendue relève nécessairement d'une gestion collective.

L'institution doit ainsi veiller à ce que le capital accumulé jusqu'au terme de l'abondement permette de servir les prestations définies à l'ensemble des retraités et ce jusqu'à la date où ceux-ci n'y pourront plus prétendre. L'équilibre du système suppose en conséquence un calcul actuariel dont l'efficacité requiert qu'il soit conduit à l'aide de données objectives.

L'institution doit aussi s'accommoder d'une autre contrainte. Il arrive en effet que certains salariés ne réclament pas leur retraite supplémentaire. Il existe aujourd'hui des dispositifs réglementaires pour éviter les phénomènes de déshérence (complément non réclamé), mais ceux-ci sont inévitables dès lors que la dette du régime de retraite est quérable et que rien n'est dû aussi longtemps qu'aucune demande de prestation n'est formulée.

Le régime n'a pas vocation à s'enrichir de la déshérence et l'institution doit faire en sorte qu'au terme des versements, au profit du dernier retraité bénéficiaire du dispositif, le capital accumulé soit épuisé dans sa totalité. Il n'est donc pas envisageable de provisionner les situations de déshérence dès lors qu'en cas de persistance de ces dernières, il demeurerait au terme du régime un capital non distribué.

Lorsqu'il y a déshérence et sauf à prévoir un délai d'attente, en l'espèce d'un an, il est donc normal de distribuer l'excédent sous la forme d'une allocation supplémentaire ou exceptionnelle aux bénéficiaires ayant fait la demande de retraite supplémentaire.

Telle est la raison légitime pour laquelle il ne peut y avoir de rétroactivité au-delà de ce délai d'un an. Une rétroactivité dès l'âge légal de la retraite reviendrait à servir des prestations qui ont déjà été liquidées et distribuées et donc à provoquer un déséquilibre du régime de retraite, voire une diminution des compléments versés aux participants déjà pensionnés.

Le médiateur est bien conscient que la distribution des fonds correspondant à des situations de déshérence a constitué un effet d'aubaine pour les retraités déjà pensionnés. En même temps, il eût été anormal de réserver les capitaux inemployés sauf à enrichir indûment le régime de retraite supplémentaire.

Après concertation, des solutions médianes peuvent être trouvées aux fins de ne pas trop pénaliser les retraités ayant tardé à demander leur retraite supplémentaire. Par exemple, il peut être prévu une absence de rétroactivité du versement du complément bancaire au-delà d'un an à compter de la demande du participant, sauf à revaloriser le montant de la rente en considération d'un coefficient tenant compte du nombre d'années de retard, hors la rétroactivité sur un délai d'un an. Ce type de solution paraît équitable dans la mesure où, sans déséquilibrer le dispositif et sans appauvrir les retraités qui bénéficient déjà du complément bancaire, elle permet de donner une priorité aux « retardataires » sur l'allocation des excédents du régime.

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 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 personne, 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.

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), 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. Ce dispositif se généralise et la doctrine à cet égard est en cours de constitution.

Les garanties frais de santé suscitent :

- des questions générales d'ordre juridique : incidence de la crise sanitaire, 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.

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

INCIDENCE DE LA CRISE SANITAIRE

La crise sanitaire, au moins en 2020, n'a pas eu d'incidence significative sur l'activité du médiateur. Quelques participants ont évoqué l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 pour tenter d'obtenir une prorogation de la validité de devis qui leur avaient été communiqués. Ces demandes reposent sur une incompréhension de la portée de cette ordonnance.

Ladite ordonnance dispose en son article 1^{er} que « Les dispositions du présent titre sont applicables aux délais et mesures qui ont expiré ou qui expirent entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 inclus ». Il est précisé à l'article 2 que : « Tout acte, recours, action en justice, formalité, inscription, déclaration, notification ou

publication prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité, sanction, caducité, forclusion, prescription, inopposabilité, irrecevabilité, péremption, désistement d'office, application d'un régime particulier, non avenu ou déchéance d'un droit quelconque et qui aurait dû être accompli pendant la période mentionnée à l'article 1^{er} sera réputé avoir été fait à temps s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois. Il en est de même de tout paiement prescrit par la loi ou le règlement en vue de l'acquisition ou de la conservation d'un droit ».

Un participant soutenait que compte tenu que « [son] opération ayant été initialement planifiée entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 et ayant été repoussée d'un mois et 25 jours, [il] rentre pleinement dans le délai de 2 mois validé par [cette] ordonnance ».

Cette interprétation ne peut être retenue. Sont en effet concernés par les dispositions de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 les délais et situations juridiques dont le terme se situe dans une période comprise entre le 12 mars 2020 et le 23 juin 2020 à 24 heures, dite « période juridiquement protégée ». **La période juridiquement protégée** prolonge d'un ou deux mois, selon les cas, les délais et situations venant à échéance durant cette période.

Ainsi, l'article 2 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 a pour seul effet de réputer « avoir été fait à temps », un acte « qui aurait dû être accompli pendant » la période juridiquement protégée, soit entre le 12 mars et le 23 juin 2020 à 24 heures, « s'il a été effectué dans un délai qui ne peut excéder, à compter de la fin de cette période, le délai légalement imparti pour agir, dans la limite de deux mois », soit jusqu'au 23 août 2020, à 24 heures. L'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 a eu pour unique objet de proroger les effets de droit, et spécialement de suspendre les sanctions civiles. Elle n'a eu ni pour objet ni pour effet d'offrir une solution à tous les aménagements individuellement subis pendant la période du premier confinement. Une opération médicale ne peut ainsi être assimilée à un « acte » « prescrit par la loi ou le règlement à peine de nullité » au sens de cette ordonnance.

De même, il peut être utile de préciser que le « paiement prescrit par la loi ou le règlement » visé au second alinéa

de l'article 2 de l'ordonnance susvisée ne correspond pas au versement d'une prestation complémentaire par un organisme assureur, cette prise en charge ayant un fondement purement contractuel et il est d'interprétation commune que l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 n'a pas eu pour effet de relever les personnes de leurs engagements contractuels.

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).

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 réserver 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 8 ans, 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

Dans les contrats collectifs obligatoires, il existe malgré tout 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 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. De surcroît, l'obligation est respectueuse de la liberté des salariés dès lors que ceux-ci peuvent malgré tout se dispenser de l'affiliation collective, à la condition, naturellement, de respecter le processus prévu par les dispositions impératives du code de la sécurité sociale suivantes :

- l'article D. 911-2 selon lequel « 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 » ;
- l'article D. 911-5 qui 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 la première de ces deux conditions est bien remplie, il importe à l'organisme assureur chargé de la gestion du contrat collectif de connaître en conséquence 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 de protection 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.

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, et encore que le contentieux semble se raréfier depuis la fin de l'année 2017, 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 la 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.

La 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. Elle 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.

L'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 en conformité 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.

Soins réalisés à l'étranger (FIV)

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 demeureraient 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 appelle deux précisions.

Tout d'abord, la règle de concentration de soins continus à la date du premier acte peut s'appliquer à l'avantage du participant. Il a ainsi été décidé à propos de frais d'orthodontie exposés pour des soins dont l'efficacité requiert une durée de 6 mois (pose et fourniture d'un appareil dentaire) que le risque était constitué dès la pose de l'appareil et pour toute la durée de son port. De manière générale, il y a lieu de retenir que la pose et la fourniture d'un appareil pour une période de plusieurs mois doivent être considérées comme un acte de soins indivisible dans le temps dont la date se situe au jour de l'intervention du professionnel de santé. Si les garanties cessent entre-temps, il n'y a donc pas lieu de proratiser le remboursement des soins.

Ensuite, on doit tenir compte du fait que le séquençage des soins n'est pas nécessairement la conséquence d'un choix du patient. Il peut s'imposer pour des raisons thérapeutiques et, dans ce cas, il ne peut être fait grief au participant de solliciter le remboursement des frais exposés au fil des interventions. Il n'y a pas lieu de cumuler les plafonds annuels. Pour autant, il importe de rembourser les frais dans la limite du plafond annuel quand bien même les garanties auraient cessé l'année où la participante réclame le remboursement de ses soins.

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.

C'est une bonne pratique, sauf à relever qu'elle peut être source de déceptions, notamment lorsque les soins ont vocation à s'étaler dans le temps.

Les participants doivent retenir que cette estimation n'a pas plus de valeur qu'une offre. Or, c'est un principe constant en jurisprudence qu'une offre, quel que soit son objet et à laquelle peut être apparentée une estimation de remboursement, non assortie d'un délai précis, 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 tenir 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.

L'estimation de remboursement constitue un élément de la décision du participant. Correctement informé, il eût été en mesure de choisir des solutions moins onéreuses, notamment en ce qui concerne les prothèses dentaires.

L'insuffisance de l'information délivrée lui fait donc perdre une chance de solliciter des soins d'un montant moindre que ceux prodigués et susceptibles de ce fait d'entrer dans les limites du plafond prévu par le nouveau contrat.

Il est de principe qu'en cas de perte de chance, la réparation du dommage ne peut être totale et qu'elle doit être égale à la fraction du préjudice correspondant à la perte de chance de l'éviter, précision étant faite qu'à ce dernier égard, les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation (v. not. Cass. civ. 1^{re} 8 juillet 1997, pourvoi n°95-17.076, Bull. civ. I n°239).

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, applicable 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.

L'article 1-4 de la décision du 11 mars 2005 de l'UNCAM précise encore :

« 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 autorisé 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, aux coûts 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 dépassement autorisé 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 prodigués 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'en vertu 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, **la prise en charge des dépassements d'honoraires des médecins non adhérents au anciennement au contrat d'accès aux soins (CAS)** et depuis le 1^{er} janvier 2017, à l'OPTAM et l'OPTAM CO (organisé par la convention médicale du 25 août 2016, approuvée par arrêté du 20 octobre 2016, publié au JO du 23 octobre 2016 puis repris 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 nov. 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 cliente 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

LES MONTURES

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 a modifié les dispositions de l'article R. 871-2 du code de la sécurité sociale, lequel dispose désormais : « Cette garantie s'applique, s'agissant des lunettes, aux frais exposés pour l'acquisition d'un équipement composé de deux verres et d'une monture, par période de deux ans. Toutefois, pour les mineurs ou en cas de renouvellement de l'équipement justifié par une évolution de la vue, elle s'applique pour les frais exposés pour l'acquisition d'un équipement par période d'un an ».

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.

La circulaire n° 2015/30 de la Direction de la Sécurité sociale du 30 janvier 2015 relative aux contrats responsables précise que :

« 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 une période de deux ans corrigeant chacun un des deux déficits mentionnés ci-dessus.

Les règles de couverture par les contrats responsables sont applicables à chacun des équipements considérés 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 du nouveau régime.

Il est de fait qu'en 2017, le médiateur a été saisi de nombreux dossiers, spécialement en cas de renouvellement d'équipement optique d'enfants mineurs prescrit en raison d'une nécessité thérapeutique.

Le médiateur a donc régulièrement rappelé le dispositif légal et réglementaire des contrats « responsables » s'imposant aux institutions de prévoyance, lesquelles, dans l'hypothèse où le plaignant justifie de difficultés spécifiques, peuvent seulement proposer l'aide de leur service d'action sociale.

Dans la mesure du possible, il 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 épuise 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** ». A noter que l'article 5 de ce décret prévoit que les modifications « s'appliquent aux contrats souscrits ou renouvelés à compter du 1er janvier 2020 ». Le principe de non-rétroactivité empêche l'application de cette nouvelle règle pour des frais exposés en 2019.

LA 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'Etat, 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'Etat ». La même observation s'impose à l'égard des frais exposés auprès d'un psychothérapeute sans numéro ADELI.

MAINTIEN DES GARANTIES

PORTABILITÉ DES GARANTIES COLLECTIVES

CESSATION DU CONTRAT DE TRAVAIL

On se souvient que l'Accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 a pour la première fois consacré la portabilité des droits en matière de prévoyance. À l'article 14 de l'ANI, 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

perçu 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 en tirer 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 induue d'une prise en charge par l'institution de prévoyance du droit au maintien du salaire.

PORTABILITÉ 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.

2° [...]

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.

PORTABILITÉ, RÉSILIATION DU CONTRAT COLLECTIF, LIQUIDATION

Sauf exception, comme celle résultant de l'article 7 de la loi Evin 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. Avis 6 novembre 2017, Avis n°17013, disponible sur https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15, avec le rapport très éclairant de Madame le Conseiller TOUATI).

On comprend de ces deux décisions 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 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 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 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 1^{er} du décret n° 90-769 du 30 août 1990, « les tarifs applicables [...] ne peuvent être supérieurs de plus de 50 % aux tarifs globaux applicables 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 de sa cotisation dans la limite de 50 % 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.

Il convient de noter que la limitation du tarif est désormais fixée par l'article 1er du décret du 30 août 1990, modifié par le décret n° 2017-372 du 21 mars 2017, ainsi rédigé :

« Les tarifs applicables aux personnes mentionnées à l'article 4 [...] sont plafonnés, à compter de la date d'effet du contrat ou de l'adhésion, selon les modalités suivantes :

1° La première année, les tarifs ne peuvent être supérieurs aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs ;

2° La deuxième année, les tarifs ne peuvent être supérieurs de plus de 25 % aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs ;

3° La troisième année, les tarifs ne peuvent être supérieurs de plus de 50 % aux tarifs globaux applicables aux salariés actifs ».

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 de 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.

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.

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.

Pendant, 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'invalide 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 considérer l'exercice d'une activité professionnelle comme **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. À défaut, elle s'expose à une demande indemnitaire du participant (Cass. civ. 2^e 8 juillet 2010, pourvoi n°09-16.417), précision étant apportée que le préjudice subi par ce dernier consiste uniquement dans la perte de chance de souscrire des garanties plus favorables que celles opposées par l'institution.

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, B. V n°119 ; Cass. soc. 4 novembre 2016, pourvoi n°15-24.148).

CAS DES SALARIÉS BÉNÉFICIAIRES 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, 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). Cette solution s'impose tout particulièrement au bénéfice des retraités.

INEXACTITUDES OU AMBIGUÏTÉS DE LA NOTICE

La notice est établie par les institutions de prévoyance et il est normal qu'elles en assument les imperfections. En conséquence, lorsqu'il existe une difficulté d'articulation entre la notice et le contrat, il est classiquement retenu que si 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), il faut en revanche faire application des stipulations du contrat plus favorables que les informations portées sur la notice.

Il faut toutefois réserver l'hypothèse dans laquelle les contrariétés entre les termes de la notice et les droits que le salarié tient de sa convention collective sont imputables à un défaut de diligence de l'employeur. Sur ce point, il y a lieu de rappeler le particularisme propre aux assurances collectives qui se construisent sur une relation contractuelle tripartite. La relation entre le salarié (« le participant ») et son institution de prévoyance est ainsi régie par le contrat de prévoyance, lequel est souscrit par l'employeur (« l'adhérent ») au profit de ses salariés. Afin de déterminer les droits d'un participant à l'égard de son Institution, il faut donc en priorité s'en tenir à la lettre du contrat collectif négocié par l'employeur avec l'institution de prévoyance plutôt qu'aux termes de la convention collective. D'une part, il est jugé que la détermination de la convention collective applicable à une entreprise doit se faire sur la base de l'activité principale de celle-ci, « peu important les mentions portées sur des documents de l'entreprise et les bulletins de salaire » (Cass. soc. 28 avril 1994, pourvoi n°90-42.208). D'autre part, 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.

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 pour émaner 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.

TRAITEMENT 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).

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 thésaurisation, 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^e 4 juillet 2013, pourvoi n°12-17.427, B. 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'appréciation 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, 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^{re} 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'appréciation 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) ;
- 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^{re} 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'expliquer et de documenter les raisons qui soutiennent sa demande.

RÉPÉTITION DE L'INDU ET COMPENSATION

Une institution de prévoyance qui a versé indûment 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

réiproques. **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^{er} 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^{er} 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.

PRESCRIPTION

L'article L. 932-13 du code de la sécurité sociale énonce « 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.

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°, 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).

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^{re} 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.

En premier lieu, il y a lieu de rappeler qu'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^{re} 1^{er} juin 1999, pourvoi n°97-14.327, B. 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. Au reste, la notice présentant les garanties du contrat collectif évoque bien la « garantie en cas d'invalidité ».

La jurisprudence en déduit « 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^{re} 4 février 1997, pourvoi n°94-17.883, B. I n°39 ; Cass. civ. 2^e 6 avril 2014, pourvoi n°13-10.942).

Cet arrêt est spécialement intéressant dès lors qu'il fixe le point de départ du délai 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^{re} 1^{er} juin 1999, précité ; Cass. civ. 2^e 11 septembre 2014, pourvoi n°13-19.439, B. 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 première catégorie, il y a lieu de considérer qu'à défaut de consolidation, le classement en invalidité de deuxième 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.

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.

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).

Ainsi, une participante classée à tort en invalidité de 2^e catégorie par la Sécurité sociale n'est pas en mesure de solliciter son institution de prévoyance aux fins d'obtenir une rente complémentaire d'invalidité. En effet, l'institution est en droit de lui refuser une telle rente, alors de surcroît que la participante est de bonne foi sur sa situation réelle. En conséquence, lorsque des années plus tard, cette même participante se trouve réellement en situation d'invalidité de 2^e catégorie, l'institution ne saurait lui opposer le jeu de la prescription pour lui refuser le versement d'une rente complémentaire.

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.

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 14 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'écarter 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 la 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.

Il rappelle à cette occasion que la gestion collective de la prévoyance entraîne inéluctablement quelques dysfonctionnements qui, rapportés à ses bénéficiaires, sont d'une portée négligeable. Quelques sentiments que suscitent ces bévues, le plaignant doit savoir que leur exagération accroît le coût de cette gestion. Il est donc préférable que, remplis de leurs droits, les plaignants accèdent au geste commercial que leur propose souvent l'institution, plutôt que d'en appeler au service de la médiation dont les coûts de fonctionnement sont plus utilement mobilisés par l'instruction de dossiers plus substantiels.

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^{re} 23 septembre 2003, pourvoi n°02-12.781, 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^{er} 25 janvier 1999, pourvoi n°97-117.66).

5

RECOMMANDATIONS 2010-2020

- 96 Recommandations de l'année 2020
- 97 Recommandations thématiques

IMPORTANT

Les recommandations du médiateur sont une invitation faite aux institutions de prévoyance d'améliorer certaines pratiques, à tout le moins d'ouvrir une réflexion en ce sens. Le présent rapport récapitule les recommandations des exercices passés qui conservent leur pertinence. Il actualise certaines d'entre elles, mais la présentation reste thématique. Les recommandations issues de l'année d'exercice sont présentées en premier.

RECOMMANDATIONS DE L'ANNÉE 2020

LA RENTE D'ÉDUCATION

En cas de décès, il est fréquent qu'outre le capital, les garanties prévoient une rente d'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. 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 d'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.

LA GARANTIE ACCIDENT

Le médiateur constate encore que trop souvent, les garanties accidents sont proposées à des personnes âgées qui, de fait, n'en bénéficieront jamais. En effet, la définition de l'accident est telle qu'en pratique, ces personnes souvent diminuées physiquement souffrent d'un préjudice qui trouve sa cause dans un événement qui, cependant, n'a pas la nature d'un accident. Ainsi de la personne qui chute, par l'effet des nombreux handicaps qui sont le fait de l'âge.

Le médiateur relève que bien souvent ces garanties sont maintenues par le seul effet de tacite reconduction et qu'elles ont pu, à l'origine, être souscrites à un âge utile. Pour autant, un dispositif d'alerte serait bienvenu lorsqu'en considération du contexte, il apparaît que ces garanties sont désormais sans utilité pour les assurés.

LA SUCCESSION D'ORGANISMES ASSUREURS

La succession d'organismes assureurs donne encore trop souvent lieu à un renvoi du participant d'un assureur à l'autre. Le médiateur mesure la complexité du dispositif issu de la loi Evin, censé régler les difficultés liées à cette succession. Juridiquement, ce renvoi trouve souvent des justifications sérieuses. Il reste qu'il est pénible pour les participants et difficilement justifiable à leur égard, alors surtout que leur situation personnelle est souvent difficile. Deux voies d'amélioration sont dès lors recommandées :

- En cas de renvoi d'une demande à un autre organisme assureur, et dès lors que celui-ci est identifié, les services des deux organismes assureurs prennent attache pour, a

minima, tenter une conciliation de leurs points de vue sur le sort du participant ;

- De manière plus générale et en cas de succession d'organismes assureurs, identifier les situations complexes et anticiper leur traitement.

LES ESTIMATIONS DE REMBOURSEMENT

Lorsqu'un doute est possible sur le principe ou l'étendue de la prise en charge de frais de santé, l'estimation de remboursement est assurément la meilleure méthode pour lever les incertitudes. Il arrive cependant trop souvent que celles-ci 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.

LA PRESCRIPTION

Le médiateur observe que les participants en situation d'invalidité se voient régulièrement opposer la prescription biennale.

Ainsi qu'il est indiqué dans le paragraphe dédié à la prescription, cette solution est justifiée en droit dès lors que la jurisprudence confirme que deux ans après la déclaration d'invalidité, le participant n'est plus en situation de réclamer le bénéfice d'une rente complémentaire.

Le médiateur considère que cette solution est excessivement sévère pour les participants, qui se trouvent le plus souvent dans une situation de vulnérabilité après leur classement en invalidité, 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.

RECOMMANDATIONS THÉMATIQUES

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 la 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 la 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. Par exemple, 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-payant, 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 aisé de le mettre en évidence. Il n'en reste pas moins que le service de la 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 la 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 par le service de la médiation.

POUR UN MEILLEUR USAGE DU RAPPORT ANNUEL

En considération d'un rapport désormais établi de manière synthétique, thématique et récapitulatif, l'accès à la « doctrine » de la médiation est désormais plus aisé.

L'utilisation de cette dernière pourrait donc utilement conduire à une meilleure information des participants et, ce faisant, éviter des demandes récurrentes pour lesquelles la solution est peu contestable.

En se gardant d'un procès qui pourrait être jugé comminatoire, les services internes de réclamation des institutions pourraient utilement :

- soit se rallier à la doctrine déjà constituée, ce qui en pratique est le plus souvent le cas ;
- **soit indiquer le passage du dernier rapport annuel qui leur semble constituer la réponse appropriée à la demande.**

En cas de rejet de la demande par le service interne de réclamation, le médiateur conserverait intacte sa marge d'appréciation, mais ce procédé aurait le double mérite d'éviter la saisine du médiateur de demandes que celui-ci ne peut satisfaire, et, en cas de saisine, de recentrer les débats sur le point réellement litigieux et d'ainsi en accélérer le règlement.

Compte tenu de l'accroissement de l'activité du service de la médiation, il paraît utile d'insister sur cette recommandation. Si le service de réclamation interne visait le passage du rapport qui, à ses yeux, justifie sa position, le médiateur pourrait, dans les hypothèses où il juge la référence conforme, alléger sensiblement la teneur de ses avis. Il y a là une source d'**optimisation du traitement des dossiers**, dans le respect des droits des participants.

Concrètement, la solution pourrait être la suivante. Dans la lettre par laquelle le service de réclamation interne fait connaître au participant son refus de faire droit à la demande et la possibilité de saisir le Médiateur de la protection sociale (CTIP), l'auteur de la lettre pourrait, le cas échéant, et si tel est le cas, indiquer que l'institution maintient sa position dès lors que celle-ci est conforme aux analyses développées dans le dernier rapport annuel au paragraphe pertinent.

Cette information n'est qu'assez rarement donnée et le médiateur forme le vœu d'une utilisation plus systématique du rapport dans les années à venir. Encore une fois, le rapport annuel est récapitulatif, ce qui signifie qu'il suffit de consulter le dernier rapport édité pour connaître la doctrine du médiateur, au demeurant présentée dans un ordre analytique, ce qui en facilite l'utilisation.

POUR UNE COLLABORATION RENFORCÉE

L'année 2019 a été l'occasion de mettre en place des techniques permettant de renforcer la collaboration entre, d'une part, le médiateur et le service de la médiation, d'autre part, les correspondants médiation des institutions de prévoyance, voire leurs organes de direction. Cette consolidation présente un double bénéfice.

Tout d'abord, elle permet d'accroître la fonction de régulation de la médiation en ce qu'elle permet, en concertation, d'établir des propositions de solution qui soient uniformément applicables à l'échelle de la collectivité des participants. Certains dossiers posent des questions de principe et il serait inéquitable de les traiter de manière ad hoc. L'uniformité des situations est alors une condition de l'égalité de traitement. Dans cette perspective, il peut être nécessaire de sensibiliser les organes dirigeants, voire d'entreprendre une discussion de fond avec les instances d'administration. Ces échanges ont désormais lieu lorsqu'il est nécessaire et le médiateur invite les institutions à les provoquer dans l'avenir.

Ensuite, elle renforce la fonction de protection de la médiation en ce qu'elle permet d'accélérer le traitement de certains dossiers. Lorsque les situations sont complexes, soit en raison de l'incertitude du droit, soit encore en raison des circonstances de l'espèce, un premier échange avec l'institution concernée peut conduire rapidement à un donné acte en faveur du plaignant, ou à une forme de négociation de laquelle découlera une proposition de solution, dont le plaignant a l'assurance qu'elle sera suivie par l'institution. Là comme ailleurs et alors que la demande de médiation croît, le médiateur recommande le développement de ces voies informelles de règlement des différends.

POUR UNE INFORMATION PLUS CLAIRE DE L'ADHÉRENT SUR LES PROCÉDURES

Le service de la médiation constate que certaines institutions de prévoyance ne renvoient pas systématiquement vers le Médiateur de la protection sociale (CTIP) lorsque le litige persiste après l'épuisement des voies de recours internes. Le médiateur rappelle qu'il s'agit d'une obligation légale consacrée à l'article L. 616-1 du code de la consommation, et qu'il serait donc

souhaitable que l'ensemble des institutions se conforme à cette obligation.

A l'inverse, d'autres institutions de prévoyance renvoient prématurément les participants vers le médiateur, saisi alors même que seul le service interne de gestion a pu se prononcer sur la réclamation.

Le médiateur invite les institutions de prévoyance à délivrer une information plus claire à leurs adhérents en leur indiquant les « étapes » du processus de réclamation de l'article L. 612-2 du code de la consommation dans les notices d'information (service de gestion - service de réclamation - Médiateur de la protection sociale (CTIP)). Il conviendrait également de prévoir une information ad hoc et de faire apparaître, dans le dernier courrier du service de réclamation indiquant les coordonnées du médiateur, que le CTIP constitue **une instance extérieure et indépendante**, et non un service hiérarchiquement supérieur aux institutions de prévoyance comme le croient trop souvent les demandeurs.

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, B. 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 salarié. 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 exemple un 13e mois), 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...).

LA CSG ET LA CRDS

La logique indemnitaire des prestations dues au titre de la prévoyance conduit à retenir que le cumul des revenus n'excède pas le salaire net perçu par le participant avant la cessation temporaire ou définitive de son activité. Les participants admettent mal que le plafond corresponde 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 déduction 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. Les institutions n'ont pas à payer les impôts des participants, mais il serait souhaitable qu'elles comparent des montants comparables et qu'elles évitent ainsi à des personnes en situation déjà délicate de verser finalement deux fois le même impôt, dont au demeurant le taux ne décroît pas.

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.

Si les institutions n'entendent pas faire évoluer leurs garanties, il conviendrait de clarifier les notices à cet égard afin de prévenir les mécontentements.

LES EXPERTISES INTERNES

Le médiateur a reconnu le droit des institutions de prévoyance de pratiquer leurs propres contrôles internes de l'état d'invalidité ou d'incapacité d'un participant et de préciser les conditions de son opposabilité. Cette année a également révélé que ces contrôles constituent un foyer de contentieux, spécialement lorsque la conclusion du contrôle interne vient contredire une décision de classement prise par une CPAM. Assez souvent, il en résulte une situation de blocage que le médiateur est bien en peine de démêler sauf à préconiser une saisine du juge judiciaire dans les conditions de l'article 145 du code de procédure civile.

La défaisse n'est que partielle dans la mesure où la procédure est diligentée aux frais de l'institution, qu'elle reste d'une mise en œuvre relativement simple et que les conclusions de l'expert judiciaire tiendront le plus souvent lieu de consensus. Le passage devant le juge, d'un coût limité, n'est donc pas exclusif d'un règlement amiable.

Il n'en reste pas moins qu'il y a lieu de réfléchir à des solutions qui, respectueuses des droits des participants, permettraient d'éviter ce détour.

La première piste de réflexion consiste dans l'**amélioration des dispositifs internes** qui, trop souvent, pèchent à la fois par excès de complexité et insuffisance de protection du participant. L'excès de complexité tient à la vaine abondance de procédures en cas de contestation des conclusions du médecin-conseil sollicité par l'institution. L'insuffisance de protection tient au fait qu'en de trop nombreuses occurrences, le participant ne bénéficie pas d'une assistance utile. La confiance fait alors défaut et les parties ne s'accordent pas. Une solution serait de consolider les droits du participant en lui reconnaissant expressément **le droit de se faire assister par un médecin de son choix** lors du contrôle diligenté par le médecin-conseil. Il serait avisé d'informer le participant de l'intérêt de solliciter un médecin de même spécialité que le médecin-conseil sollicité.

Si le désaccord persiste sur les conclusions de ce dernier, une simplification bienvenue consisterait à proposer immédiatement l'alternative suivante au participant :

- désignation d'un expert judiciaire selon la procédure simplifiée de l'article 145 du code de procédure civile ;
- 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.

La seconde piste de réflexion, complémentaire de la première, consisterait à établir une continuité entre les procédures internes et l'intervention du médiateur. Celui-ci pourrait intervenir a priori et/ou a posteriori.

A priori, en ce sens qu'à la demande du participant et de l'institution, il pourrait être appelé à mettre en place le dispositif d'expertise amiable contradictoire. Il en contrôlerait ainsi le bon déroulement et pourrait avaliser les conclusions de l'expertise. Il en résulterait un précieux gain de temps pour l'ensemble des parties.

A posteriori, dans l'hypothèse où les conclusions de l'expertise amiable contradictoire réalisée hors la médiation du CTIP viendraient à être contestées devant le médiateur. La tâche de ce dernier serait alors de vérifier les conditions du déroulement de cette expertise. Soit il les juge satisfaisantes et il homologue alors les conclusions des experts. Au cas contraire, il propose aux parties la mise en place d'une nouvelle expertise contradictoire ou le recours à une expertise judiciaire. Une solution complémentaire serait aussi que le médiateur propose aux parties la désignation d'un ultime expert dont les conclusions feraient l'objet d'un accord préalable entre les parties.

Le médiateur a constaté une évolution des notices dans le sens d'un suivi de ces recommandations.

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.

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 de préférence aux nomenclatures disponibles sur le site AMELI, à défaut 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 doit systématiquement être demandée par le participant.**

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, 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.

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

Le médiateur n'entend pas modifier à court terme sa doctrine sur le sujet. Il est cependant observé que 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.

LA RÉPÉTITION DE L'INDU

Le médiateur constate une augmentation générale des demandes en répétition de l'indu émanant d'organismes assureurs. Lorsque ces demandes ont pour origine une insuffisance d'information donnée par l'adhérent ou le participant, elles sont sans aucun doute justifiées.

Lorsque l'indu a pour cause une gestion négligente de l'organisme assureur, le médiateur recommande que les institutions de prévoyance fassent preuve de modération. L'erreur de l'organisme assureur ne le prive pas mécaniquement de sa créance au titre de l'indu et le médiateur comprend que la complexité des différents dispositifs conduise ici ou là à des « coquilles de gestion ». Pour autant et au bénéfice des observations faites à ce titre dans le rapport, le médiateur émet le vœu que les institutions de prévoyance se donnent en principe pour ligne de conduite de régulariser l'avenir, sans solliciter l'apurement du passé. La dérogation reste possible, mais il semble bon de se donner pour maxime qu'à défaut de se conformer, on soit en situation de s'en expliquer.

ANNEXES

- 106** ANNEXE 1 : Charte de Médiation de la protection sociale (CTIP)
- 109** ANNEXE 2 : Institutions de prévoyance adhérant à la Médiation de la protection sociale (CTIP)

ANNEXE 1

CHARTRE 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

INSTITUTIONS DE PRÉVOYANCE adhérant à la Médiation de la protection sociale (CTIP)

- A2VIP
- AG2R PRÉVOYANCE
- AGRI PRÉVOYANCE
- ANIPS
- APGIS
- APICIL PRÉVOYANCE
- ARPEGE PRÉVOYANCE
- AUDIENS SANTÉ PRÉVOYANCE
- BTP PRÉVOYANCE
- CAISSE RÉUNIONNAISE DE PRÉVOYANCE
- CAPREVAL
- CAPSSA
- CARCEPT PRÉVOYANCE
- CARCO
- CARPILIG PRÉVOYANCE
- CCPMA PRÉVOYANCE
- CGPCE
- CIPREV
- CPCEA
- CRP-BTP
- INPR
- INSTITUTION AUSTERLITZ
- IPBP
- IPECA PRÉVOYANCE
- IPRIAC
- IPSEC
- IRCEM PRÉVOYANCE
- IRP AUTO IENA PRÉVOYANCE
- IRP AUTO PRÉVOYANCE SANTÉ
- KERALIS PRÉVOYANCE
- KLESIA PRÉVOYANCE
- MALAKOFF HUMANIS PRÉVOYANCE
- OCIRP
- UNIPRÉVOYANCE

Crédit photo : Erwan Floch
Conception & réalisation : jeannie-trebutien.com
Impression : CLUMIC Arts Graphiques

ISSN 2781-8020
Septembre 2021

POUR PLUS D'INFORMATIONS,
RENDEZ-VOUS SUR LE SITE :

www.ctip.asso.fr



MÉDIATION
DE LA PROTECTION
SOCIALE (CTIP)

10 rue Cambacérés
75008 Paris
www.ctip.asso.fr