



# Sort de la protection sociale complémentaire



**Corinne METZGER**  
Avocat Associé  
**Cabinet MBDA Associés**  
cmetzger@mbda-associes.fr



**Meriem KHELIF**  
Avocat associé  
**Cabinet MBDA Associés**  
mkhelif@mbda-associes.fr

## Les salariés transférés pourront-ils

conserver les mêmes garanties collectives  
ou vont-ils être couverts par celles de  
l'entreprise absorbante ?

**L**e transfert d'entreprise a des incidences importantes en matière de protection sociale complémentaire (frais de santé communément appelé « *mutuelle* », prévoyance, retraite), lesquelles doivent être impérativement anticipées.

À cet égard, et afin de mieux appréhender les effets qu'une opération de rapprochement peut avoir sur les régimes, il convient tout d'abord de rappeler le fonctionnement de ces derniers.

Ils font intervenir deux corps de règles différents, juridiquement autonomes, mais interdépendants.

En effet :

- d'une part, les garanties collectives reposent sur un engagement préalable de droit du travail auquel l'employeur est tenu vis-à-vis de ses salariés ;
- d'autre part, ces obligations sont externalisées dans un contrat d'assurance régi par des dispo-

sitions spécifiques (voir **schéma** en page suivante).

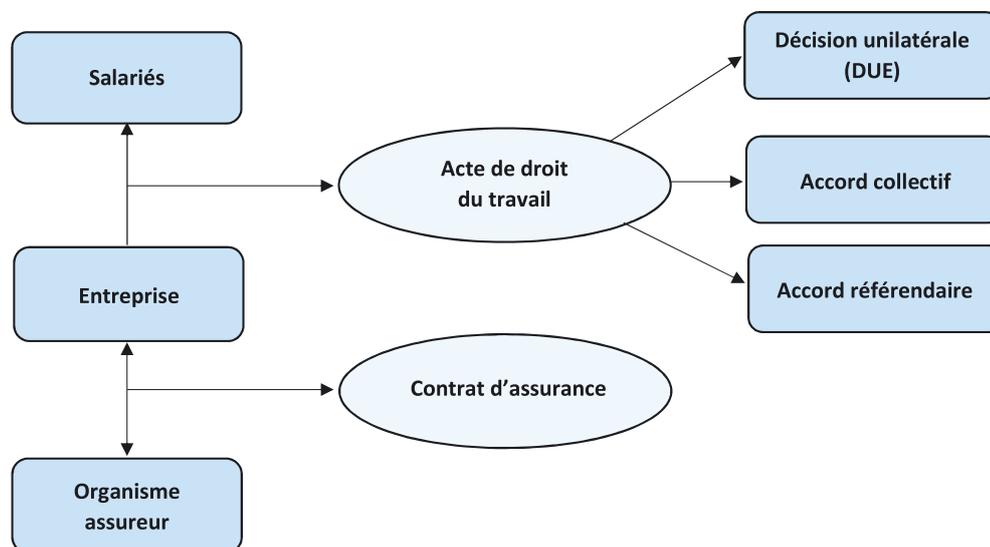
Ainsi, au regard du fonctionnement des régimes de protection sociale complémentaire (PSC), nous ver-

rons qu'en pratique le transfert d'entreprise va avoir un impact :

- d'une part, en droit du travail et plus particulièrement sur l'engagement préalable de droit du travail auquel l'employeur est tenu vis-à-vis de ses salariés, puisqu'il s'agit de maintenir, de modifier ou de supprimer les avantages dont les intéressés bénéficiaient avant l'opération de restructuration (remboursement de frais de santé, indemnisation de l'incapacité de travail, de l'invalidité et du décès) ;
- et, d'autre part, en droit des assurances, puisque chaque entreprise partie à l'opération a souscrit des contrats pour garantir ses engagements vis-à-vis de ses salariés.



## Schéma de mise en place des régimes de protection sociale complémentaire



Au-delà de ces matières, le transfert d'entreprise va potentiellement avoir des conséquences en matière de fiscalité et de charges sociales, puisque les régimes de protection complémentaire donnent droit à des avantages fiscaux et sociaux, sous réserve de respecter un certain nombre de conditions.

Avant d'envisager les effets du transfert d'entreprise sur les régimes de protection sociale complémentaire, il convient de dresser un état des lieux des pratiques sociales, étape cruciale pour l'identification des régimes en place et des contrats d'assurance souscrits par les entreprises.

Cette étape permettra de déterminer le sort de chacun des régimes collectifs, mais également celui des contrats d'assurance.

### ÉTAT DES LIEUX

Pour anticiper les effets d'un transfert d'entreprise sur les régimes de protection complémentaire, il est impératif de faire un audit du statut collectif dont bénéficiaient les salariés dans leur entreprise d'origine avant le transfert.

Cette première étape essentielle ne doit pas être négligée, car elle va permettre d'identifier dans chaque entreprise partie à l'opération de rapprochement les régimes existants (régimes de frais de santé, de prévoyance ou de retraite) et d'apprécier les taux de cotisations appliqués, leurs clés de réparti-

tion entre employeurs et salariés et, enfin, le niveau des prestations. Ces éléments permettront d'ouvrir les négociations du futur régime harmonisé.

Cette étape va également permettre d'identifier pour chaque régime quel est l'acte juridique lui ayant donné naissance dans les rapports de droit du travail entre l'employeur et les salariés.

Pour rappel, en application du Code de la sécurité sociale <sup>(1)</sup>, l'employeur dispose, pour la mise en place de ces régimes collectifs, des actes juridiques du droit du travail suivants :

- convention ou accord collectif ;
- accord proposé par l'employeur et ratifié par la majorité des salariés concernés (accord référendaire) ;
- décision unilatérale matérialisée dans un écrit remis à tous les salariés concernés (DUE).

En pratique, il arrive qu'aucun acte juridique de ce type ne soit retrouvé au sein de l'entreprise (notamment lorsque le régime a été mis en place depuis très longtemps ou que l'archivage n'a pas pu être tenu). Le recensement permet justement de mettre en exergue l'absence d'un tel acte.

En conséquence, il conviendra de considérer que le régime résulte :

- soit de la convention collective de branche ;



## Mesurer les effets de l'opération au plan individuel et collectif

- soit du contrat de travail des salariés intéressés ;
- soit d'un usage d'entreprise, qui n'a pas donné lieu à la remise d'un écrit au salarié.

Cette identification de l'acte juridique à l'origine du régime est impérative dans la mesure où la restructuration a des effets très différents sur le sort dudit régime selon la nature de l'acte juridique qui l'a mis

en place. Celle-ci déterminera également la procédure requise pour le dénoncer ou l'harmoniser avec les autres régimes, ce que nous verrons plus loin.

Enfin, le recensement des pratiques va également permettre d'identifier les organismes assureurs en place (société d'assurance, institution de prévoyance, mutuelle) et les contrats d'assurance sous-crits.

### Exemple de tableau permettant d'établir un état des lieux

	SOCIÉTÉ A	SOCIÉTÉ B
<b>Cotisation</b>		
• Montant	• 140 euros	• 90 euros
• Répartition	• Part patronale = 50 % Part salariale = 50 %	• Part patronale = 70 % Part salariale = 30 %
<b>Personnel bénéficiaire</b>	Ensemble du personnel	Salariés cadres
<b>Organisme assureur</b>	Organisme A	Organisme B

## INCIDENCES

Comme indiqué précédemment, le sort des régimes collectifs diffère selon la nature de l'acte de droit du travail à l'origine de sa mise en place. Les conséquences de l'opération sur le contrat d'assurance souscrit par l'employeur pour couvrir ses salariés sont également déterminantes.

### Sort des régimes

#### Régime mis en place par décision unilatérale de l'employeur (DUE)

##### Principe : transfert immédiat

Aucune disposition légale ou réglementaire ne régit l'incidence d'une opération de restructuration sur les engagements unilatéraux de l'employeur.

Aussi, il y a lieu de se référer à la jurisprudence, aux termes de laquelle le transfert des contrats de travail des salariés, en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, entraîne leur transfert corrélatif au nouvel employeur, qui doit continuer à les appliquer aux salariés en ayant antérieurement bénéficié <sup>(2)</sup>.

(1) CSS, art. L. 911-1.

(2) Voir en matière de prévoyance, Cass. soc., 21 sept. 2005, n° 03-43.532 ; voir aussi sur le principe, Cass. soc., 23 sept. 1992, n° 89-45.656, JCP, éd. E, 1993, II, 466, note P. Pochet ; Cass. soc., 18 oct. 1995, n° 94-40.457, JCP éd. E 1996, II, 796, note Ph. Coursier

Par conséquent, l'opération de restructuration de l'entreprise est sans effet immédiat sur les régimes collectifs mis en place par engagements unilatéraux ou usages applicables dans l'entreprise d'origine, lesquels s'imposent au nouvel employeur sans limitation de durée, à défaut de dénonciation.

##### Coexistence de deux dispositifs concurrents

L'entreprise d'accueil peut toutefois appliquer elle-même un dispositif collectif ayant le même objet que l'engagement unilatéral ou l'usage transféré. Dans cette hypothèse, cette dernière devra appliquer, pendant toute la période du maintien de l'engagement unilatéral ou de l'usage transféré, deux dispositifs au personnel dont le contrat de travail a été transféré.

En application du principe de faveur, les salariés dont le contrat de travail a été transféré peuvent se prévaloir du régime de l'entreprise d'accueil dans l'hypothèse où il leur serait globalement plus favorable. La coexistence de différents régimes de prévoyance complémentaire ayant le même objet crée ainsi une période de « *shopping social* » pour ces salariés.

##### Salariés de l'entreprise d'accueil et égalité de traitement

Les salariés de l'entreprise d'accueil pourraient se prévaloir d'une situation d'inégalité de traitement au regard des garanties procurées par les dispositifs



réservés aux salariés transférés et auxquels ils n'ont pas accès.

La jurisprudence considère toutefois que l'obligation à laquelle est légalement tenu le nouvel employeur, en cas de transfert d'une entité économique, de maintenir au bénéfice des salariés qui y sont rattachés les droits qu'ils tiennent d'un engagement unilatéral transféré, justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés.

La coexistence de régimes de prévoyance distincts à la suite d'une restructuration ne méconnaît donc pas le principe d'égalité de traitement entre les salariés dont le contrat de travail a été transféré et les autres.

### Modalités de renonciation

Si l'entreprise d'accueil ne souhaite plus appliquer les engagements unilatéraux lui ayant été transférés ou les modifier, elle doit respecter la procédure jurisprudentielle applicable à la modification et à la dénonciation des usages, laquelle implique :

- d'informer le comité social et économique s'il existe ;
- d'informer chaque salarié intéressé individuellement et par écrit ;
- de respecter un délai de préavis suffisant (la jurisprudence considère que trois mois est raisonnable).

Dès lors qu'une telle procédure est respectée, l'ensemble des avantages issus d'un engagement unilatéral transféré disparaît, sans que les salariés ne puissent en revendiquer le maintien.

Il convient de noter qu'en outre, en application de la hiérarchie des normes, une convention ou un accord collectif conclu au sein de l'entreprise d'accueil peut mettre fin à l'engagement unilatéral transféré sans qu'il soit besoin de le dénoncer. Il importe peu que l'usage antérieur soit plus ou moins favorable que l'accord collectif.

(3) En vertu de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques (art. 11).

(4) Cass. soc., 19 nov. 1997, n° 95-43.945 et n° 95-44.167.

(5) Cass. soc., 7 mai 1998, n° 96-41.020.

(6) Cass. soc., 14 janv. 2014, n° 12-19.412.

### Remarque

Dans tous les cas, aucun salarié, employé dans une entreprise avant la mise en place d'un système de garanties collectives contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique ou liés à la maternité ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, ne peut être contraint de cotiser contre son gré à ce système mis en place par décision unilatérale de l'employeur (3).

D'ailleurs, les tribunaux ont décidé que la généralité de ces dispositions ne permettait pas d'exclure du champ d'application de la loi les salariés dont l'ancienneté n'était pas contestée et dont les contrats de travail ont été repris par la société qui a absorbé leur entreprise.

### À NOTER !

Sont traitées comme des DUE :

- les usages : pratique constante, fixe et générale de l'employeur ;
- les accords atypiques : tout accord signé par l'employeur qui ne réunit pas les conditions de validité de l'accord collectif énoncées aux articles L. 2231-1 et suivants du Code du travail ;
- les accords conclus avec les représentants du personnel (avant 2008) (4) ;
- les engagements pris devant le CE (CSE) (5) ;
- les accords conclus avec un salarié mandaté par un syndicat (avant 2008 ou en matière autre que l'épargne salariale et durée du travail) (6).

### Régime mis en place par accord référendaire

S'agissant des accords référendaires, le Code de la sécurité sociale (7) dispose qu'un décret doit déterminer les conditions dans lesquelles ils sont mis en cause en raison notamment d'une fusion. Or, ce décret n'est à ce jour toujours pas paru.

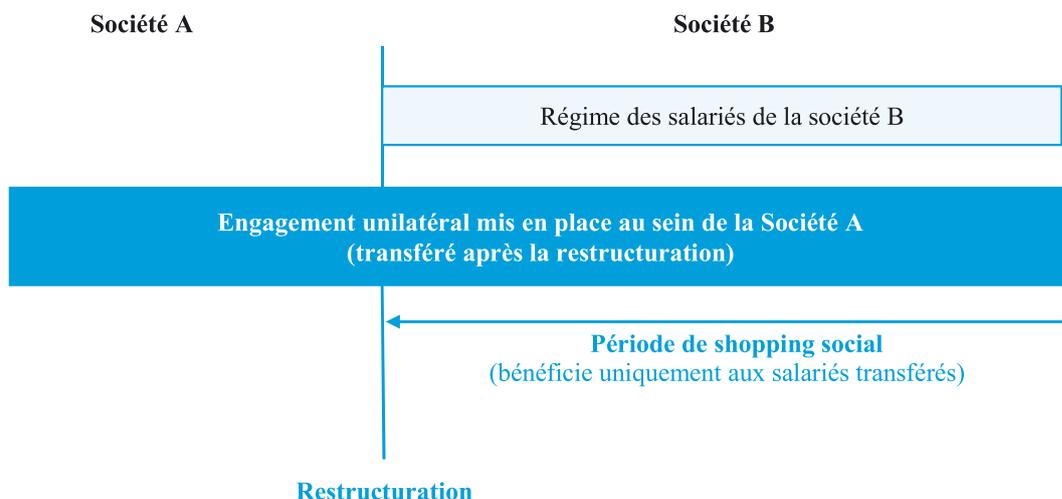
Devant l'inertie des textes, la jurisprudence fait application du même régime juridique que celui des usages et décisions unilatérales de l'employeur : ils sont transférés au nouvel employeur. Et si ce dernier ne veut plus les appliquer, il doit les dénoncer conformément à la procédure prévue dans cette hypothèse (*voir plus haut*) (8).

(7) CSS, art. L. 911-5.

(8) Cass. soc., 26 sept. 2002, n° 01-00.550.



## Régime mis en place par DUE – Schéma récapitulatif



Comme c'est le cas en matière de DUE, une convention ou un accord collectif conclu au sein de l'entreprise d'accueil peut par ailleurs mettre fin à l'accord référendaire transféré sans qu'il soit besoin de le dénoncer.

### Régime mis en place par convention ou accord collectif

En cas de couverture sociale complémentaire résultant d'une convention ou d'un accord collectif, il convient de faire application des dispositions des articles L. 2261-13 et L. 2261-14 du Code du travail <sup>(9)</sup>.

À défaut de dispositions conventionnelles organisant elles-mêmes les conséquences d'une opération de restructuration, la loi prévoit que la modification dans la situation juridique de l'employeur a pour effet de mettre en cause l'application de l'accord collectif selon les éléments de procédure suivants :

- préavis de trois mois à compter de l'opération de restructuration ;
- délai de survie des termes de l'accord pendant une durée de 12 mois, permettant l'ouverture d'éventuelles négociations en vue de lui en substituer un nouveau ;
- à défaut de nouvel accord applicable, maintien, au bénéfice des salariés précédemment concernés, de leur niveau de rémunération, conformément aux dispositions issues des articles L. 2261-13 et

L. 2261-14 du Code du travail révisés par la loi Travail du 8 août 2016 <sup>(10)</sup>.

En ce sens, le Code de la sécurité sociale indique <sup>(11)</sup> qu'« aucune disposition entraînant la perte des droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de retraite, y compris à la réversion, des salariés ou anciens salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ou de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à un autre employeur, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion, ne peut être insérée à peine de nullité dans les conventions, accords ou décisions unilatérales mentionnés à l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale ».

Pour le surplus, il reviendra aux tribunaux de préciser la notion de **maintien de rémunération** en matière de protection sociale complémentaire, selon que le risque assuré s'était réalisé ou non à la date de cessation de la convention ou de l'accord collectif, sachant néanmoins que lorsqu'il y a mise en cause d'un accord à durée déterminée le mécanisme de maintien de la rémunération ne peut pas avoir pour effet de maintenir celle-ci au-delà du terme de l'accord.

Ainsi, il convient de retenir que la mise en cause entraîne les effets suivants :

- la convention ou l'accord collectif reste applicable aux salariés en ayant antérieurement bénéficié

<sup>(9)</sup> CSS, art. L. 911-3.

<sup>(10)</sup> L. n° 2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (art. 17).,

<sup>(11)</sup> CSS, art. L. 913-2.



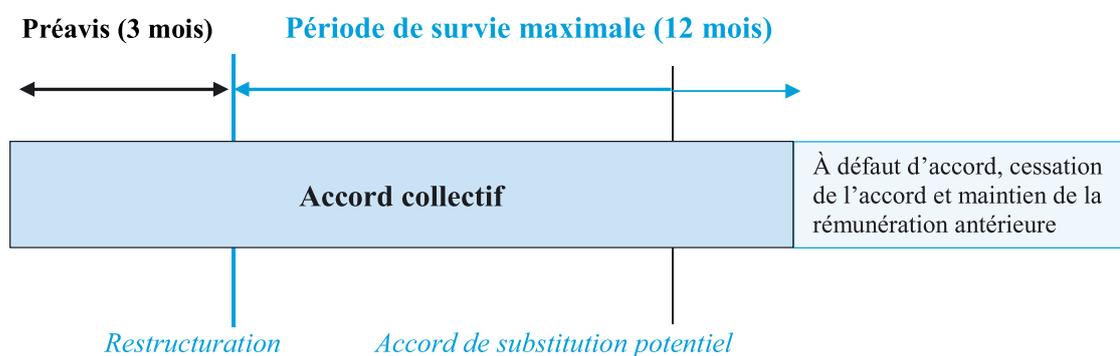
(à savoir uniquement les salariés de l'entreprise concernée par l'opération de restructuration) pendant une période maximale de 15 mois, jusqu'à la conclusion d'un accord de substitution ;

- à défaut d'accord de substitution à l'issue de ce délai, l'accord disparaît et les salariés de l'entreprise concernée par l'opération de restructuration se voient appliquer l'accord de l'entreprise d'accueil.

Pendant la période de « *survie* » de 15 mois maximum (période pendant laquelle le dispositif mis en cause est maintenu), l'entreprise d'accueil devra ainsi appliquer les deux normes collectives en matière de prévoyance complémentaire.

Comme pour les engagements unilatéraux, en application du principe de faveur, les salariés dont le contrat de travail a été transféré peuvent se prévaloir du régime de l'entreprise d'accueil dans l'hypothèse où il leur serait globalement plus favorable.

## Régime mis en place par convention ou accord collectif – Schéma récapitulatif



### Régime prévu dans le contrat de travail

Si le régime de prévoyance est inséré dans le contrat de travail, une analyse des clauses doit être opérée afin de déterminer si ces dernières présentent un caractère simplement informatif ou contractuel, la jurisprudence retenant souvent dans ce domaine la valeur informative <sup>(12)</sup>.

S'il s'agit d'un élément que les parties ont *entendu contractualiser*, le bénéfice du régime est transféré au même titre que les autres dispositions contractuelles, en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, sauf si le salarié et le nouvel employeur s'entendent, postérieurement au transfert, et *d'un commun accord* donc, pour modifier le contrat.

Si deux régimes portant sur le même type de garanties coexistent (temporairement ou non) après l'opération de restructuration, le salarié peut opter à sa guise pour celui qui lui est le plus favorable.

### Harmonisation des régimes

#### Intérêt

Lorsque les salariés transférés intègrent l'entreprise d'accueil avec un régime de protection sociale com-

plémentaire qui leur est propre (soit issu d'un engagement unilatéral, d'un usage, d'un referendum ou d'un accord atypique qui n'a pas été dénoncé, soit issu d'un accord ou d'une convention collective qui va survivre pendant quinze mois), ils vont pouvoir revendiquer l'application de leur régime ou de celui de l'entreprise d'accueil, selon ce que l'un ou l'autre leur est, ou non, plus favorable.

Aussi, il est vivement conseillé d'harmoniser les régimes le plus rapidement possible pour éviter ces périodes de shopping social et tout simplement la gestion de deux régimes différents pendant un certain moment.

#### Modalités

Elles varieront selon la nature des actes juridiques qu'il s'agit d'adapter.

**Si les régimes des entreprises parties à l'opération de restructuration résultent de deux accords collectifs**, seul un accord collectif pourra venir s'y substituer et harmoniser les régimes.

Les entreprises pourront choisir d'harmoniser les pratiques en ayant recours :

- avant l'opération de transfert, à des accords anticipés :

(12) Cass. soc., 4 juill. 2007, n° 05-45.688 ; Cass. soc., 25 sept. 2007, n° 05-42.363.



## Mesurer les effets de l'opération au plan individuel et collectif

### • accord de transition :

- négociation tripartite (employeurs des entreprises d'origine et d'accueil et organisations syndicales représentatives dans l'entreprise employant les salariés susceptibles d'être transférés),
- l'accord « *s'applique à exclusion des stipulations portant sur le même objet des conventions et accords applicables dans l'entreprise ou l'établissement dans lequel les contrats de travail sont transférés* »,
- durée maximum de trois ans : entrée en vigueur à la date de l'opération ayant entraîné la mise en cause. À expiration, les conventions et accords de l'entreprise d'accueil sont applicables de plein droit aux salariés transférés,

### • accord d'adaptation :

- négociation entre employeurs et organisations syndicales représentatives dans les entreprises/établissements concernés par l'opération,
- il se substitue aux accords mis en cause et révisé les accords de l'entreprise dans laquelle

les salariés sont transférés, à la date de réalisation de l'opération ;

- après l'opération de transfert, à un **accord de substitution**.

**Si l'un des deux régimes découle d'un accord collectif et l'autre d'un engagement unilatéral/usage ou accord référendaire**, seul un accord collectif pourra harmoniser les garanties.

**Si l'un des deux régimes est issu d'un référendum et l'autre d'un engagement unilatéral (ou usage ou accord atypique)**, un référendum est nécessaire, à moins qu'une dénonciation du régime mis en place par accord référendaire soit entreprise. Un accord collectif pourra également se substituer à tous les régimes antérieurs en application de la hiérarchie des normes.

**Si les deux régimes proviennent de décisions unilatérales ou usages**, un accord collectif, un référendum ou une nouvelle décision unilatérale pourront s'y substituer.

**Si l'un des régimes est inscrit dans le contrat de travail**, il convient de conclure un avenant avec accord exprès du salarié, même en présence d'un accord collectif de substitution.

### Principes d'articulation des normes-synthèse

		RÉGIMES SOCIÉTÉ A		
		Convention et accord collectif	Accord référendaire	Décision unilatérale, usage et accord atypique
RÉGIMES SOCIÉTÉ B	Convention et accord collectif	Convention / accord collectif	Convention / accord collectif	Convention / accord collectif
	Accord référendaire	Convention / accord collectif	Convention / accord collectif ou Référendum	Convention / accord collectif ou Référendum
	Décision unilatérale, usage et accord atypique	Convention ou accord collectif	Convention / accord collectif ou Référendum	Convention / accord collectif ou Référendum ou DUE

En pratique, il se peut également que la restructuration aboutisse à appliquer une convention de branche disposant de régimes obligatoires de protection complémentaire. La conclusion d'un accord collectif peut quand même s'avérer nécessaire pour mettre fin à l'application conjointe de la convention de branche et des autres régimes.

En pareil cas, l'accord d'harmonisation a simplement pour objet de rappeler l'application obligatoire du régime de branche, en substitution à tout régime préexistant.

Dans tous les cas, si les différentes procédures sont correctement respectées (et donc que les actes juridiques en cause ont été correctement identifiés), les



actes de substitution sont directement opposables à l'ensemble des salariés du nouvel employeur issu du rapprochement.

## Sort du contrat d'assurance

Le sort des contrats d'assurance souscrits par une entreprise qui procède à une restructuration, dépend de la nature juridique de l'opération économique réalisée.

**Si l'opération entraîne la transmission universelle du patrimoine**, elle emporte de ce fait le transfert automatique des contrats non conclus *intuitu personae* (en raison de la personne), y compris les contrats d'assurance.

C'est généralement le cas dans l'hypothèse d'une fusion-absorption ou d'une cession. Dans ce cas, c'est la société cessionnaire qui devra procéder à la résiliation des contrats qui lui sont transférés.

**Les contrats d'assurance ne sont en revanche pas automatiquement transférés si l'opération n'entraîne pas de transmission universelle du patrimoine.**

Cela peut notamment être le cas en présence d'un apport partiel d'actifs, dans la mesure où la société apporteuse continue d'exister.

L'harmonisation des garanties à la suite d'une opération de restructuration ne sera pas nécessairement envisagée dans le cadre du (ou des) contrat(s) d'assurance transféré(s).

À ce titre, les contrats transférés peuvent être résiliés, puisque c'est l'acte de droit du travail qui lie l'employeur.

Il faut alors veiller à ce que la résiliation des contrats coïncide avec la fin de l'engagement de l'employeur vis-à-vis de ses salariés (mise en cause de la convention ou de l'accord collectif ou dénonciation de l'engagement unilatéral/accord référendaire), afin d'éviter toute situation de défaut de couverture dans laquelle l'employeur deviendrait son propre assureur.

Il faut noter que la survenance d'une restructuration ne constitue pas une situation dans laquelle le contrat peut être résilié par les parties en dehors des délais et procédures légaux de résiliation.

En pratique, les employeurs obtiennent souvent un report de l'échéance contractuelle pour la faire coïncider avec la procédure engagée en application du droit du travail. ♦