

Les Cahiers du DRH

TRANSFERT D'ENTREPRISE : TOUT SAVOIR POUR MIEUX AGIR

Numéro réalisé par le Cabinet MBDA Associés

- Mesures d'anticipation
- Effets sur les contrats de travail et les IRP
- Leviers d'optimisation du statut collectif

281 | MENSUEL
DÉCEMBRE 2020

Président, Directeur de la publication
Hubert Chemla

Directrice adjointe des rédactions
Presse droit social
Rachel Brunet

Rédacteur en chef
Alain Dupays

Rédacteur en chef adjoint
Sébastien Dorlencourt

Secrétariat de rédaction
Catherine Phérvong

Ont participé à ce numéro
Meriem Khelif
Corinne Metzger

Imprimerie BIALEC
23 allée des Grands Pâquis,
54180 Heillecourt

Édité par Wolters Kluwer France
14, rue Fructidor
75814 Paris Cedex 17

Service Clients : contact@wkf.fr

 **N° Cristal 09 69 39 58 58**
APPEL NON BURTAUX

SAS au capital de 75 000 000 €
RCS Paris 480 081 306

Associé unique
Holding Wolters Kluwer France
N° Commission paritaire
1021 T 79085

N° ISSN 1297-0824

Dépôt légal à parution

Abonnement annuel 1 269,10 € TTC

Prix au numéro 115,37 € TTC

Périodicité mensuelle

Origine du papier : Suède
Taux de fibres recyclées : 0%

Certification :
PEFC N°2011-SKM-PEFC-43

Eutrophisation :
Ptot 0,01 kg / tonne



Toute reproduction ou représentation
intégrale ou partielle par
quelque procédé que ce soit, des
pages publiées dans la présente
publication, faite sans autorisation
de l'éditeur est illicite et constitue une
contrefaçon.

Les noms, prénoms et adresses de nos abonnés
sont communiqués à nos services internes ou
organismes liés contractuellement avec la
publication, sauf opposition motivée. Dans
ce cas, la communication sera limitée au
service abonnement. Conformément à la loi
du 6 janvier 1978, ces informations peuvent
donner lieu à l'exercice d'un droit d'accès et de
rectification auprès de Wolters Kluwer France
— Direction commerciale.



Wolters Kluwer

PRENDRE DES MESURES PRÉPARATOIRES ET ANTICIPER

IDENTIFIER LES SITUATIONS IMPLIQUANT LE TRANSFERT

Dès lors qu'elles n'entraînent pas toutes un transfert de droit des contrats de travail, voici les clefs pour déterminer si l'opération projetée implique une reprise du personnel..... 2

ARRÊTER LE BILAN DES CRÉANCES SALARIALES

Le nouvel employeur des salariés transférés est-il tenu des créances de ces derniers nées avant l'opération de transfert ? Quels recours entre employeurs successifs ? 6

INFORMER ET CONSULTER LE COMITÉ SOCIAL ET ÉCONOMIQUE

C'est le préalable nécessaire à toute opération de restructuration dans les entreprises de plus de 50 salariés. À quel moment faut-il saisir le CSE ? Quelles informations doivent-elles lui être communiquées ? 9

MESURER LES EFFETS DE L'OPÉRATION AU PLAN INDIVIDUEL ET COLLECTIF

CONSÉQUENCES GÉNÉRALES

Quels salariés doivent être transférés, quels éléments contractuels et conventionnels repris ? 13

SORT DES MANDATS ET DU PATRIMOINE DU CSE

Les représentants du personnel ont un rôle important dans le cadre d'un transfert d'entreprise. Premiers interlocuteurs de l'employeur, ils vont veiller au respect des droits des salariés. Mais que vont devenir les IRP existantes chez le cédant ? 22

SORT DE L'ÉPARGNE SALARIALE

Le transfert d'entreprise va impacter les régimes d'épargne salariale mis en place au sein de l'entreprise. Que vont devenir les droits des salariés transférés ? 29

SORT DE LA PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE

Les salariés transférés pourront-ils conserver les mêmes garanties collectives ou vont-ils être couverts par celles de l'entreprise absorbante ? 36

ACTIONNER DES LEVIERS D'OPTIMISATION POST-TRANSFERT

MODIFIER LE CONTRAT DE TRAVAIL DES SALARIÉS ?

Si l'employeur de l'entreprise d'accueil ne peut, sans l'accord des salariés transférés, modifier unilatéralement leur contrat de travail, la négociation d'un accord de performance collective (APC) pourra être utilement ouverte pour imposer collectivement une telle modification..... 44

HARMONISER LE STATUT DU PERSONNEL

L'application temporaire aux salariés transférés du statut collectif de leur entreprise d'origine peut-elle créer une inégalité de traitement ? Quels instruments juridiques mobiliser pour que ces derniers cessent de bénéficier des avantages existants chez le cédant ? 47

Ce numéro est accompagné d'un encart publicitaire

Crédit photos : Getty Images



Retrouvez votre revue en avant-première sur liaisons-sociales.fr



**Corinne
METZGER**

*Avocat associé
Cabinet MBDA
Associés*

cmetzger@mbda-associes.fr



Meriem KHELIF

*Avocat associé
Cabinet MBDA
Associés*

mkbelif@mbda-associes.fr

Restructurer, c'est anticiper !

Dans un monde où la compétitivité est toujours plus vive, les entreprises doivent constamment s'adapter aux évolutions du marché afin d'assurer leur pérennité et leur développement, et sont parfois conduites à se restructurer.

Si les restructurations peuvent être une réponse efficace à la nécessité de maintien ou d'accroissement de l'activité, elles emportent de nombreux effets sur le plan social. Aussi les employeurs doivent-ils nécessairement anticiper ces conséquences avant de s'engager.

À travers ce numéro, nous avons voulu retracer toutes les étapes et réflexions nécessaires à la réussite de l'opération.

Nous verrons que le succès d'un tel projet va reposer sur la conciliation de deux injonctions contradictoires selon que l'on se place du côté du cédant ou du cessionnaire :

- d'une part, répondre à l'inquiétude des salariés transférés qui craignent pour leur emploi ;
- d'autre part, parvenir à limiter le coût salarial de l'opération et assurer une bonne cohésion du nouvel effectif.

Ce partage d'expérience est destiné à donner les premières clés permettant de mener à bien ces transitions souvent complexes et à forts enjeux économiques et sociaux.

Nous formons le vœu qu'il vous soit un soutien utile et pertinent. ◆

Cabinet MBDA Associés

Plus qu'un avocat, un véritable Bras Droit !

<https://monbrasdroit-avocats.fr>

Après de nombreuses années d'expériences au sein de cabinets parisiens réputés, Corinne METZGER et Meriem KHELIF ont fondé le cabinet Mon Bras Droit Avocats. Partant du constat que la relation entre l'avocat et le client doit être un véritable partenariat et non un simple « service de prestation intellectuelle », elles ont repensé le fonctionnement du cabinet d'avocat, proposant un accompagnement juridique et stratégique illimité et sur-mesure.

Expertes reconnues en droit du travail, elles ont accompagné de nombreux employeurs publics et privés dans leur projet de restructuration. Leur intervention en droit social a permis, dans un climat social apaisé, la concrétisation de ces opérations charnières dans la vie d'une entreprise.



Prendre des mesures
préparatoires et anticiper

Identifier les situations impliquant le transfert



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



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

Les entreprises doivent constamment s'adapter aux évolutions économiques afin de sauvegarder leur compétitivité. Pour atteindre cet objectif, elles choisissent ou sont parfois amenées à se restructurer.

Si la finalité est souvent financière, il n'en demeure pas moins que les textes les plus récents obligent les entreprises à prendre en compte l'aspect social.

En effet, lorsque la restructuration débouche sur une modification de la situation juridique de l'employeur (vente, fusion...), et donc un changement d'employeur, se pose la problématique du transfert des contrats de travail vers le nouvel employeur.

Face à cette instabilité juridique, le législateur a souhaité garantir le maintien de l'emploi à chacun des salariés de l'entreprise en introduisant les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail qui entraînent, sous certaines conditions, l'obligation de reprendre le personnel.

Dès lors qu'elles n'entraînent pas toutes un transfert de droit des contrats de travail, voici les clefs pour déterminer si l'opération projetée implique une reprise du personnel.

Ce n'est que si le projet implique bien une obligation légale de reprise du personnel qu'il sera nécessaire de s'y préparer et d'en évaluer le coût induit sur la masse salariale.

PROJETS IMPLIQUANT UNE OBLIGATION DE REPRISE DU PERSONNEL EN APPLICATION DE L'ARTICLE L. 1224-1

Dans le cadre d'un rapprochement d'entreprise, il est nécessaire, pour anticiper le coût à terme de l'opération à venir, d'analyser les obligations en matière de reprise du personnel et ses conséquences sur la masse salariale.

La première étape consiste donc à s'interroger sur les obligations existantes en matière de reprise du personnel.

En effet, tout projet de rapprochement n'entraîne pas automatiquement et de plein droit le transfert du personnel.



Les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail s'appliquent « *lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification* [subsistant] *entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.* »

Quelles opérations se cachent derrière ces termes ?

La succession, qui vise le décès de l'employeur, ne fait pas obstacle au maintien des contrats de travail vis-à-vis de l'héritier, sauf renonciation de leur part à la succession.

La cession d'une entreprise, lorsqu'elle est totale, entraîne l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Partielle, elle y conduit également, dès lors que la branche cédée constitue une entité économique autonome conservant son identité et que le cessionnaire poursuit la même activité que le cédant.

La simple cession d'éléments d'actifs corporels ou incorporels peut également à elle seule donner lieu à application de l'article L. 1224-1 du Code du travail : tel est le cas par exemple en cas de cession des camions et de la clientèle d'une société de transport, ou d'un portefeuille complet de mandats de gestion d'appartements.

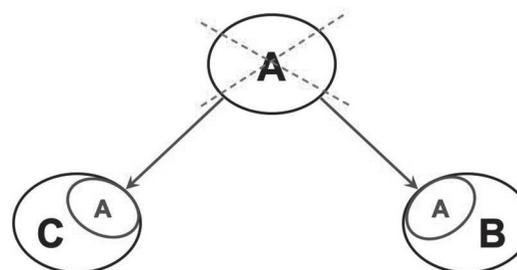
A contrario, la simple cession de participation que l'employeur détient dans d'autres sociétés ne suffit pas, à elle seule, à entraîner le transfert au cessionnaire d'une entité économique autonome si cette dernière ne s'accompagne pas d'un transfert de moyens d'exploitation matériels et humains relevant d'une branche ou d'un secteur d'activité autonome.

La mise en société : la modification de la forme juridique de l'entreprise par apport d'un fonds de commerce ou apport partiel d'actif peut entraîner l'application de l'article L. 1224-1.

La scission peut constituer une modification dans la situation juridique de l'employeur au sens de l'article L. 1224-1. Tel sera le cas lorsqu'une branche d'activité de l'entreprise constituera une filiale.

La scission est la transmission du patrimoine d'une société « *à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles* » ⁽¹⁾. Une scission est donc une opération d'éclatement du patrimoine d'une société, la société scindée, dont les éléments sont apportés à deux ou plusieurs sociétés préexistantes ou nouvelles.

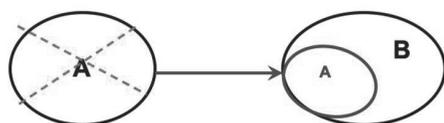
Cette scission peut intervenir soit au profit d'entités nouvelles, créées pour la circonstance, soit au profit de sociétés existantes.



La société scindée (A) disparaît
L'opération emporte transmission universelle de patrimoine

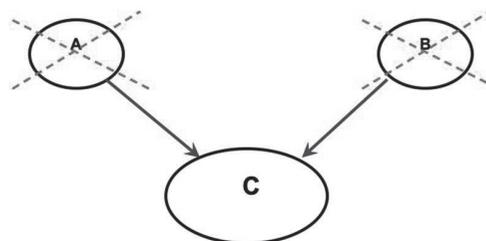
La fusion (par absorption d'une société existante ou par création d'une nouvelle société) peut donner lieu au maintien des contrats de travail.

Fusion absorption



La société scindée (A) disparaît

Fusion création



Les sociétés fusionnées (A et B) disparaissent

(1) C. Com., art. L. 236, al. 2.



Dans le cadre des restructurations, l'article L. 236-1, alinéa 1^{er}, du Code de commerce donne une définition de l'opération de fusion en distinguant selon que l'apport est fait à une société existante ou nouvelle.

Il prévoit en effet qu'« *une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent* ».

Ainsi, deux situations de fusion existent : l'**absorption par une société existante** : une ou plusieurs sociétés (sociétés absorbées) transmettent à une autre (société absorbante) l'ensemble de leur patrimoine.

Dans ce premier cas, l'opération se traduit par une augmentation de capital par apports en nature, pour la société absorbante, et par une dissolution sans liquidation, pour la société absorbée, dont les associés vont devenir, grâce à l'émission de nouvelles parts sociales, associés de l'absorbante.

La seconde situation pouvant se rencontrer est la **fusion par constitution d'une société nouvelle** : deux ou plusieurs sociétés fusionnent et constituent une nouvelle entité.

Nous nous attacherons aux opérations de restructurations caractérisées par la fusion d'entreprise.

Cette opération suppose la réunion de trois éléments constitutifs :

- la dissolution d'au moins une des sociétés en cause ;
- la transmission universelle de son patrimoine ;
- et l'acquisition simultanée par les associés des sociétés qui disparaissent de la qualité d'associés des sociétés bénéficiaires.

La fusion implique la disparition totale de la ou des sociétés et une transmission du patrimoine (actif et passif).

La détermination du cadre juridique de l'opération projetée sera essentielle pour analyser s'il existe une obligation légale de reprise du personnel en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail et passer à la **seconde étape** : chiffrer les conséquences du rapprochement sur la masse salariale et réfléchir à des axes d'amélioration.

Pour cela, il est nécessaire de bien connaître les règles organisant les conséquences sociales d'un rapprochement.

EXIGENCE : LE MAINTIEN D'UNE ENTITÉ ÉCONOMIQUE AUTONOME CONSERVANT SON IDENTITÉ OU DONT L'ACTIVITÉ EST REPRISE

Pour que le personnel soit transféré dans le cadre des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail, il faut qu'il y ait transfert d'une entité économique autonome constituée d'un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit des intérêts propres.

L'emploi de l'adverbe « *notamment* » permet d'élargir le champ d'application de l'article à d'autres opérations que la « *succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise* ».

Que recouvre donc cette notion de transfert d'une entité économique autonome conduisant à celui, automatique, des contrats de travail ?

Un transfert légal du personnel sera caractérisé dès lors qu'est rapportée la preuve :

- de l'existence d'une entité économique autonome ;
- et du maintien de son identité et la poursuite de son activité.

Caractéristiques d'une entité économique autonome

Constitue une entité économique autonome un ensemble organisé de personnes et d'éléments corporels (terrains, bâtiments, matériel, stock...) ou incorporels (clientèle, droit au bail, marque...) permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit des intérêts propres et conserve son identité chez le nouvel exploitant ⁽²⁾.

Il ressort de cette définition jurisprudentielle que l'entité économique doit comprendre plusieurs éléments :

(2) Cass. soc., 7 juill. 1998, n° 96-21.451.



- des moyens corporels (matériel, outillage, marchandises, mais aussi bâtiments, ateliers, terrains équipements...);
- des éléments incorporels (clientèle, droit au bail, brevets d'invention, licences, dessins et modèles industriels, droits de propriétés industriels, littéraires ou artistiques...).

Remarque

L'existence d'un personnel propre constituera un indice supplémentaire de l'existence d'une entité économique autonome.

La condition de l'identité de l'entité transférée est remplie quand la même activité se poursuit chez le repreneur avec les mêmes moyens corporels ou incorporels : il s'agit de la situation la plus simple. Dans ce cas, en cas de reprise des moyens d'exploitation et de maintien de l'activité à l'identique, il y aura bien transfert de droit des contrats de travail.

La question se complexifie lorsqu'il y a reprise partielle d'activité : tel est le cas quand il y a éclatement de l'activité cédée.

En effet, le transfert peut porter sur une branche ou un secteur d'activité de l'entreprise. Il peut concerner une activité principale, secondaire ou accessoire. Dès lors que la partie transférée constitue à elle seule une entité économique autonome conservant son identité, les contrats de travail des salariés de l'entreprise cédante seront automatiquement transférés pour la partie affectée à l'entité cédée.

Concrètement, cela signifie qu'un salarié qui travaillait au sein d'une même entreprise pour deux types d'activité différentes peut voir son contrat de travail scindé : il travaillera à la fois pour son ancien em-

ployeur sur la branche d'activité conservée et pour un nouvel employeur au titre de l'activité cédée.

Dans cette situation, l'existence d'une entité économique autonome entraînant le transfert de personnel ne sera caractérisé qu'en cas de transfert au moins partiel des moyens d'exploitation.

Maintien de l'identité et de l'activité de l'entreprise

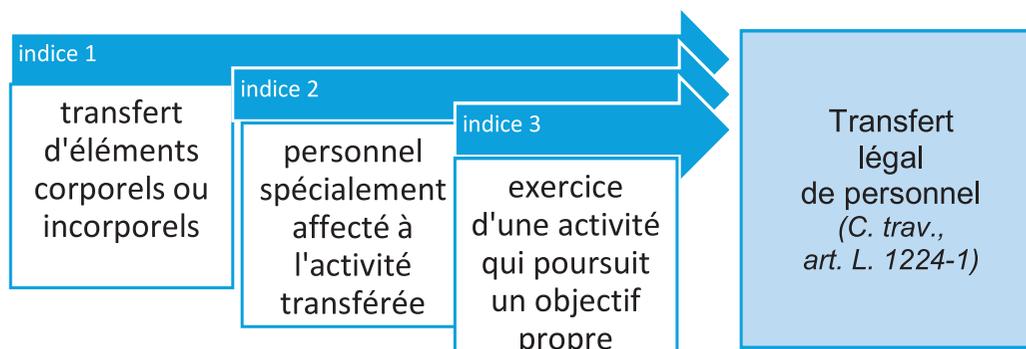
Lorsqu'une entité économique autonome est reconnue, il est en outre nécessaire qu'elle soit transférée à un repreneur qui poursuive de façon effective la même activité.

Ce dernier constat reposera sur les conditions d'exploitation de l'activité transférée : lorsque la même activité se poursuit de façon durable avec les mêmes moyens d'exploitation (corporels ou incorporels), le critère d'identité d'activité sera réalisé.

Ainsi, pour caractériser un transfert d'activité entraînant le transfert de plein droit des contrats de travail des salariés affectés à l'activité transférée, il est nécessaire que la succession d'employeurs s'accompagne **cumulativement** :

- d'un transfert d'éléments significatifs et nécessaires à l'exploitation ;
- d'un personnel spécialement affecté à l'exercice de l'activité transférée ;
- de l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre.

À défaut, le transfert des contrats de travail des salariés n'est pas imposé par la loi : ni le cédant, ni les salariés ne peuvent imposer au repreneur la reprise des contrats de travail. ♦





Prendre des mesures
préparatoires et anticiper

Arrêter le bilan des créances salariales



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



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

Le repreneur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombent à l'ancien employeur à la date de la modification.

Le cessionnaire devra donc avoir un état précis des dettes salariales en cours puisqu'il est, à compter du jour du transfert, l'interlocuteur direct des salariés transférés et que c'est à lui, même s'il pourra en obtenir du cédant le remboursement ultérieur, qu'il reviendra d'acquitter le paiement de ces sommes.

PRINCIPE DE SOLIDARITÉ LÉGALE

L'article L. 1224-2 du Code du travail organise une solidarité légale entre les employeurs successifs dans le paiement des dettes de salaires ou des indemnités nées avant le transfert et demeurées impayées par le premier employeur, débiteur principal. Revue de détail.

Le nouvel employeur des salariés transférés est-il tenu des créances de ces derniers nées avant l'opération de transfert ? Quels recours entre employeurs successifs ?

Dettes de salaire

Celles échues antérieurement au transfert incombent désormais aussi au nouvel employeur, co-débiteur solidaire du précédent ⁽¹⁾.

Indemnités de congés payés

Elles doivent être intégralement réglées par l'employeur au service duquel se trouve le personnel concerné à la date où s'ouvre dans l'établissement la période des congés annuels.

Par ailleurs, un salarié, mis par son ancien employeur dans l'incapacité de prendre ses congés payés, peut demander des dommages-intérêts sanctionnant ce manquement aux obligations découlant du contrat de travail et obtenir la condamnation solidaire de son nouvel employeur ⁽²⁾. Le nouvel employeur ne conserve cependant pas la charge de la totalité de l'indemnité de congés payés. Le cédant doit rem-

(1) Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 05-41.722.

(2) Cass. soc., 19 mai 2016, n° 15-20.091.



boursier au cessionnaire la part de l'indemnité de congés payés proportionnelle au temps pendant lequel, au cours de la période de référence, le salarié concerné a été compté dans ses effectifs.

Primes

Le paiement des diverses primes incombe à titre principal au cessionnaire de l'entité économique dès lors que le droit des salariés naît, en vertu d'un contrat de travail, d'une convention collective ou d'un usage, après le transfert, peu important la date d'exigibilité de ces sommes ou la période d'emploi à laquelle elles se rapportent.

Exemples

Les salariés d'une société absorbée sont en droit de prétendre au versement d'une prime de treizième mois de salaire dans les mêmes conditions que ceux de la société absorbante.

Le paiement d'une prime de vacances incombe au cessionnaire dès lors que cette créance a pris naissance à la date de l'ouverture de la période des congés annuels, postérieure au transfert de personnel.

En tout état de cause ⁽³⁾, le cessionnaire qui a payé conserve un recours contre le cédant en remboursement de la fraction de la prime correspondant au temps pendant lequel les salariés ont été à son service.

Cette solution vaut également pour la **prime d'intéressement** dont le délai de paiement expire après la cession : le cessionnaire est tenu de la payer, même si l'accord d'intéressement cesse d'être applicable ⁽⁴⁾.

Domages-intérêts

Le paiement de la créance en réparation d'un salarié transféré, en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, peut être poursuivi contre le nouvel employeur, alors même que celui-ci n'a aucune part de responsabilité dans le dommage, entièrement causé par son prédécesseur.

(3) Conformément à l'article L. 1224-2, alinéa 4, du Code du travail.

(4) En vertu des articles L. 3313-4 et L. 3323-8 du Code du travail.

Exemples

Un salarié peut agir contre le nouvel employeur en demande de dommages-intérêts pour manquement de l'employeur précédent à son obligation de formation, d'adaptation et de maintien de l'employabilité, alors même que l'intéressé était en arrêt de travail lors du transfert et qu'il était impossible au cessionnaire de lui faire bénéficier d'une quelconque formation ⁽⁵⁾.

Indemnités de requalification de contrats à durée déterminée

« Si les indemnités liées à la rupture du contrat de travail naissent à la date de cette rupture et incombent à l'employeur qui l'a prononcée, l'indemnité de requalification d'un contrat de travail à durée déterminée naît dès la conclusion de ce contrat en méconnaissance des exigences légales et pèse ainsi sur l'employeur l'ayant conclu ». Le cessionnaire sera tenu au règlement de l'indemnité de requalification, mais pourra se retourner en garantie contre le cédant ⁽⁶⁾.

Indemnité forfaitaire pour travail dissimulé due en raison de l'inexécution par l'employeur de ses obligations

Elle n'est exigible qu'en cas de rupture de la relation de travail. Dès lors, lorsque le contrat de travail a été transféré en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le salarié est fondé à en demander le paiement au nouvel employeur qui a prononcé son licenciement ⁽⁷⁾.

EFFETS

Recours du salarié

Le salarié a la possibilité d'exercer indifféremment son action en paiement directement à l'encontre du premier ou du nouvel employeur, sans que puisse par ailleurs lui être opposée une convention éventuelle intervenue entre le cédant et le cessionnaire.

(5) Cass. soc., 7 juill. 2016, n° 15-10.542.

(6) Cass. soc., 7 nov. 2006, n° 05-41.723.

(7) Cass. soc., 11 mai 2016, n° 14-17.496.



Action du cessionnaire

Afin de prévenir un enrichissement sans cause de l'ancien employeur, l'article L. 1224-2, alinéa 4, du Code du travail oblige ce dernier à rembourser les sommes acquittées par le nouvel employeur en vertu de l'alinéa 1^{er} de ce texte : « *Le premier employeur rembourse les sommes acquittées par le nouvel employeur, dues à la date de la modification, sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux* ».

Cette action en remboursement est ouverte à moins qu'il ait été tenu compte de ces paiements dans la convention intervenue entre les deux parties.

Il est ainsi particulièrement important, lors des négociations, non seulement de connaître le statut social du cédant (à savoir les accords collectifs en cours, ainsi que les engagements unilatéraux et usages), mais également d'avoir une liste précise des réclamations amiables de certains salariés, des congés payés acquis et non encore pris et des primes à venir.

L'acte de cession pourra en outre régler utilement les problématiques de contribution à la dette. ◆



Informier et consulter le comité social et économique



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



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

Un rapprochement entre deux ou plusieurs entreprises se réfléchit souvent sur de longs mois et après de nombreux échanges et négociations.

Parce qu'il y a d'importants enjeux financiers et que les droits des salariés vont être nécessairement impactés, il convient de préparer minutieusement cette opération qui peut parfois s'avérer périlleuse.

Ainsi, avant d'envisager un rapprochement, il conviendra de faire un véritable audit social. Il faudra par ailleurs informer et consulter le comité social et économique (CSE) lorsqu'il existe ⁽¹⁾.

(1) Les solutions jurisprudentielles citées ont souvent été rendues avant la fusion des anciennes instances (CE, DP, CHSCT) dans le CSE. Celles qui concernent l'ancien CE étant transposables au CSE, il sera ici directement, pour plus d'intelligibilité, fait référence à la nouvelle instance.

C'est le préalable nécessaire à toute opération de restructuration dans les entreprises de plus de 50 salariés.
À quel moment faut-il saisir le CSE ?
Quelles informations doivent-elles lui être communiquées ?

ÉVALUATION DE LA SITUATION SOCIALE

Lorsque deux entreprises se rapprochent et que ce rapprochement entraîne un transfert automatique de personnel en application

de l'article L. 1224-1 du Code du travail, l'entreprise cessionnaire (dite « *d'accueil* ») doit anticiper le coût lié à l'incorporation de ces salariés.

Pour ce faire, un état des lieux des pratiques sociales doit être entrepris. À cet égard, il conviendra d'étudier avec précision la politique salariale de l'entreprise cédante.

Il faudra répertorier tous les accords d'entreprise, les usages et engagements unilatéraux existants chez cette dernière.

Par ailleurs, il conviendra d'identifier la convention collective qui était applicable en son sein.



Prendre des mesures préparatoires et anticiper

Cet état des lieux permettra de mettre en exergue les différences entre les pratiques de l'entreprise d'accueil et de l'entreprise cédante et ainsi de projeter l'impact de l'opération sur la masse salariale et les actions à mener, compte tenu que :

- les accords d'entreprises perdureront pendant un délai maximum de 15 mois (12 mois de délai de survie et 3 mois de délai de préavis) à défaut d'accord de substitution ;
- au-delà de ce délai, et en l'absence d'accord de substitution, les avantages salariaux devront être maintenus ;
- les engagements unilatéraux, accords atypiques et usages resteront applicables tant qu'ils n'auront pas été dénoncés.

Cette phase préparatoire doit se faire « *en temps caché* » et être menée parallèlement à la préparation de l'information/consultation du CSE, qu'elle permettra de préparer utilement.

INFORMATION ET CONSULTATION DU CSE DES ENTREPRISES DE 50 SALARIÉS ET PLUS

Temporalité

À quel stade d'élaboration du projet faut-il consulter le CSE ?

Le Code du travail dispose qu'il est informé et consulté **avant la prise de décision définitive de l'employeur** ⁽²⁾.

Autrement dit, il l'est à un moment où le projet demeure amendable et ne présente pas un caractère irréversible : une consultation tardive du comité, c'est-à-dire après que la décision a été prise, et quand bien même elle n'aurait pas encore été mise en œuvre, peut constituer un délit d'entrave.

La consultation doit toutefois porter sur un projet suffisamment précis. La détermination de ce « *moment adéquat* » pouvant être délicate à cerner, la Cour de cassation a posé les principes suivants :

- l'information/consultation doit nécessairement intervenir avant que les organes sociaux de l'entreprise n'aient acté de façon définitive l'opération ;

(2) C. trav., art. L. 2312-14.

- un projet ou des orientations, même formulés en des termes généraux doivent être soumis à consultation du comité lorsque leur objet est assez déterminé pour que leur adoption ait une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise ;
- il importe peu que ce projet ou ces orientations ne soient pas accompagnés de mesures précises et concrètes d'application, dès lors que la discussion ultérieure de ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause dans son principe le projet ou les orientations adoptés.

Un projet de rapprochement se prépare cependant sur le long terme, et pour favoriser l'acceptation sociale du projet, l'employeur peut souhaiter tenir les salariés directement informés de son évolution et avoir recours à un cabinet pour l'accompagner dans la conduite du changement.

La question que l'on peut se poser revient à savoir si l'employeur peut, sans commettre de délit d'entrave, annoncer publiquement le projet à l'ensemble du personnel ou à des tiers.

De telles annonces ne sont pas prohibées en tant que telles. L'annonce à la presse et au personnel d'un projet de cession n'a pas pour effet de transformer ce projet en décision définitive, dès lors que l'employeur est particulièrement attentif aux termes employés dans sa communication : il devra souligner qu'il ne s'agit que d'un simple projet.

En cas de difficulté, les juges vérifieront la date à laquelle les actes de cession ont été conclus : la Cour de cassation a ainsi considéré que la consultation est régulière dès lors que l'acte de cession d'actions a été signé postérieurement à la consultation du comité social et économique ⁽³⁾.

En pratique, il est préférable que l'employeur attende d'avoir lancé le processus d'information/consultation du CSE sur un projet présenté comme non confidentiel, et procède à l'information directe du personnel, dès lors que ledit projet n'est pas définitivement arrêté et que les discussions devant le CSE permettent à leurs organes d'exercer pleinement leurs attributions ⁽⁴⁾.

(3) Cass. crim., 29 mai 1990, n° 89-84.747.

(4) Cass. crim., 9 févr. 2016, n° 12-86.016.



Le projet n'a cependant pas besoin d'être finalisé dans les détails. Ainsi, il a été jugé qu'un projet, même formulé en termes généraux, devait être soumis au CSE, dès lors que son objet était assez déterminé pour que son adoption ait une incidence sur la marche de l'entreprise. Il importait peu, selon les juges, qu'il ne soit pas accompagné de mesures précises et concrètes d'application ⁽⁵⁾.

Ces mesures concrètes d'application (exemple : réorganisation ultérieure de l'entreprise) feront l'objet d'une seconde consultation.

La Cour de cassation a précisé qu'en présence d'une procédure complexe comportant des décisions échelonnées, le comité social et économique doit être consulté pour chacune d'elles ⁽⁶⁾.

Nature des informations à fournir

L'employeur doit fournir au comité d'entreprise, sous peine de commettre un délit d'entrave, des informations écrites et précises ⁽⁷⁾.

Le délai de consultation ne pourra courir qu'à compter de la mise à disposition de ces informations par l'employeur dans une note écrite ou dans la BDES.

Les juges ont eu à plusieurs reprises à se prononcer sur le fait de savoir si l'employeur devait communiquer au CSE les projets sur lesquels il travaille : projet de cession, projet de convention avec des sociétés tierces.

Selon la Cour de cassation, il semble que l'employeur ne soit pas obligé de communiquer le projet lui-même : fournir une note explicative détaillée sur le projet paraît suffisant ⁽⁸⁾.

Si le comité estime qu'il ne dispose pas d'éléments suffisants pour rendre un avis, il a la faculté de saisir le président du tribunal judiciaire, statuant selon la procédure accélérée au fond, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des éléments manquants ⁽⁹⁾. Le juge peut également ordonner la prolongation du délai dans lequel le comité social et économique doit rendre son avis.

Cette saisine du tribunal judiciaire doit intervenir avant l'expiration du délai de consultation. En effet,

(5) Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314.

(6) Cass. soc., 7 févr. 1996, n° 93-18.756.

(7) C. trav., art. L. 2312-15.

(8) Cass. crim., 6 avr. 1993, n° 92-80.864.

(9) C. trav., art. L. 2312-15, précité.

comme l'a indiqué la Cour de cassation dans une affaire concernant une opération de fusion, aucune disposition légale n'autorise le juge à accorder un nouveau délai après l'expiration du délai initial ⁽¹⁰⁾. Ainsi, dans le cas d'une consultation du CSE accompagnée d'une expertise, ce dernier dispose de deux mois pour saisir le juge afin de demander des informations complémentaires et une éventuelle prolongation du délai pour se prononcer.

Délais de consultation

Délai de droit commun

Le CSE en possession des informations écrites mises à sa disposition dans la note qui lui a été remise ou dans la BDES doit se prononcer dans un délai maximum d'un mois en l'absence d'expertise, ou de deux mois en cas de recours à un expert.

Ce délai est porté à trois mois pour les consultations avec expertises dans le cadre d'entreprises à établissements multiples.

Lorsqu'il y a lieu de consulter à la fois le CSE central et un ou plusieurs comités d'établissement, les délais de un, deux ou trois mois s'appliquent au CSE central. Dans ce cas, l'avis de chaque comité d'établissement est rendu et transmis au CSE central au plus tard sept jours avant la date à laquelle ce dernier est réputé avoir été consulté (et avoir rendu un avis négatif, le cas échéant). À défaut, l'avis du comité d'établissement est réputé négatif.

En matière de projet de rapprochement, dès lors qu'au moment de la première réunion de consultation sur un projet, un document d'information écrit a bien été remis au comité et qu'une présentation globale du projet a eu lieu, permettant au comité de mesurer l'importance de l'opération envisagée (et de saisir le président du tribunal judiciaire s'il estimait l'information insuffisante), le délai a bien commencé à courir.

À l'expiration de ces délais légaux, l'avis est réputé avoir été rendu.

Délais aménagés

Les délais légaux de consultation peuvent être aménagés soit dans le sens d'une augmentation, soit pour les réduire.

(10) Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 15-19.003.

Ils peuvent être raccourcis *préalablement* au lancement de la procédure d'information/consultation par accord d'entreprise (accord conclu avec les délégués syndicaux ou, en l'absence de délégué syndical, accord avec le CSE adopté à la majorité des titulaires) ⁽¹¹⁾.

Un accord, adopté à la majorité des membres titulaires élus du CSE, peut également prévoir une prolongation des délais *en cours de consultation*, alors même que cette dernière a déjà commencé.

Comme c'est le cas pour l'application des délais légaux, le CSE, quand bien même il refuserait de délibérer, est réputé avoir été consulté et avoir rendu un avis négatif à l'expiration de ces délais conventionnels.

Remarque

Attention cependant, dans un arrêt récent ⁽¹²⁾, la Cour de cassation a validé la prolongation des délais de consultation « *d'un commun accord* », sans vote des élus, en constatant la tenue de plusieurs réunions postérieurement à l'expiration de ces délais, ainsi que la communication de documents supplémentaires à l'expert dans ce cadre.

Recours ouverts au CSE

Il est extrêmement important de veiller à bien communiquer l'ensemble des éléments pour que le délai de consultation puisse utilement courir.

En effet, le comité peut, s'il estime ne pas disposer d'éléments suffisants, saisir le président du tribunal judiciaire statuant selon la procédure accélérée au

fond, pour qu'il ordonne la communication par l'employeur des informations manquantes.

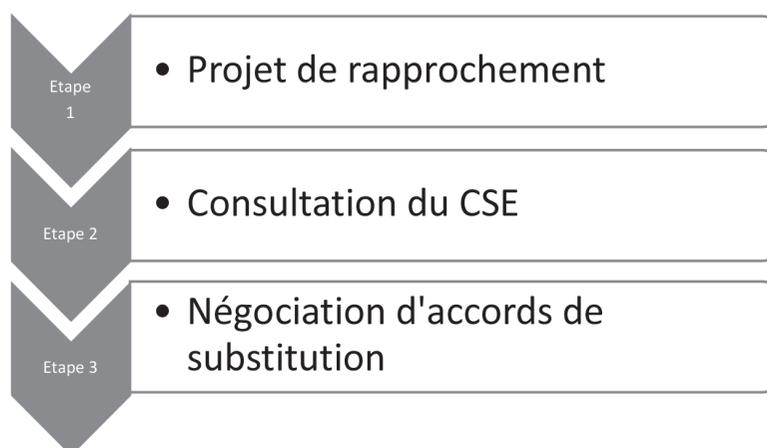
Si cette saisine n'a pas pour effet de prolonger le délai dont dispose le comité pour rendre son avis, le juge peut toutefois opter pour une telle prolongation en cas de difficultés particulières d'accès aux informations nécessaires à la formulation de l'avis motivé du comité.

Cette saisine devra être effectuée dans le délai de consultation du CSE. A défaut, elle sera considérée comme tardive et dès lors irrecevable.

Ainsi, il convient de retenir que :

- le CSE doit obligatoirement saisir la juridiction dans le délai qui lui est imparti pour donner son avis (c'est-à-dire avant l'expiration de son délai de consultation) ;
- la saisine de la juridiction ne prolonge pas par elle-même les délais de consultation. Dès lors, si le juge rejette la demande du CSE, le délai s'achève à la date initialement prévue. S'il considère en revanche que la demande est fondée, le CSE n'ayant pas reçu les informations nécessaires pour formuler un avis motivé, le juge pourra ordonner la production des éléments d'information complémentaires et prolonger ou fixer un nouveau délai de consultation pour une durée correspondant à celles fixées par le Code du travail à compter de la communication de ces éléments complémentaires.

Une fois le CSE valablement informé et consulté, la mise en œuvre du rapprochement du statut collectif de l'entreprise cédante et de l'entreprise cessionnaire peut intervenir. ♦



(11) En application de l'article L. 2312-55 du Code du travail.

(12) Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 19-10.987 FS-P + B + I.



Conséquences générales



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



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

Quels salariés doivent être transférés, quels éléments contractuels et conventionnels repris ?

Le transfert d'entreprise va avoir une incidence directe sur les salariés de l'entreprise absorbée, puisque ces derniers vont changer d'employeur.

Une telle opération suscite, en pratique, beaucoup de questions.

Les salariés affectés à l'activité cédée seront-ils tous transférés ? Que recouvre concrètement la notion de transfert de plein droit des contrats de travail ? Des démarches devront-elles être effectuées ? Le nouvel employeur devra-t-il faire signer de nouveaux contrats de travail ?

Au-delà, l'inquiétude des salariés se portera sur le maintien ou non de leur statut. Ces derniers pourront légitimement s'interroger sur les éléments que le nouvel employeur devra reprendre.

Et *quid* des avantages existants au sein de l'entreprise qu'ils intègrent ?

Autant de questions que peuvent se poser les repreneurs, auxquelles il convient aujourd'hui de répondre. Ainsi, nous détaillerons dans un premier

temps les types de contrats qui seront transférés, avant d'aborder le statut du salarié transféré.

TRANSFERT DES CONTRATS

Cas général : salariés non protégés

Identification des contrats transférés

Dans un souci de protection du salarié, le législateur a institué un dispositif permettant d'éviter que le transfert d'activité ne se traduise par la perte de l'emploi.

Tel est l'objet de l'article **L. 1224-1** du Code du travail, qui prévoit sous certaines conditions la poursuite des contrats de travail en cours en cas de modification de la situation juridique de l'employeur.

Il en résulte que sont concernés par les transferts **tous les contrats de travail en cours** au jour de la modification de la situation juridique de l'employeur.

Sont ainsi valablement transférés au nouvel employeur :



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

- les contrats à durée indéterminée ;
- les contrats à durée déterminée (jusqu'à leur terme) ;
- les contrats à temps partiel ;
- les contrats d'apprentissage.

Il convient de préciser à toutes fins utiles que la poursuite du contrat s'impose même si le salarié est en période d'essai, voire en cours de préavis.

De même, la Cour de cassation considère que la suspension du contrat de travail ne fait pas obstacle à l'application de l'article L. 1224-1.

Il en a été jugé ainsi à propos :

- d'une absence pour maladie ⁽¹⁾ ;
- d'une absence pour accident du travail ⁽²⁾ ;
- d'une absence pour congé parental ⁽³⁾.

Le salarié « ordinaire » ne peut pas s'opposer au transfert de son contrat de travail, dès lors que les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail sont réunies.

En effet, il convient de rappeler que les dispositions susvisées sont d'ordre public ⁽⁴⁾ : « Lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 sont remplies, le contrat de travail du salarié concerné est transféré de plein droit, indépendamment de la volonté des parties. »

Il sera souligné en outre que l'article L. 1224-1 du Code du travail vise notamment la cession totale ou partielle d'une entreprise, ou les opérations de fusion, à savoir l'absorption d'une société existante ou la création d'une société nouvelle.

En cas de cession d'une simple branche d'activité, le salarié partiellement affecté à l'activité cédée verra son contrat de travail partiellement transféré. En effet, la cession partielle d'activité peut ainsi entraîner une « scission » du contrat de travail du salarié affecté pour partie seulement à une branche d'activité cédée. Ainsi, de salarié à temps plein auprès d'un

seul employeur, il deviendra salarié à temps partiel auprès de deux employeurs :

- il travaillera à temps partiel pour le cédant pour la branche d'activité n'ayant pas fait l'objet d'une cession, et continuera à bénéficier du statut collectif applicable chez ce dernier ;
- au titre de son activité dans la branche cédée, son contrat de travail sera partiellement transféré au cessionnaire : à terme, il se verra appliquer le statut collectif du repreneur.

La Cour de cassation vient récemment de rappeler ce principe ⁽⁵⁾ : « Lorsque le salarié est affecté tant dans le secteur repris, constituant une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, que dans un secteur d'activité non repris, le contrat de travail de ce salarié est transféré pour la partie de l'activité qu'il consacre au secteur cédé, sauf si la scission du contrat de travail, au prorata des fonctions exercées par le salarié, est impossible, entraîne une détérioration des conditions de travail de ce dernier ou porte atteinte au maintien de ses droits garantis par la directive. »

Les règles à appliquer sont les suivantes :

- si le salarié exerçait l'essentiel de ses fonctions dans le secteur d'activité repris par la nouvelle société, l'ensemble de son contrat de travail devra être transféré à cette dernière. À défaut, son contrat se poursuivra avec la société sortante ⁽⁶⁾ ;
- dans les autres cas, la scission du contrat de travail au prorata du temps passé aura lieu, sauf si :
 - elle est impossible,
 - elle entraîne une détérioration des conditions de travail,
 - elle porte atteinte au maintien des droits des travailleurs ⁽⁷⁾.

Si la scission du contrat est possible, le salarié dont le contrat est partiellement transféré au cessionnaire d'une entité économique ne pourra pas prendre acte de la rupture de son contrat aux torts de l'employeur cédant au motif que celui-ci ne l'a pas conservé entièrement à son service. Du côté du

(1) Cass. soc., 6 nov. 1991, n° 87-45.741.

(2) Cass. soc., 12 avr. 2005, n° 03-41.806.

(3) Cass. soc., 30 mars 2005, n° 02-47.380.

(4) Cass. soc., 13 juin 1990, n° 86-45.216 ; Cass. soc., 22 juin 1993, n° 90-44.705.

(5) Cass. soc., 30 sept. 2020, n° 18-24.881.

(6) Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-42.065 ; Cass. soc., 21 sept. 2016, n° 14-30.056.

(7) CJUE, 26 mars 2020, aff. C-344/18.



nouvel employeur (l'entreprise cessionnaire), la jurisprudence considère ⁽⁸⁾ que « lorsque l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail entraîne une modification du contrat de travail autre que le changement d'employeur, le salarié est en droit de s'y opposer » et « la rupture résultant du refus par le salarié d'une modification de son contrat de travail, proposée par l'employeur pour un motif non inhérent à sa personne, constitue un licenciement pour motif économique ».

L'entreprise cessionnaire, en cas de reprise partielle d'activité, devra donc être particulièrement attentive à la situation des salariés partiellement transférés, et veiller à leur proposer un avenant à leur contrat de travail. En cas de refus, le cessionnaire se trouvera dans une situation délicate, puisqu'en l'état de la jurisprudence la procédure de modification du contrat et le licenciement consécutif à son refus doivent reposer sur un motif économique.

Remarque

Il nous semble que, pour sécuriser les cessionnaires, la jurisprudence devrait évoluer en consacrant le principe d'une mesure de licenciement *sui generis* (c'est-à-dire pour un motif ni économique, ni personnel) comme elle l'a fait dans le cadre d'un transfert de personnel salarié vers des personnes publiques administratives...

Date

Le transfert des contrats en cours a lieu le jour de la reprise de l'entreprise et ne peut pas être reporté, au gré du cédant ou du cessionnaire, à une autre date.

On rappellera de ce point de vue que le caractère impératif des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail fait échec aux conventions visant à en éluder ou en limiter l'application.

Absence de formalisme

Le transfert étant un effet de la loi, l'employeur n'est pas tenu de le notifier au salarié ⁽⁹⁾.

L'article 7, alinéa 6, de la directive du 12 mars 2001 prévoyant une information préalable des salariés sur le transfert d'entreprise en l'absence de représen-

tants du personnel, n'a pas été transposé en droit interne, de sorte qu'il ne peut pas créer d'obligation à la charge de l'employeur sortant ⁽¹⁰⁾.

Ainsi, si une information des salariés est bien entendu nécessaire en amont, il n'existe aucun formalisme légal, et le transfert ne sera donc pas subordonné à la signature d'un avenant à leur contrat de travail.

Situation particulière des salariés protégés

Cas et personnels visés

Deux situations sont à distinguer selon que le transfert d'activité est total ou partiel.

Dans le premier cas, il ne requiert aucune autorisation : le contrat du salarié protégé est, comme tout autre salarié, automatiquement transféré.

En revanche, en cas de transfert partiel d'activité, le transfert du contrat du salarié protégé ne pourra intervenir qu'après avoir été expressément autorisé par l'inspection du travail.

Sont visés ⁽¹¹⁾ :

- les délégués syndicaux et anciens délégués syndicaux ;
- les membres élus et anciens membres élus de la délégation du personnel du comité social et économique ou candidats à ces fonctions ;
- les représentants syndicaux au comité social et économique et les anciens représentants syndicaux au comité social et économique ;
- les représentants de proximité et les anciens représentants de proximité ou candidats à ces fonctions ;
- les membres et anciens membres de la délégation du personnel du comité social et économique interentreprises ou candidats à ces fonctions...

(10) Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 08-43.398 ; Cass. soc., 17 déc. 2013, n° 12-13.503.

(11) C. trav., art. L. 2414-1. Pour les candidats aux élections professionnelles, voir aussi Cass. soc., 8 juin 1999, n° 96-45.045. S'agissant des salariés ayant demandé l'organisation des élections et dont la demande a été reprise par une organisation syndicale : Cass. soc., 28 oct. 2015, n° 14-12.598.

(8) Cass. soc., 17 avr. 2019, n° 17-17.880.

(9) Cass. soc., 23 oct. 1968, n° 67-40.125 ; Cass. soc., 16 janv. 1974, n° 72-40.336 ; Cass. soc., 14 déc. 1999, n° 97-43.011.



La Cour de cassation a en effet jugé que le transfert des candidats aux élections professionnelles et des salariés ayant demandé l'organisation de ces élections devait, dans les six mois suivant cette candidature ou cette demande, également être subordonné à l'autorisation préalable de l'inspecteur du travail.

Modalités de la demande

La demande d'autorisation doit être adressée à l'inspecteur du travail par lettre recommandée avec demande d'avis de réception quinze jours avant la date arrêtée pour le transfert ⁽¹²⁾. Le non-respect de ce délai n'a toutefois pas d'incidence sur la recevabilité de la demande.

Le transfert du salarié protégé ne pourra cependant intervenir que lorsque l'inspection du travail l'aura autorisé. Ainsi, le salarié reste, jusqu'à l'obtention de cette autorisation, au service de son employeur d'origine.

Étendue du contrôle

Le contrôle de l'autorité administrative portera sur plusieurs éléments.

Tout d'abord, la matérialité du fait générateur du transfert sera étudiée. En effet, l'inspecteur du travail devra s'assurer de la réalité du transfert et de la nature des éléments transférés. Il ne pourra pas porter d'appréciation sur l'origine de l'opération : à défaut de transfert d'une entité économique autonome, le transfert sera refusé.

L'inspection du travail vérifiera ensuite l'appartenance effective du salarié pour tout ou partie de son temps de travail à l'unité transférée.

En effet, l'autorité administrative ne doit pas se borner à vérifier si le contrat de travail de l'intéressé est en cours au jour de la modification intervenue dans la situation juridique de l'employeur. Elle est également tenue d'examiner si le salarié concerné exécutait effectivement son contrat de travail dans l'entité transférée ⁽¹³⁾. Car peut être transféré pour partie le contrat de travail d'un salarié qui s'exécute pour l'essentiel dans le secteur d'activité repris, alors même qu'il a continué à exercer des tâches dans un secteur non repris ⁽¹⁴⁾. Le transfert partiel du contrat ne saurait en revanche être autorisé si l'essentiel des

fonctions du salarié continue d'être accompli au sein d'un secteur d'activité non transféré ⁽¹⁵⁾.

Enfin, l'inspection du travail contrôlera l'absence de lien entre le transfert et le mandat ou l'appartenance syndicale. En effet, l'administration veillera à ce que les représentants du personnel ou syndicaux en cours de mandat ne fassent pas l'objet d'une mutation discriminatoire dans une partie d'établissement ou d'entreprise destinée à être transférée par application de l'article L. 1224-1.

En synthèse, on retiendra que :

- l'ensemble des salariés affectés à l'activité cédée sont bien transférés, quelle que soit la nature de leur contrat ;
- ni l'entreprise cédante, ni l'acquéreur, ni le salarié ne peuvent s'opposer au transfert ;
- aucune autorisation n'est nécessaire, sauf en cas de transfert du contrat de travail d'un salarié protégé lorsqu'il s'agit d'une reprise partielle d'activité : l'inspection du travail devra alors être sollicitée ;
- le personnel est transféré de plein droit sans qu'il soit nécessaire de conclure un avenant aux contrats de travail.

SORT DES ÉLÉMENTS CONTRACTUELS

Lorsque l'article L. 1224-1 est applicable, le cessionnaire est normalement tenu de poursuivre le contrat de travail aux mêmes conditions.

Ainsi, le nouvel employeur doit reprendre l'ensemble des éléments contractuels et la relation salariale arrêtée au jour du transfert.

Ancienneté

Les salariés de l'entité absorbée bénéficient de la reprise de leur ancienneté acquise au moment du changement d'employeur.

Dès lors, une prime d'ancienneté doit être calculée en prenant en compte l'ancienneté acquise chez l'ancien employeur : celle des salariés d'une société A absorbée par une société B, prévue par une

(12) C. trav., art. R. 2421-17.

(13) CE, 15 juin 2005, n° 250.747 ; CE, 1^{er} août 2013, n° 358.257.

(14) Cass. soc., 30 mars 2010, n° 08-42.065.

(15) CE, 1^{er} août 2013, n° 358.257.



convention collective applicable aux deux sociétés, doit être calculée en fonction de l'ancienneté globale acquise par ceux-ci au service des deux employeurs successifs.

À cet égard, il convient de noter qu'aucune période d'essai ne sera applicable à l'exception de celles qui seraient en cours à la date du transfert.

Ainsi :

- une rupture prononcée par le nouvel employeur, sans énonciation de motif, au prétexte d'une période d'essai illicite s'analyserait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse ⁽¹⁶⁾ ;
- le licenciement prononcé suite au refus du salarié de conclure un nouveau contrat comportant une période d'essai est abusif.

Rémunération

Les salariés bénéficient du **maintien de la rémunération annuelle brute** qu'ils percevaient, à la date du transfert, au titre de leur précédent poste de travail pour une durée du travail identique. Les clauses spécifiques des contrats de travail restent inchangées.

Congés payés acquis

Le solde des jours de congé acquis et non pris par les salariés est repris par l'entité absorbante.

RTT acquis et non pris

Le solde des RTT acquis et non pris par les salariés sont également repris à leur compte au sein de l'entité absorbante.

Journée de solidarité

Lorsque le salarié a déjà accompli au titre de l'année en cours une journée de solidarité, les heures travaillées au titre d'une seconde journée de solidarité auprès du nouvel employeur donnent lieu à rémunération. Étant entendu que l'intéressé peut également refuser d'exécuter cette journée supplémentaire de travail sans que son refus constitue une faute ou un motif de licenciement.

Qualification

Généralement, le contrat de travail en fait mention, mais il faut distinguer selon qu'il s'agit d'un véritable

engagement contractuel qui, dans ce cas, oblige le repreneur, ou s'il s'agit d'une simple indication liée à la classification de la convention collective.

Dans cette dernière hypothèse, la Cour de cassation considère que le statut résultant de la convention collective n'est pas transféré au titre de l'article L. 1224-1 du Code du travail ⁽¹⁷⁾. Il suit le sort des autres dispositions des accords collectifs et perdra pendant un délai maximum de 15 mois (3 mois de délai de préavis, puis 12 mois de délai de survie) en l'absence d'accord de substitution.

Durée du travail

Une bonne intégration à l'entreprise d'accueil passe par l'application aux salariés transférés de l'organisation du temps de travail existant au sein de l'entreprise d'accueil.

Cela ne pose aucune difficulté lorsque les deux entreprises appliquent le cadre légal, soit 35 heures hebdomadaires sans aménagement particulier. En effet, dès lors que l'horaire de travail n'a pas été contractualisé, et sauf atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie personnelle et familiale ou à son droit au repos, l'instauration d'une nouvelle répartition du travail sur la journée relève du pouvoir de direction de l'employeur : l'entreprise d'accueil pourra donc imposer une nouvelle répartition hebdomadaire de la durée de travail dans la limite de 35 heures.

La situation reste également simple si l'entreprise cédée appliquait le cadre légal de durée hebdomadaire de travail, soit 35 heures, et que l'entreprise d'accueil applique quant à elle un dispositif d'aménagement du temps de travail (exemple : modulation du temps de travail sur l'année) : ce dispositif s'appliquera immédiatement aux salariés transférés.

Les choses se complexifient si l'entreprise cédée et l'entreprise d'accueil ont chacune un dispositif d'aménagement du temps de travail distinct issu de la négociation collective.

Dans ce cas, les salariés transférés pourront revendiquer, pendant un délai maximum de 15 mois (3 mois de délai de préavis + 12 mois de délai de survie), le maintien des règles d'organisation du temps de travail issues de l'accord d'entreprise conclu chez leur précédant employeur.

⁽¹⁶⁾ Cass. soc., 31 mars 1998, n° 95-44.889.

⁽¹⁷⁾ Cass. soc., 20 avr. 2017, n° 15-28.789.



Afin d'éviter une telle situation, et aux fins d'harmoniser dès le jour du transfert de personnel le régime d'organisation du temps du travail, il pourra utilement être négocié un accord d'anticipation ⁽¹⁸⁾.

À défaut d'accord d'anticipation, un accord de substitution devra être négocié au sein de l'entreprise d'accueil pour mettre fin aux accords relatifs à l'aménagement du temps de travail existants chez le cédant.

Formation professionnelle

Chaque salarié qui entre sur le marché du travail est doté d'un compte personnel de formation (CPF), mobilisé par celui qui suit une formation à titre individuel ⁽¹⁹⁾.

Ce compte est alimenté en euros au titre de chaque année, à raison de 500 € par an, dans la limite d'un plafond de 5 000 € pour les salariés dont la durée de travail est supérieure ou égale à la moitié de la durée légale ou conventionnelle de travail sur l'ensemble de l'année ⁽²⁰⁾.

Les salariés non qualifiés bénéficient de leur côté d'une alimentation majorée sur la base de 800 € par an, dans la limite d'un plafond de 8 000 € ⁽²¹⁾.

Conformément aux dispositions du Code du travail ⁽²²⁾, les heures de formation inscrites sur le CPF demeurent acquises en cas de changement de situation professionnelle.

Remarque

Un accord collectif peut prévoir des abondements complémentaires. Cet accord suivra le sort de l'ensemble des accords collectifs et perdurera à défaut d'accord de substitution pendant un délai maximum de 15 mois.

Clause de non-concurrence

L'obligation de non-concurrence souscrite auprès de l'ancien employeur est transmise avec le contrat de travail au nouvel employeur qui seul peut en demander l'exécution ⁽²³⁾.

⁽¹⁸⁾ Voir dans le présent numéro, « Harmoniser le statut du personnel ».

⁽¹⁹⁾ C. trav., art. L. 6323-2.

⁽²⁰⁾ C. trav., art. L. 6323-10 ; C. trav., art. R. 6323-1.

⁽²¹⁾ C. trav., art. L. 6323-11-1 ; C. trav., art. R. 6323-3-1.

⁽²²⁾ C. trav., art. L. 6323-3.

⁽²³⁾ Cass. soc., 15 oct. 1997, n° 95-42.454.

Le cessionnaire pourra donc se prévaloir de cette clause après la rupture du contrat de travail.

SORT DU STATUT COLLECTIF

Droit au bénéfice immédiat des avantages existants dans l'entreprise d'accueil ?

Pour répondre à cette question, il est nécessaire de préciser le sort du statut collectif du cédant au jour du transfert de personnel. Le statut collectif est composé de deux grands blocs :

- les avantages négociés : il s'agit des conventions collectives et des accords d'entreprise ;
- les avantages unilatéralement consentis : ils visent les engagements unilatéraux de l'employeur ou les usages.

Ces deux blocs d'avantages n'auront pas le même sort au jour du transfert de personnel.

Avantages négociés

Principe : mise en cause automatique des accords collectifs et conventions collectives au jour du transfert

Contrairement aux contrats de travail, il n'y a pas de transfert automatique du statut collectif.

D'une manière générale, le Code du travail prévoit que le ou les accords collectifs d'entreprise sont mis en cause au jour du transfert du personnel.

La mise en cause est opposable aux salariés sans dénonciation et résulte de plein droit de l'événement qui l'a entraîné ⁽²⁴⁾. Elle ne nécessite aucune formalité particulière.

En effet, les accords collectifs sont issus d'une négociation, et le principe de l'effet relatif des contrats ⁽²⁵⁾ doit s'opposer à leur transfert au nouvel employeur.

Le Code du travail atténue toutefois ce principe en aménageant une période de transition ⁽²⁶⁾. Il précise en effet que « lorsque l'application d'une convention ou d'un accord est mise en cause dans une entreprise déterminée en raison notamment d'une

⁽²⁴⁾ Cass. soc., 14 déc. 2005, n°03-21.103.

⁽²⁵⁾ C. civ., art. 1199.

⁽²⁶⁾ C. trav., art. L. 2261-14.



fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, cette convention ou cet accord continue de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de la convention ou de l'accord qui lui est substitué ou, à défaut, pendant une durée d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis prévu à l'article L. 2261-9, sauf clause prévoyant une durée supérieure.

« Lorsque la convention ou l'accord qui a été mis en cause n'a pas été remplacé par une nouvelle convention ou un nouvel accord dans le délai fixé au premier alinéa du présent article, les salariés des entreprises concernées conservent, en application de la convention ou de l'accord mis en cause, une rémunération dont le montant annuel, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de travail, ne peut être inférieur à la rémunération versée lors des douze derniers mois. Cette rémunération s'entend au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, à l'exception de la première phrase du deuxième alinéa du même article L. 242-1... »

Ainsi, le transfert d'une entité économique autonome au sens de l'article L.1224-1 du Code du travail entraîne la mise en cause de l'ensemble des conventions et accords d'entreprise, ainsi que, le cas échéant, celle de la convention collective nationale appliquée à l'entité économique transférée.

Aménagement : survie temporaire des accords collectifs

Il convient néanmoins de noter que lorsque l'application d'une convention ou d'un accord est mise en cause dans une entreprise en raison notamment d'une fusion, d'une cession, d'une scission ou d'un changement d'activité, les accords d'entreprise continuent de produire effet jusqu'à l'entrée en vigueur de celui qui leur est substitué ou, à défaut, pendant un an à compter de l'expiration du délai de préavis de trois mois, sauf clause prévoyant une durée supérieure.

Passé ce délai, les salariés ne peuvent plus revendiquer le statut collectif automatiquement mis en cause du fait de l'opération de rapprochement.

En conséquence, à compter du changement d'employeur, les conventions et accords collectifs antérieurs demeurent applicables aux salariés transférés pendant une période de 15 mois maximum (3 mois de préavis et 12 mois de survie légale).

En pratique, une nouvelle négociation doit s'engager dans l'entreprise, à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois suivant l'opération de rapprochement.

L'objectif de l'article L. 2261-14 est double :

- éviter que la modification juridique qui affecte l'employeur n'entraîne une situation de vide conventionnel si l'entreprise d'accueil n'était liée par aucune convention collective ou aucun accord d'entreprise ;
- permettre de procéder aux adaptations nécessaires pour assurer le passage « en douceur » d'un régime conventionnel à un autre.

Attention, car pendant le délai de survie, les clauses des contrats de travail ne pourront valablement être modifiées dans un sens moins favorable que celles de la convention ou de l'accord mis en cause. L'avenant au contrat de travail conclu pendant ce délai et emportant renonciation aux dispositions de la convention mise en cause, mais encore en vigueur, sera considéré comme nul !

Seule la conclusion d'un nouvel accord d'entreprise dit « *de substitution* » permettra de mettre fin aux accords d'entreprise qui s'appliquaient aux salariés repris : la convention ou l'accord nouvellement conclu pendant la période de survie provisoire du statut conventionnel antérieur mettra fin à celui-ci.

Peu importe que le nouvel accord ne prévoie pas de dispositions plus favorables aux salariés que l'accord mis en cause ⁽²⁷⁾ : les dispositions même moins favorables du nouvel accord s'appliqueront immédiatement.

Si aucun accord n'a été conclu dans les 12 mois suivant l'expiration du préavis, les salariés transférés bénéficient simplement d'une garantie de rémunération : le montant annuel de rémunération, pour une durée de travail équivalente à celle prévue par leur contrat de travail, ne pourra pas être inférieur à la rémunération versée, en application de la convention ou de l'accord mis en cause, lors des 12 derniers mois (12 mois précédant la date à laquelle la convention ou l'accord cesse de produire ses effets).

Cette garantie de rémunération s'entend au sens de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale. Sont ainsi considérées comme des rémunérations entrant

⁽²⁷⁾ Cass. soc., 3 mars 1998 n° 96-11.115.



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

dans l'assiette des cotisations de sécurité sociale toutes les sommes versées aux salariés en contrepartie ou à l'occasion du travail, tels que :

- le salaire de base ;
- la rémunération des heures supplémentaires et complémentaires et les majorations afférentes ;
- les indemnités de congés payés ;
- les gratifications, primes et indemnités liées à l'exécution du travail (prime d'ancienneté, prime d'assiduité, primes ou indemnités pour travail de nuit ou du dimanche...);
- les primes annuelles (13e mois) ;
- les avantages en nature...

Sont en revanche exclus les remboursements de frais professionnels, l'intéressement et la participation.

Cette garantie de rémunération sera assurée par le versement d'une indemnité différentielle.

Ainsi, il est impératif pour l'entreprise d'accueil de budgétiser l'impact du transfert sur sa masse salariale en déterminant pour chaque élément composant la rémunération (primes, avantages en nature...), son origine, afin d'être en mesure d'adopter un calendrier des négociations nécessaires pour éviter un surcoût de masse salariale trop important.

Avantages non négociés : usages, accords atypiques et engagements unilatéraux de l'employeur

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

La Cour de cassation considère que le transfert des contrats de travail des salariés, en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail, entraîne corrélativement leur transfert au nouvel employeur, qui doit continuer à les appliquer aux salariés en ayant antérieurement bénéficié (à savoir uniquement les salariés dont le contrat de travail est transféré).

Ainsi, les engagements unilatéraux et usages sont transférés au nouvel employeur et continuent de s'appliquer dans la nouvelle entité, sans limitation de durée, à défaut de dénonciation.

Une seule limite à ce maintien : la contrainte ou la sujétion conditionnant le bénéfice de l'avantage doit subsister chez le nouvel employeur (exemple : prime de nettoyage devenue sans fondement, car le nettoyage de l'uniforme fourni est désormais accompli par une société rémunérée par l'employeur). Si tel n'est le cas, même en l'absence de dénonciation de sa part, l'engagement unilatéral pris par l'ancien employeur n'est pas opposable au nouvel employeur (sous réserve que l'avantage n'ait pas été contractualisé au moment du transfert).

Attention, sont exclus du bénéfice de l'usage ou de l'engagement transféré, sans que cela porte atteinte au principe d'égalité de traitement, les salariés engagés par l'entreprise d'accueil postérieurement au transfert, ainsi que ceux déjà présents dans cette entreprise au jour du transfert.

Le transfert légal de personnel en application de l'article L. 1224-1 du Code du travail a ainsi des effets différents selon l'origine des avantages alloués aux salariés.

Cumul d'avantages possible ?

Il convient de rappeler que :

- les accords d'entreprise ou la convention collective subsistent, en l'absence d'accord de substitution, pendant un délai maximum de 15 mois à compter du transfert ;
- les usages, engagements unilatéraux subsistent chez le nouvel employeur tant qu'ils n'ont pas été dénoncés et en cas de dénonciation, pendant le délai de préavis.

Se pose donc la question de la situation des salariés qui se trouvent en position de cumul d'avantages : ceux issus du statut collectif de leur ancien employeur et ceux provenant du statut collectif de l'entreprise qu'ils ont rejoint.

En effet, à compter de la date du transfert des contrats de travail, les salariés deviennent ceux de l'entreprise cessionnaire, et sont en mesure de revendiquer immédiatement le bénéfice de l'ensemble des avantages existants chez elle.

Le nouvel employeur ne peut, quant à lui, subordonner le bénéfice dans l'entreprise d'accueil des avantages collectifs (instaurés par voie d'accords collectifs, d'usages ou d'un engagement unilatéral), à la condition que les salariés transférés renoncent



aux droits qu'ils tiennent d'un usage ou d'un engagement unilatéral ou d'accords d'entreprise (en l'absence de tout accord de substitution) en vigueur dans leur entreprise d'origine au jour du transfert.

Deux situations sont alors à distinguer :

– soit les avantages considérés ont la même qualification chez l'employeur sortant et le nouvel employeur, mais sont plus favorables chez ce dernier (exemple : prime d'ancienneté fixée à hauteur de 10 % du salaire brut mensuel chez l'ancien employeur et 20 % du salaire brut mensuel chez le nouvel employeur) : dans ce cas les salariés transférés ont la faculté, pendant le délai de survie des accords d'entreprise ou tant que les usages, engagements unilatéraux et accords atypiques ne sont pas dénoncés, de se prévaloir des dispositions conventionnelles les plus favorables existantes dans chaque statut.

– **Il n'y a pas de cumul des avantages ayant le même objet ou la même cause** : seul l'avantage le plus favorable aux salariés s'appliquera.

– Dans notre exemple, la prime d'ancienneté sera fixée à 20 % du salaire brut mensuel, puisque le dispositif existant chez le nouvel employeur est plus favorable.

– Si la prime d'ancienneté avait été plus importante chez l'ancien employeur (exemple : 20 % chez l'ancien employeur et 10 % chez le nouvel employeur), les salariés auraient pu revendiquer le bénéfice de la prime d'ancienneté telle que fixée chez leur ancien employeur (20 %) ;

– soit les avantages existants chez l'ancien employeur n'existent purement et simplement pas chez le nouvel employeur qui octroie en revanche d'autres types d'avantages (exemple : il existe une prime de vacances chez l'ancien employeur et une prime de Noël chez le nouvel employeur) : le nouvel employeur se trouvera confronté à un cumul d'avantages, les salariés transférés pouvant revendiquer, à la fois le statut collectif de leur ancien

employeur et celui existant chez le repreneur de l'activité cédée.

– Ainsi, au jour du transfert, les salariés transférés bénéficieront non seulement des avantages issus du statut collectif de l'entreprise d'accueil, mais également de ceux existants chez leur précédent employeur.

– En cas de dispositions ayant le même objet, les salariés transférés se verront appliquer les dispositions les plus favorables.

Ces situations sont source de risque d'inflation de la masse salariale, car un salarié peut cumulativement et pour chaque type d'avantage revendiquer soit :

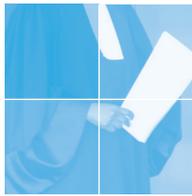
– le statut de l'entreprise d'accueil lorsqu'il lui est plus favorable ;

– le statut de l'entreprise d'origine s'il est plus favorable pendant un temps limité en cas d'avantage consenti par négociation collective, ou illimité dans les autres cas : tant que le nouvel employeur ne dénonce pas ces avantages consentis par usage ou engagement unilatéral, ils perdurent.

Pour limiter ces effets, il est préconisé, autant que faire se peut, de mener une réflexion commune entre le cédant et le cessionnaire pour, après s'être livré à une analyse comparée des statuts collectifs de chaque entité et identifié l'origine des différents avantages, mettre en place une stratégie commune d'harmonisation du statut du personnel des salariés transférés avec celui des salariés de l'entreprise cessionnaire.

Concrètement, et cela pourra peser dans la négociation du prix de rachat de l'entreprise cédante, la dénonciation de certains avantages sociaux existants au sein de cette dernière venant se cumuler avec ceux existants au sein de l'entreprise cessionnaire pourrait être envisagée.

Le choix de la stratégie de négociation se fera au regard du climat social existant dans l'entreprise. ♦



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

Sort des mandats et du patrimoine du CSE



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



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

Les représentants du personnel ont un rôle important dans le cadre d'un transfert d'entreprise. Premiers interlocuteurs de l'employeur, ils vont veiller au respect des droits des salariés. Mais que vont devenir les IRP existantes chez le cédant ?

Les pratiques sociales des salariés transférés au sein d'une nouvelle entité seront modifiées, et les intéressés se verront souvent appliquer une nouvelle convention collective.

Dans ce contexte particulier dans la vie d'une entreprise, qui peut soulever de nombreuses interrogations pour les salariés, le comité social et économique (CSE) est le premier interlocuteur de l'employeur. Il sera ainsi particulièrement associé à cette opération et son rôle sera primordial dans la phase de préparation.

Plus précisément, s'il a des compétences étendues, ce dernier sera informé et consulté sur le projet. Il devra ainsi rendre son avis, en veillant à ce que les droits des salariés qu'il représente soient respectés.

Mais que se passe-t-il après le transfert ? Quel avenir attend le CSE ? Les représentants du personnel

vont-ils pouvoir continuer à défendre les intérêts des salariés qui les ont élus ?

Et plus généralement, que vont devenir les délégués syndicaux et les représentants des sections syndicales ?

Pour répondre à cette première série d'interrogations, il convient de vérifier si l'entreprise à laquelle appartiennent les représentants du personnel concernés conserve son autonomie juridique ou de fait dans la nouvelle structure. Si c'est le cas, ils garderont leurs mandats et pourront ainsi poursuivre leur mission de représentation jusqu'au terme de ceux-ci.

Au-delà de cette question, se pose également la problématique du CSE en tant qu'entité juridique.

Que va devenir son patrimoine ? Pourra-t-il conserver ses budgets de fonctionnement et des activités sociales et culturelles ?



MANDAT DES REPRÉSENTANTS DU PERSONNEL ET MANDATS SYNDICAUX

Membres du CSE

La modification dans la situation juridique de l'employeur n'épargne pas le CSE. Comme le reste de l'entreprise, il va être directement impacté par l'opération. Ainsi, la question du sort des mandats des élus va nécessairement être abordée, tant du côté de l'entité absorbée que de celui de l'entité absorbante.

Entité absorbée

Le Code du travail prévoit en son article L. 2314-35 :

« Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur telle que mentionnée à l'article L. 1224-1, le mandat des membres élus de la délégation du personnel du comité social et économique et des représentants syndicaux de l'entreprise ayant fait l'objet de la modification subsiste lorsque cette entreprise conserve son autonomie juridique.

« Si cette entreprise devient un établissement au sens du présent titre ou si la modification mentionnée au premier alinéa porte sur un ou plusieurs établissements distincts qui conservent ce caractère, le mandat des représentants syndicaux subsiste et le mandat des membres élus de la délégation du personnel du comité social et économique se poursuit jusqu'à son terme.

« Toutefois, pour tenir compte de la date habituelle des élections dans l'entreprise d'accueil, la durée du mandat des membres élus peut être réduite ou prorogée par accord entre le nouvel employeur et les organisations syndicales représentatives existant dans le ou les établissements absorbés ou, à défaut, les membres de la délégation du personnel du comité social et économique intéressé. »

Pour la Cour de cassation, il résulte de ces dispositions, telles qu'interprétées à la lumière de la directive européenne du 12 mars 2001, qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur au sens de l'article L. 1224-1 du Code du travail, le mandat des représentants du personnel de l'entreprise qui a fait l'objet de la modification subsiste lorsque cette dernière conserve en fait son autonomie. Il importe donc peu que l'entreprise ait perdu son autonomie juridique. Si elle préserve son

autonomie *de fait*, les membres élus du CSE conserveront leurs mandats.

Il a ainsi été jugé, concernant les délégués du personnel, que leur mandat relevant d'un service d'accueil subsistait lorsque ce service et son personnel avaient continué à exercer les mêmes fonctions dans les mêmes locaux, au profit des mêmes organismes ⁽¹⁾.

En revanche, lorsque l'exploitation d'un site a été confondue dans l'ensemble des activités du nouvel employeur et que les salariés ont été absorbés dans un ensemble plus vaste, le mandat des délégués du personnel s'éteint ⁽²⁾.

À propos du comité d'entreprise d'une société absorbée, se fondant sur l'article L. 2324-26 du Code du travail, la Haute juridiction avait retenu que « l'entité transférée conserve son autonomie dès lors que ses responsables continuent à disposer d'un pouvoir d'organisation du travail, et d'utilisation des moyens matériels, sans intervention directe d'autres structures » ⁽³⁾.

S'agissant du périmètre des établissements distincts pour la mise en place des comités sociaux et économiques, la Cour de cassation a récemment précisé qu'il existait une entité autonome lorsque la gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel, était réalisée en toute indépendance ⁽⁴⁾.

À l'inverse, dans le cas où une entité absorbée ne conserve pas son autonomie (juridique ou de fait) postérieurement à la fusion-absorption, les mandats des représentants de son personnel s'éteignent au jour de l'opération.

Remarque

Ces derniers bénéficient néanmoins d'une protection contre le licenciement pendant six mois pour les membres élus de la délégation du personnel du CSE.

En pareil cas, les salariés de l'entité absorbée seront donc « rattachés » auprès des instances représentatives du personnel mises en place au sein de l'entité absorbante.

(1) Cass. soc., 28 juin 1995, n° 94-40.362.

(2) Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 08-42.920.

(3) Cass. soc., 15 nov. 2011, n° 10-23.609.

(4) Cass. soc., 19 déc. 2018, n° 18-23 655.



Ce ne sera en principe que lorsque les mandats des représentants du personnel de la société absorbante arriveront à terme qu'il conviendra de renégocier avec les organisations syndicales les périmètres des nouvelles instances.

Entité absorbante

Maintien des mandats

Il ressort clairement de la jurisprudence qu'à la suite d'un transfert d'entreprise les **mandats des membres élus du CSE en cours dans l'entreprise cessionnaire ne sont pas remis en cause**. Ils se poursuivent jusqu'à leur terme, et l'entreprise ne peut pas organiser de nouvelles élections avant que ce délai vienne à expiration ⁽⁵⁾.

En revanche, le nouvel employeur doit veiller à aménager ces institutions représentatives du personnel lors des élections professionnelles suivantes pour tenir compte, notamment, de la nouvelle composition de l'entreprise (découpage en établissements distincts ou augmentation du nombre de ceux-ci) et/ou de la modification du corps électoral à la suite du transfert.

À titre d'illustration, la Cour de cassation a indiqué dans le cas d'une réunion de trois caisses d'épargne en une seule entité, réalisée par voie de fusion-absorption, que l'une des caisses ayant absorbé les deux autres avant de changer de dénomination, les mandats des représentants du personnel et des représentants syndicaux en cours au sein de la caisse absorbante se poursuivent après la fusion ⁽⁶⁾.

On retiendra que même lorsque la reprise de l'entité transférée emporte une modification à la hausse des effectifs du cessionnaire, cette augmentation n'a pas pour effet de bouleverser le cycle électoral des représentants déjà en place chez ce dernier.

Faculté d'organiser des élections complémentaires

Si une hausse du nombre de salariés dans l'entreprise n'impose pas l'organisation de nouvelles élections, il est pour autant tout à fait possible d'en tenir compte immédiatement en élisant des représentants complémentaires s'ajoutant à ceux déjà en place pour la durée des mandats restant à courir ⁽⁷⁾.

(5) Cass. soc., 14 févr. 1989, n° 88-60.016.

(6) Cass. soc., 13 oct. 2010, n° 09-13.109.

(7) Cass. soc., 13 oct. 2010, n° 09-60.206 ; Cass. soc., 13 juin 2019, n° 18-14.981.

Il convient néanmoins de noter que si des élections tendant à désigner des élus s'ajoutant à ceux dont le mandat est en cours peuvent être organisées, c'est à la condition qu'elles soient prévues par un accord collectif signé par tous les syndicats présents dans l'entreprise, c'est-à-dire par ceux de l'entreprise absorbante.

Délégués syndicaux

L'article L. 2143-10 du Code du travail pose le principe selon lequel une modification dans la situation juridique de l'employeur, dans le cadre de l'article L. 1224-1 du Code du travail, n'affecte pas le mandat du délégué syndical ou du délégué syndical central lorsque l'entreprise conserve son « *autonomie juridique* ».

Cette restriction, non conforme à la réglementation communautaire, a d'abord conduit la Cour de cassation à inviter le législateur à corriger cette erreur, puisque l'autonomie d'organisation suffit lorsque l'article L. 1224-1 du Code du travail s'applique ⁽⁸⁾.

Puis la chambre sociale, étendant aux délégués syndicaux le principe qu'elle avait posé pour les délégués du personnel ⁽⁹⁾, a décidé qu'il suffisait que l'entité conserve *en fait* son autonomie pour que le mandat du délégué syndical subsiste ⁽¹⁰⁾.

Dans cette hypothèse, le syndicat ayant valablement désigné en tant que délégué ou représentant syndical un salarié dont le contrat de travail est ensuite transféré, n'a pas à procéder à une nouvelle désignation après l'opération, le transfert du contrat de l'intéressé s'accompagnant automatiquement de celui ou de ceux des mandats qu'il détenait ⁽¹¹⁾.

À l'inverse, lorsque l'entreprise perd son autonomie juridique ou de fait et que les conditions légales de maintien des mandats représentatifs ne sont pas réunies, ceux-ci prennent fin de plein droit à la date du transfert ⁽¹²⁾.

Les représentants du personnel continuent néanmoins de bénéficier de la protection attachée à leur ancienne qualité pendant 12 mois.

(8) Rapport pour 1991, 10e suggestion.

(9) Cass. soc., 28 juin 1995, précité.

(10) Cass. soc., 10 oct. 2000, n° 99-60.235 ; Cass. soc., 18 déc. 2000, n° 99-60.381.

(11) Cass. soc., 24 mai 2006, n° 05-60.244.

(12) CE, 8 janv. 1997, n° 154728 ; Cass. soc., 18 nov. 2009, n° 08-42.920.



EFFETS DU TRANSFERT SUR LA REPRÉSENTATIVITÉ D'UNE ORGANISATION SYNDICALE ET SUR SA CAPACITÉ À DÉSIGNER UN DÉLÉGUÉ SYNDICAL

La représentativité des organisations syndicales est établie pour toute la durée du cycle électoral.

Dès lors, en cas de modification dans la situation juridique d'une entreprise, elle n'a pas à être recalculée, ni dans l'entreprise d'origine, ni dans l'entreprise d'accueil. La liste des syndicats représentatifs demeure donc identique jusqu'aux prochaines élections professionnelles ⁽¹³⁾.

Par ailleurs, un syndicat représentatif dans l'entreprise d'accueil, qui y a présenté des candidats lors des dernières élections précédant le transfert, peut désigner comme délégué syndical un salarié de l'entité transférée qui ne justifie pas de la condition d'audience de 10 % dans ce nouveau cadre de désignation ⁽¹⁴⁾.

Il importe peu, en outre, que ce syndicat dispose de candidats ayant obtenu le score personnel de 10 % lors des dernières élections ⁽¹⁵⁾. Ces derniers n'ont pas la priorité.

Enfin, conformément à la théorie du cycle électoral, le mandat du représentant syndical au CSE de l'entreprise absorbante ne prend pas fin lors des élections complémentaires organisées pour la représentation des salariés dont le contrat de travail a été transféré ⁽¹⁶⁾.

Représentants de la section syndicale (RSS)

Le mandat de représentant de la section syndicale ne prend pas automatiquement fin après le transfert lorsque l'entreprise transférée conserve son autonomie juridique ⁽¹⁷⁾.

Là encore, le syndicat ayant valablement désigné en tant que RSS un salarié dont le contrat de travail est ensuite transféré n'a pas à procéder à une nouvelle désignation, le mandat suivant le sort du contrat et étant automatiquement transféré ⁽¹⁸⁾.

PATRIMOINE DU CÉDANT ET BUDGETS DU CSE

Le transfert d'entreprise étant un véritable chamboulement pour toute l'entreprise, il va également avoir des effets sur les biens du CSE. Ce dernier va-t-il conserver son patrimoine ? Ses budgets vont-ils rester identiques ?

Pour répondre à ces questions, il faudra impérativement, en pratique, s'interroger en premier lieu sur l'avenir du CSE lui-même. En effet, le sort de son

patrimoine et de ses budgets va nécessairement différer selon qu'il survivra ou non à l'opération de transfert.

Survie du CSE

Pour rappel, le CSE survit au transfert d'entreprise dans les hypothèses suivantes :

- lorsque l'entreprise conserve son autonomie en ce qu'elle reste une entité à part entière, notamment lorsqu'elle possède une direction dotée de pouvoirs de direction propres en matière d'embauche et d'organisation de travail ;
- quand l'entreprise devient un établissement distinct de l'entreprise d'accueil, le comité social et économique se muant en comité d'établissement ⁽¹⁹⁾ ;
- lorsque l'établissement distinct conserve cette qualité au sein de l'entreprise d'accueil.

Conservation du patrimoine

Si le CSE survit à un transfert d'entreprise, il garde sa personnalité juridique et par conséquent l'intégralité de son patrimoine. Cela signifie qu'il conserve ses actifs (mobiliers et immobiliers) et son passif (dettes).

Budgets de fonctionnement et des activités sociales et culturelles (ASC)

Dans cette hypothèse, le CSE conserve également ses budgets.

⁽¹⁹⁾ Cass. soc., 25 févr. 2003, n° 02-83.040.

⁽¹³⁾ Cass. soc., 19 févr. 2014, nos 13-20.069, 12-29.354, 13-17.445, 13-16.750, 13-14.608.

⁽¹⁴⁾ Cass. soc., 19 févr. 2014, précité.

⁽¹⁵⁾ Cass. soc., 15 avr. 2015, n° 14-18.653.

⁽¹⁶⁾ Cass. soc., 13 juin 2019, n° 18-14.981.

⁽¹⁷⁾ Conformément à l'article L. 2142-1-2 du Code du travail, qui renvoie à l'article L. 2143-10 du même code, les règles applicables aux RSS suivant celles des DS.

⁽¹⁸⁾ Cass. soc., 24 mai 2006, n° 05-60.244.



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

Néanmoins, il convient de noter que s'il reçoit des subventions plus importantes que celles prévues par la loi en application d'une convention collective, d'un accord d'entreprise ou encore d'un usage, le transfert peut remettre en cause ces avantages. Aussi convient-il de distinguer les deux situations.

Subventions fixées par convention collective ou accord d'entreprise

La convention collective de branche applicable dans l'entreprise d'origine ou des accords d'entreprise peuvent fixer une subvention plus favorable que celle prévue en vertu du calcul légal.

Or, les accords d'entreprise ne survivent pas au transfert d'entreprise. Ils sont automatiquement mis en cause et le nouvel employeur doit obligatoirement engager des négociations pour tenter de parvenir à la conclusion d'un nouvel accord. Pendant ce temps, le cessionnaire doit continuer d'appliquer ces accords (délai maximum de 15 mois : 3 mois de délai de préavis + 12 mois de délai de survie).

C'est donc à l'occasion de cette négociation obligatoire que la question du budget du comité est abordée.

Si cette négociation échoue, il faut appliquer les règles jurisprudentielles suivantes :

- maintien d'une somme au moins égale au budget social le plus élevé versé au cours des trois dernières années précédant la suppression de l'ancien accord collectif, sauf si la masse salariale diminue ⁽²⁰⁾ ;
- si la masse salariale diminue, la contribution de l'employeur doit subir la même variation ⁽²¹⁾.

Subventions fixées par usage d'entreprise

Les usages survivent au transfert d'entreprise. Ils sont automatiquement transmis au nouvel employeur, lequel est tenu de les respecter. Dans l'hypothèse où l'un d'entre eux prévoirait le versement d'une subvention d'un montant plus important que le montant légal, celle-ci doit être payée par le cessionnaire, sauf à ce que ce dernier le dénonce.

De ce point de vue, rappelons que la dénonciation d'un usage relatif à la contribution de l'employeur aux activités sociales du comité ne peut avoir pour

effet d'en réduire le montant en dessous des minima légaux ou conventionnels ⁽²²⁾.

Pour le reste, les règles applicables sont identiques à celles prévues lorsque le taux du budget est fixé par un accord collectif. Le comité aura donc droit à une subvention au moins égale au budget social le plus élevé versé au cours des trois dernières années précédant la dénonciation ⁽²³⁾. Observons toutefois que ce dernier chiffre n'est maintenu que pour autant que la masse salariale de l'entreprise reste constante ou augmente. Si elle diminue, la contribution de l'employeur doit subir la même variation ⁽²⁴⁾.

Disparition du CSE

Une distinction doit être opérée selon que le comité disparaît concomitamment à la cessation définitive de l'activité de l'entreprise, ou que l'entreprise survit à sa disparition.

Cessation définitive de l'activité de l'entreprise : transmission des biens du CSE

Principe général de dévolution

Selon les termes de l'article R. 2312-52 du Code du travail, « en cas de cessation définitive de l'activité de l'entreprise, le comité social et économique décide de l'affectation des biens dont il dispose. La liquidation est opérée par ses soins, sous la surveillance du directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi ».

- Le texte précise que la liquidation est opérée par le comité, sous la surveillance du Direccte. Elle doit être réalisée au crédit :
 - soit d'un autre CSE ou d'un comité des activités sociales et culturelles interentreprises ou d'un comité interentreprises, notamment dans l'hypothèse où la majorité des salariés a vocation à être intégrée ;
 - soit d'institutions sociales d'intérêt général dont la désignation est, autant que possible, conforme aux vœux exprimés par les salariés intéressés.

(20) Cass. soc., 30 nov. 2004, n° 02-13.837.

(21) Cass. soc., 22 janv. 2002, n° 99-20.704.

(22) Cass. soc., 21 nov. 1989, n° 89-13.699 ; Cass. soc., 1^{er} avr. 1997, n° 95-10.478.

(23) Cass. soc., 14 déc. 1999, n° 98-14.261.

(24) Cass. soc., 22 janv. 2002, n° 99-20.704.



Pour pouvoir procéder à la dévolution de ses biens, le comité peut désigner un expert-comptable rémunéré par ses soins et le charger d'établir le compte-rendu détaillé de sa gestion financière et de le conseiller utilement sur la manière de procéder à l'affectation de son patrimoine ⁽²⁵⁾.

Remarque

Attention ! Il est strictement interdit de répartir le patrimoine entre les membres du personnel ou les membres du comité.

Biens transférés

L'ensemble du patrimoine du CSE est transféré. Cela signifie que l'on considère à la fois les biens que possède le CSE (son actif, composé d'immeubles, terrains, éléments en stocks, comptes bancaires, etc.), mais aussi ses ressources de financement (son passif, comprenant les dettes financières, les dettes fournisseurs, les dettes fiscales et sociales, le cas échéant).

Ainsi, c'est bien la différence entre l'actif et le passif du CSE qui est transférée. On parle dans ce cas de situation nette ou d'actif net.

Il est alors indispensable de procéder, au besoin avec l'appui d'un expert-comptable, à la réalisation d'un état des lieux financier comprenant un bilan avant dévolution (inventaire du patrimoine : immobilisations, stocks, créances et des passifs dévolus), un compte de résultat global et un compte de résultat par budget (fonctionnement, d'une part, et activités sociales et culturelles, d'autre part), mais également à un état des lieux juridique et conventionnel : contrats liés au fonctionnement du CSE (location de matériel, assistance, logiciels...), contrats et engagements liés aux activités du CSE (associations subventionnées, activités en cours...).

Notons qu'en cas de fusion-absorption entraînant la disparition du comité de la société absorbée, et dans l'hypothèse où ce dernier aurait dévolu son patrimoine au comité de la société absorbante au sein de laquelle les salariés ont été transférés, ce dernier hé-

rite des créances du comité disparu et peut demander un rappel de subvention de fonctionnement et de contribution aux activités sociales et culturelles pour les années antérieures à l'opération de fusion-absorption ⁽²⁶⁾.

Remarque

Les biens utilisés par le CSE mais qui appartenaient à l'entreprise restent propriété de cette dernière.

Maintien de l'activité de l'entreprise : liquidation des biens du comité

Cette situation peut se rencontrer lorsque le comité disparaît en raison de la fermeture d'un ou plusieurs établissements, mais que l'entreprise continue de fonctionner avec d'autres établissements, ou encore lorsque l'entreprise poursuit son activité mais que le comité disparaît suite à un transfert massif de personnel entraînant une baisse importante et durable de l'effectif.

Le cas de la disparition du CSE couplé à la survie de l'entreprise cédante n'est pas abordé par le législateur. On se trouve donc devant un vide juridique que la jurisprudence a essayé de combler en avançant des solutions, au cas par cas.

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, rendue à propos du CE mais dont les solutions sont transposables au CSE, établit un lien entre le transfert du personnel et le patrimoine. Les biens du CSE doivent suivre le même sort que celui des salariés transférés. Ainsi :

- si le personnel est réparti entre plusieurs établissements, les biens du comité devront être dispatchés entre les comités d'établissements ⁽²⁷⁾ ;
- si un comité d'établissement disparaît alors que l'entreprise subsiste et que les salariés sont transférés dans des sociétés du même groupe, le comité ne peut pas, dans le cadre de la dévolution, faire un don à une institution d'intérêt général ⁽²⁸⁾. ♦

⁽²⁵⁾ Rép. Bonhomme : AN 2-5-1988 n 4914.

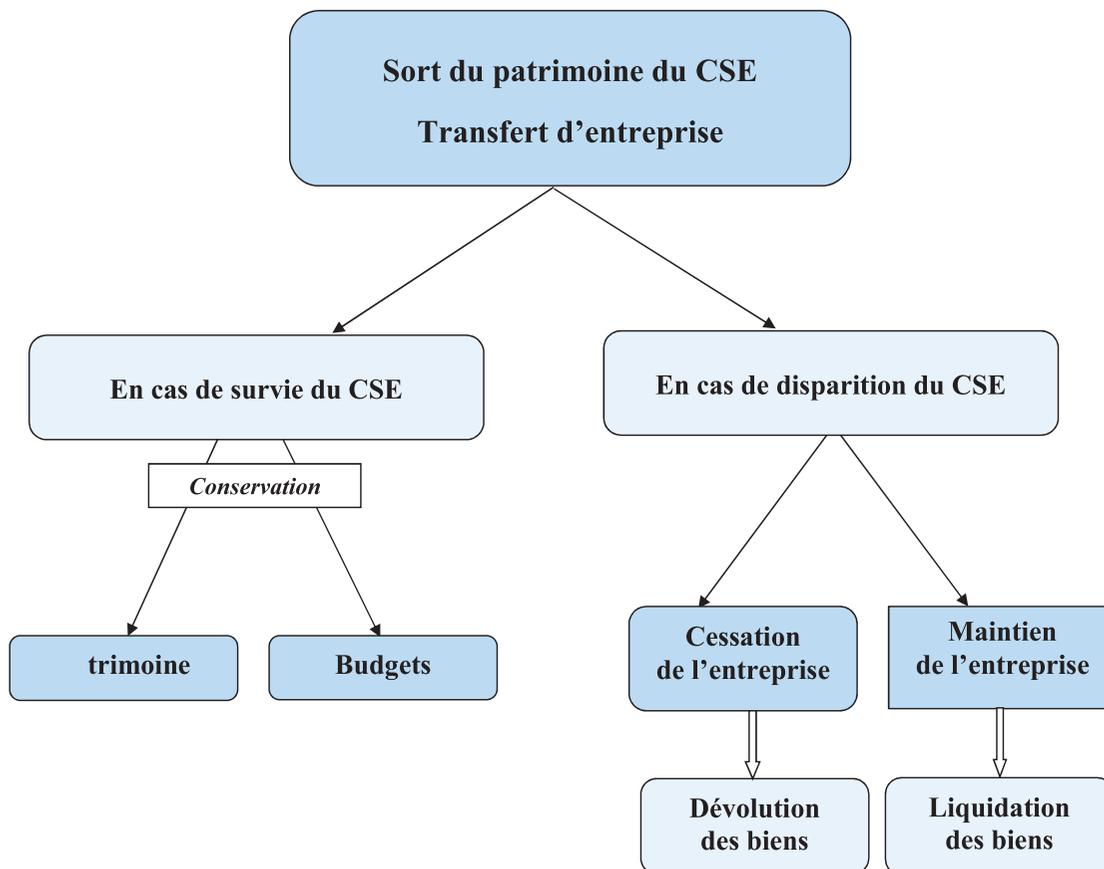
⁽²⁶⁾ Cass. soc. 16 janv. 2019, n° 17-26.993.

⁽²⁷⁾ Cass. soc., 23 janv. 1996, n° 93-16.799 ; Cass. soc., 10 juin 1998, n° 96-20.112.

⁽²⁸⁾ Cass. soc., 23 janv. 1996, précité.



Schéma récapitulatif sur le sort du patrimoine du CSE





Sort de l'épargne salariale



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



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

Le transfert d'entreprise va impacter les régimes d'épargne salariale mis en place au sein de l'entreprise. Que vont devenir les droits des salariés transférés ?

Les restructurations sont des opérations périlleuses pour les droits des salariés, et notamment dans la matière sensible que constitue l'épargne salariale.

En effet, composants du statut collectif de l'entreprise, les différents dispositifs (participation, intéressement et plan d'épargne entreprise) mis en place au sein d'une entreprise peuvent être lourdement affectés par ces opérations.

Aussi, la question du maintien des accords d'intéressement et de participation ou des plans d'épargne salariale représente-elle fréquemment un enjeu social important qui doit nécessairement être anticipé.

Or, si un cadre légal existe, il reste imprécis et source d'interprétation.

PARTICIPATION ET INTÉRESSEMENT

L'objet bien particulier des dispositifs d'épargne salariale a conduit à l'adoption de règles légales dérogoratoires au droit commun des accords collectifs,

et notamment à l'article L. 2261-14 du Code du travail et au régime juridique de la « mise en cause » des accords collectifs.

Plus particulièrement, selon les articles L. 3313-4 (intéressement) et L. 3323-8 du Code du travail (participation), en cas de modification survenue dans la situation juridique de l'entreprise, par fusion, cession ou scission et **lorsque cette modification rend impossible l'application** de l'accord d'intéressement ou de participation, ce dernier cesse de produire effet entre le nouvel employeur et les salariés de l'entreprise.

Dans le cas inverse, les règles de l'article L. 2261-14 du Code du travail doivent s'appliquer et l'accord d'origine poursuivre ses effets vis-à-vis des salariés transférés, sauf conclusion d'un nouvel accord.

Que doit-on entendre par « impossibilité » d'application ?

Cette notion constituant une véritable zone d'ombre, il convient de la clarifier, même si de nombreuses incertitudes demeurent.



Cela nous permettra, par la suite, d'éclaircir les conséquences du transfert selon que l'accord initial peut ou non continuer de recevoir application.

Notion d'« impossibilité » d'application

Mutisme des textes

Selon le *Guide de l'épargne salariale* et la circulaire interministérielle du 14 septembre 2005 sur l'épargne salariale, l'impossibilité d'appliquer les accords est indépendante de la volonté de l'employeur. Elle doit résulter de modifications dans la structure juridique, technique ou financière de l'entreprise, telles qu'elles rendraient inopérantes les dispositions de ces accords.

Il faut donc se livrer à une appréciation objective, *in concreto*, en tenant compte de la nature de l'opération en cause (fusion, cession ou scission) et de ses conséquences sur les structures économiques et financières des entreprises concernées.

Il s'agit de vérifier si les éléments de la formule retenue pour le calcul de la réserve de participation ou de l'intéressement (chiffre d'affaires, capitaux propres, valeur ajoutée, etc.) peuvent être identifiés au sein de l'entreprise d'accueil et appliqués sur le périmètre transféré.

En cas de litige, il convient de noter que l'impossibilité d'appliquer un accord relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

Ainsi, la Haute juridiction a énoncé que lorsqu'une cour d'appel constate qu'un accord n'est plus applicable en l'état, un comité d'entreprise (ou un CSE) ne peut pas venir en réclamer le maintien jusqu'à son terme. L'appréciation des juges d'appel en la matière ne peut pas être remise en cause devant la Cour de cassation ⁽¹⁾.

En pratique, afin d'anticiper tout risque de contentieux, il est vivement recommandé de faire constater la possibilité ou l'impossibilité de poursuivre l'accord par les parties signataires et d'en informer la Direccte. L'Administration précise que le constat par les partenaires sociaux de l'impossibilité d'appliquer l'accord d'intéressement couvrant les salariés dans l'entreprise d'origine entraîne l'ouverture de la né-

gociation prévue par la loi en vue de la conclusion éventuelle d'un nouvel accord ⁽²⁾.

Au-delà de ce rappel général, il convient de rechercher pour chaque type d'accord les règles applicables.

Règles particulières applicables

Accords de participation

L'entreprise d'accueil est dotée d'un accord de participation. – Les paramètres entrant dans la formule de calcul (bénéfices, capitaux propres, valeur ajoutée) seront affectés par l'opération de fusion, car il sera délicat d'identifier la part de chaque société après leur fusion.

À cet égard, l'existence d'une formule légale de calcul de la réserve spéciale de participation (RSP), fondée à titre principal sur le bénéfice net fiscal et faisant également intervenir des paramètres comptables issus des comptes sociaux de l'entreprise (capitaux propres, valeur ajoutée, masse salariale) n'est pas neutre sur la poursuite éventuelle de l'accord.

Selon l'administration, dès lors qu'il existe un accord de participation dans l'entreprise d'accueil, l'accord de participation en vigueur dans l'entreprise cédante cesse de s'appliquer aux salariés transférés qui bénéficient de l'accord applicable dans leur nouvelle entreprise, dès qu'ils remplissent le cas échéant la condition d'ancienneté requise ⁽³⁾.

Remarque

Ecarter ainsi l'accord de participation de l'entreprise cédante peut être source de contentieux si cette dernière appliquait une formule dérogatoire, nécessairement plus favorable que la formule légale.

L'entreprise d'accueil n'a pas d'accord de participation. – Pour déterminer si l'accord de participation de l'entreprise cédante s'appliquera aux salariés transférés, il sera nécessaire de vérifier si les éléments de la formule de calcul de la RSP peuvent toujours être identifiés au sein de l'entreprise d'accueil.

(1) Cass. soc., 13 mai 2003, n° 01-14.565.

(2) Circ. intermin. 14 sept. 2005, dossier Intéressement, fiche n° 3 ; Guide de l'épargne salariale, p. 21.

(3) Circ. intermin., précitée, dossier Participation, fiche n° 2.



Tel ne pourra pas être le cas que si cette dernière est en mesure d'appliquer les éléments de calcul en les limitant au périmètre de l'activité transférée.

Cela implique qu'une négociation devra s'ouvrir en cas de fusion des activités au sein de l'entreprise d'accueil s'il est impossible de maintenir pour les salariés transférés l'accord de participation de l'entreprise cédante.

Accords d'intéressement

L'appréciation de « l'impossibilité » de maintenir le bénéfice de l'accord d'intéressement après le transfert dépend de la capacité à identifier les éléments de la formule de calcul retenus par l'accord d'origine au sein de l'entreprise d'accueil et de les appliquer sur le périmètre transféré.

Ainsi, si l'intéressement est fondé sur un critère de résultat, l'accord de l'entreprise cédée ne pourra pas se poursuivre.

Si les critères de performance sont appréciés au niveau de la globalité de l'activité de l'entreprise cédée et que l'opération consiste en un transfert partiel d'activité, il est peu probable que l'accord d'intéressement puisse être maintenu : en effet, la perte, en cours d'exercice, d'un secteur d'activité ne permettra plus d'apprécier :

- la performance globale de l'entreprise chez le cédant ;
- la performance sur la partie de l'activité reprise chez le cessionnaire.

La situation se complexifie encore lorsque les critères de calcul de l'intéressement sont identifiables chez le cessionnaire qui dispose lui-même d'un accord d'intéressement. Tel est le cas lorsque :

- l'opération de transfert concerne un établissement distinct qui conserve son autonomie au sein de la société d'accueil ;
- le périmètre de calcul de la formule n'est pas affecté par l'opération juridique et les critères retenus dans la formule de calcul gardent leur pertinence.

Si ces deux conditions sont réunies, l'accord de l'entreprise cédante pourra se poursuivre au bénéfice des salariés transférés : ces derniers pourraient alors revendiquer le bénéfice de l'accord d'intéressement existant au sein de l'entreprise cédante et celui existant au sein de l'entreprise cessionnaire.

Première hypothèse : maintien impossible de l'accord de l'entreprise cédante

Calcul des droits des salariés transférés

Lorsque l'accord ne peut pas se poursuivre dans l'entreprise d'accueil, les salariés transférés bénéficient néanmoins des droits à participation et à intéressement calculés sur la base des résultats et/ou des performances de leur entreprise d'origine au terme de l'exercice au cours duquel l'opération de transfert s'est déroulée.

Le calcul des droits individuels est le plus souvent fondé sur le critère de la durée de présence et/ou sur celui du salaire perçu. Les droits des salariés transférés sont donc calculés au *pro rata* de la durée de présence et/ou des salaires perçus jusqu'à la date du transfert.

C'est à la société absorbante, qui se substitue à l'ancien employeur, qu'il reviendra d'assurer le versement des sommes dues au titre de l'accord d'intéressement négocié au sein de l'entreprise absorbée.

En outre, s'il existe un accord dans l'entreprise d'accueil, les droits des salariés transférés y sont, de même, proratisés en fonction de leur durée de présence en son sein et/ou des salaires versés entre la date du transfert et le terme de la période de référence.

Obligation de négocier un nouvel accord

Dans l'hypothèse où il s'avère impossible de continuer à appliquer l'accord d'intéressement ou de participation après l'opération de restructuration, le Code du travail crée une obligation de négocier à la charge des signataires de l'accord.

Plus précisément, en l'absence d'accord d'intéressement ou de participation applicable à la nouvelle entreprise, celle-ci doit engager dans un **délai de six mois** une négociation, selon l'une des modalités prévues à l'article L. 3312-5 ou selon l'un des modes prévus à l'article L. 3322-6 du Code du travail, en vue de la conclusion éventuelle d'un nouvel accord.

Accord de participation conclu sans formule dérogatoire

Ce délai de six mois court à compter de la clôture de l'exercice au cours duquel est intervenue l'opéra-



tion : cette règle est parfaitement compatible, pour les accords de participation conclus *sans formule dérogatoire*, avec le principe selon lequel l'accord de participation doit être conclu avant l'expiration du délai d'un an suivant la clôture de l'exercice au titre duquel sont nés les droits des salariés.

Accord d'intéressement ou accord de participation comprenant une formule dérogatoire

En l'absence de toute précision légale, le délai de six mois court à compter du jour de l'opération de transfert.

Attention cependant, car si la règle de computation du délai de six mois paraît simple, elle doit être combinée avec celle afférente aux délais légaux de conclusion des accords d'intéressement (ou de participation comprenant une formule dérogatoire) nécessaires au respect du caractère aléatoire de l'accord d'intéressement et, dès lors, aux exonérations fiscales. En effet, l'intéressement n'aura un caractère aléatoire que s'il est conclu avant le premier jour de la deuxième moitié de la période de calcul suivant la date de sa prise d'effet, pour ouvrir droit aux exonérations sociales et fiscales. Ainsi, les entreprises, dont l'exercice coïncide avec l'année civile et qui désirent mettre en place un régime d'intéressement sur une période de calcul annuelle prenant effet au 1^{er} janvier de l'année n, devront avoir conclu un accord en ce sens avant le premier jour de la seconde moitié de l'année n-1, soit, dans notre exemple, avant le 1^{er} juillet. En cas de non-respect de cette condition, l'entreprise et les salariés ne pourront pas bénéficier des exonérations sociales et fiscales attachées aux primes d'intéressement (sauf à démontrer que l'échange des consentements des parties sur les conditions et modalités de calcul et de répartition des sommes à distribuer a été effectué à une date antérieure ⁽⁴⁾), et les sommes versées auront la nature de salaires.

Dès lors, si une fusion intervient moins de six mois avant la clôture de l'exercice comptable, le cessionnaire qui n'avait pas d'accord d'intéressement (ou de participation avec une formule de calcul dérogatoire) se trouvera contraint d'ouvrir immédiatement des négociations dans le but d'en conclure un.

(4) Cass. soc., 15 juill. 1999, n° 97-21.398 ; Cass. soc., 29 oct. 2003, n° 01-21.446.

Illustration

Une fusion est effective au 1^{er} juin au sein d'une entreprise ayant un exercice comptable correspondant à l'année civile, mais n'ayant pas jusqu'alors d'accord de participation.

Cette entreprise devra au plus tard le 1^{er} décembre ouvrir des négociations dans le but de conclure un accord d'intéressement (1^{er} juin + 6 mois).

Or, l'accord qui pourrait être conclu ne saurait bénéficier des exonérations fiscales et sociales inhérentes au versement d'une prime d'intéressement s'il n'a pas été négocié avant le 30 juin, ce qui dans notre exemple est très improbable !

Ce qui est improbable devient impossible pour une fusion intervenue le 30 juin : la mise en place immédiate d'un nouvel accord d'intéressement (ainsi que d'un accord de participation comprenant une formule de calcul dérogatoire) sera irréalisable au titre de l'année de la fusion, sauf à entraîner la perte des exonérations sociales (sur la partie correspondant à la fraction dérogatoire en ce qui concerne la participation).

Deuxième hypothèse : maintien possible de l'accord de l'entreprise cédante

Dans cette hypothèse, il convient de s'interroger sur les sommes qui seront versées aux salariés transférés et sur la durée de maintien de cet accord.

Montant à verser

Si l'application des accords reste possible dans la nouvelle configuration, ceux-ci continuent à s'appliquer au personnel transféré et uniquement à lui, dans la mesure où le champ d'application des accords ne peut être étendu *de facto* aux autres salariés de l'entreprise d'accueil.

En revanche, les accords de participation et d'intéressement de la société d'accueil, qui seront le plus souvent maintenus, bénéficient immédiatement aux salariés transférés, dans les mêmes conditions qu'ils s'appliquent aux salariés en place.

Il peut alors exister une situation de cumul du bénéfice de deux accords d'intéressement ayant un effet inflationniste évident, qui ne trouverait sa limite que dans l'application de l'article L. 3314-8 du Code du travail qui institue des plafonds individuels et col-



lectifs, toutes primes d'intéressement confondues, à hauteur de :

- - 20 % annuel du total des salaires bruts ;
- - 75 % du montant du plafond annuel moyen retenu pour le calcul des cotisations de sécurité sociale par bénéficiaire.

L'entreprise d'accueil n'aurait pour seul argument, pour s'opposer à un tel cumul, que celui d'invoquer le principe de non-cumul des avantages conventionnels ayant le même objet, et d'appliquer dès lors aux salariés transférés le seul accord d'intéressement aboutissant, après avoir comparé les primes issues du calcul des deux accords en vigueur, à l'application de la prime la plus favorable.

La situation n'étant pas tranchée quant à l'accord qui serait applicable aux salariés transférés, il paraît impératif, dans ce type de situation, d'anticiper les difficultés en ouvrant de nouvelles négociations pour :

- remettre en cause l'accord de l'entreprise cédante ;
- et lancer des négociations pour aboutir à nouvel accord d'intéressement adapté à la situation nouvelle.

Durée de survie de l'accord

Pour déterminer la durée de maintien de l'application des accords de participation et d'intéressement de l'entreprise cédante aux salariés transférés, il convient de se référer au droit commun et plus particulièrement à l'article L. 2261-14 du Code du travail.

Cependant, la nature de l'accord (durée déterminée ou non) devra être également prise en compte.

Accords à durée indéterminée

Ces accords demeurent applicables chez le cessionnaire pendant un délai maximum de douze mois, auquel s'ajoute la durée de préavis, qui est de trois mois à défaut de stipulation conventionnelle en disposant autrement ⁽⁵⁾.

Au terme de ce délai de survie, l'accord cesse de produire effet.

Il convient alors de s'interroger sur l'obligation pour l'entreprise d'accueil de conclure un accord de participation.

(5) C. trav., art. L. 2261-14.

En effet, une entreprise est tenue de négocier et conclure un tel accord si elle a atteint le seuil de 50 salariés pendant 12 mois consécutifs.

Pour apprécier l'atteinte du seuil de 50 salariés, le décompte des effectifs s'effectue, depuis le 1^{er} janvier 2020, conformément aux dispositions du Code de la sécurité sociale ⁽⁶⁾.

L'obligation ne s'applique qu'à compter du premier exercice ouvert postérieurement à une période de cinq années civiles consécutives au cours desquelles ce seuil a été atteint ou dépassé ⁽⁷⁾.

Exemple

Pour une entreprise dont l'exercice fiscal correspond à l'année civile, à partir de l'exercice 2020 et pour les exercices suivants, lorsque son effectif atteint ou dépasse 50 salariés une année donnée *n* sur la base des données de l'année précédente (*n-1*) et les quatre années consécutives suivantes (*n+1*, *n+2*, *n+3*, *n+4*), le seuil n'est considéré comme franchi qu'à compter de la cinquième année (*n+4*). L'entreprise sera donc effectivement soumise à l'obligation d'être couverte par un accord de participation au titre de l'année *n+5*, et aura jusqu'à la fin de l'année *n+6* pour le conclure ⁽⁸⁾.

Bien plus, l'obligation de mettre en place un accord de participation est encore différée dans le temps si l'entreprise a déjà conclu un accord d'intéressement.

En effet, l'entreprise ayant dépassé le seuil de 50 salariés dans les conditions sus indiquées n'a pas l'obligation de mettre en place immédiatement la participation aux résultats de l'entreprise lorsqu'elle est déjà dotée d'un accord d'intéressement. La participation ne devient obligatoire, dans une telle entreprise ⁽⁹⁾, qu'au troisième exercice clos après le franchissement du seuil d'assujettissement à la participation, si l'accord est appliqué sans discontinuité pendant cette période ⁽¹⁰⁾.

Ainsi, si au jour où une entreprise atteint pour la première fois, du fait du transfert de personnel, un

(6) CSS, art. L. 130-1 et R. 130-1.

(7) Depuis la loi « Pacte » (L. n° 2019-486, 22 mai 2019), relative à la croissance et la transformation des entreprises.

(8) Instr. intermin. DGT/RT3/DSS/DGT/2019/252, 19 déc. 2019, QR n° 3.

(9) C. trav., art. L. 3322-3.

(10) Instr. intermin. DGT/RT3/DSS/DGT/2019/252, préc., QR n° 6.



effectif de 50 salariés alors qu'elle est déjà couverte par un accord d'intéressement, elle disposera d'un délai de cinq années civiles auquel s'ajoutent trois exercices clos pour devoir mettre en place la participation en son sein.

Elle se trouvera alors dans la situation inédite et paradoxale de devoir :

- appliquer aux salariés transférés l'accord de participation de l'entreprise cédante ;
- et lancer une négociation sur la conclusion d'un nouvel accord de participation, alors qu'elle n'aurait pas été tenue de le faire en vertu des règles sus énoncées.

Reste que l'article L. 2261-14 du Code du travail ne fait obligation de lancer une négociation dans les trois mois suivant la dénonciation de l'accord que si une des parties signataires en fait la demande, ce qui implique :

- soit que l'entité transférée ait conservé au sein de l'entreprise d'accueil son autonomie de fait, et que le mandat des délégués syndicaux ait été maintenu ;
- soit que l'entreprise d'accueil ait la même représentativité syndicale.

Accords à durée déterminée

L'article L. 2261-14 n'exclut pas de son champ d'application les accords à durée déterminée.

Dès lors, deux situations doivent être distinguées :

- le terme de l'accord à durée déterminée survient pendant le délai de survie. L'accord a normalement pris fin et l'entreprise cédante :
 - ne sera pas tenue d'ouvrir de nouvelles négociations d'un accord d'intéressement,
 - devra ouvrir des négociations tenant à conclure un accord de participation dès lors qu'elle y est légalement tenue. À défaut, l'administration pourrait appliquer le régime d'autorité ;
- soit l'échéance de l'accord à durée déterminée se situe au-delà du délai de survie. Là encore, l'employeur se trouvera dans une situation incertaine qu'il conviendra de trancher :
 - soit appliquer l'accord à durée déterminée jusqu'à son terme. Il pourrait alors être opposé

que l'article L. 2261-14 limite expressément la durée de survie de l'accord automatiquement dénoncé du fait du transfert de personnel,

- soit donner son plein effet à l'article L. 2261-14 du Code du travail et revendiquer le bénéfice de la règle du maintien simplement temporaire de l'accord jusqu'au terme de la période de survie.

PLAN D'ÉPARGNE ENTREPRISE (PEE)

Comme en matière de participation et d'intéressement, des dispositions légales spécifiques supplantent l'article L. 2261-14 du Code du travail et ne permettent pas d'invoquer la « mise en cause » de l'accord collectif qui aurait mis en place le plan d'épargne.

Plus précisément l'article L. 3335-1 du Code du travail dispose :

« En cas de modification survenue dans la situation juridique d'une entreprise ayant mis en place un plan d'épargne d'entreprise, notamment par fusion, cession, absorption ou scission, et lorsqu'elle rend impossible la poursuite de l'ancien plan d'épargne, les sommes qui y étaient affectées peuvent être transférées dans le plan d'épargne de la nouvelle entreprise, après information des représentants du personnel dans des conditions prévues par décret. »

« Dans ce cas, le délai d'indisponibilité écoulé des sommes transférées s'impute sur la durée de blocage prévue par le nouveau plan. »

Autrement dit, si le transfert d'entreprise rend impossible la poursuite du plan d'épargne d'entreprise (PEE) en vigueur au sein de l'entreprise absorbée, les sommes qui y sont affectées peuvent être transférées dans celui de la nouvelle entreprise, après information des représentants du personnel.

Il conviendra en conséquence d'organiser le transfert des avoirs afin de préserver les droits de l'ensemble des collaborateurs.

Étant précisé que ceux qui ont mis en place le PEE (partenaires sociaux ou employeur) peuvent décider de transférer les avoirs des salariés dans le plan d'épargne de l'entreprise absorbante, si celui-ci comporte des organismes de placement collectif en va-



leurs mobilières dont les caractéristiques sont identiques à celles des organismes prévus dans leur plan.

Dans ce cas, si le plan d'épargne salariale n'a pas été institué en vertu d'un accord avec le personnel, le comité social économique, quand il existe, doit être consulté sur le projet de transfert au moins quinze jours avant sa réalisation effective.

Au reste, si l'entreprise absorbante n'a pas de PEE accessible, les sommes en cause devront être maintenues dans le plan d'origine jusqu'à l'expiration du délai d'indisponibilité.



Les conséquences d'un transfert de personnel sur les dispositifs d'épargne salariale sont complexes et sources d'incertitudes, particulièrement lorsque l'opération projetée est assortie d'un effet rétroactif en application de l'article L. 236-4 du Code de commerce qui précise qu'une opération de fusion ou de scission peut prendre effet :

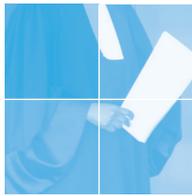
– soit à la date de la dernière assemblée générale approuvant l'opération (ce qui constitue le principe) ;

– soit à une date convenue dans le traité de fusion, laquelle ne peut être pas antérieure à la clôture du dernier exercice clos des sociétés concernées.

Cette date conventionnellement fixée est simplement celle à partir de laquelle les opérations de la société absorbée sont, d'un point de vue comptable, considérées comme accomplies par la société absorbante.

Or, une telle rétroactivité comptable et fiscale n'a pas d'effet juridique et l'entreprise cessionnaire devra, pour en évaluer les impacts sur l'épargne salariale, raisonner à partir d'une seule jurisprudence ancienne : l'arrêt de la Cour de cassation du 23 février 1983 ⁽¹¹⁾ rendu en matière de participation, aux termes duquel la rétroactivité comptable et fiscale aurait un effet sur les salariés qui seraient fictivement considérés comme ayant changé d'employeur rétroactivement... ♦

(11) Cass. soc., 23 févr. 1983, n° 81-16.106.



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

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 ?

Le 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.

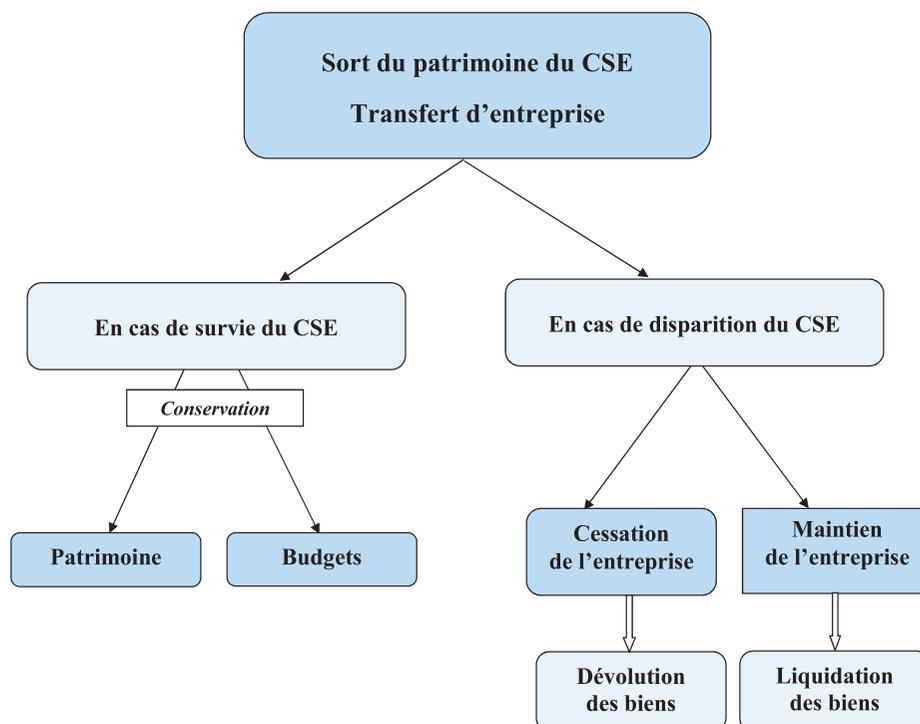
Ils font intervenir deux corps de règles différents, juridiquement autonomes, mais interdépendants.

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 dispositions spécifiques.



Schéma récapitulatif sur le sort du patrimoine du CSE



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

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 complémen-

taire, 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 répartition 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



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

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 ⁽¹⁾, 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 ;
- 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 souscrits.

Exemple de tableau permettant d'établir un état des lieux

	SOCIÉTÉ A	SOCIÉTÉ B
Cotisation	<ul style="list-style-type: none"> • 140 euros • Part patronale = 50 % Part salariale = 50 % 	<ul style="list-style-type: none"> • 90 euros • Part patronale = 70 % Part salariale = 30 %
Personnel bénéficiaire	Ensemble du personnel	Salariés cadres
Organisme assureur	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.

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

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 ⁽²⁾.

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.

(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



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.

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 :

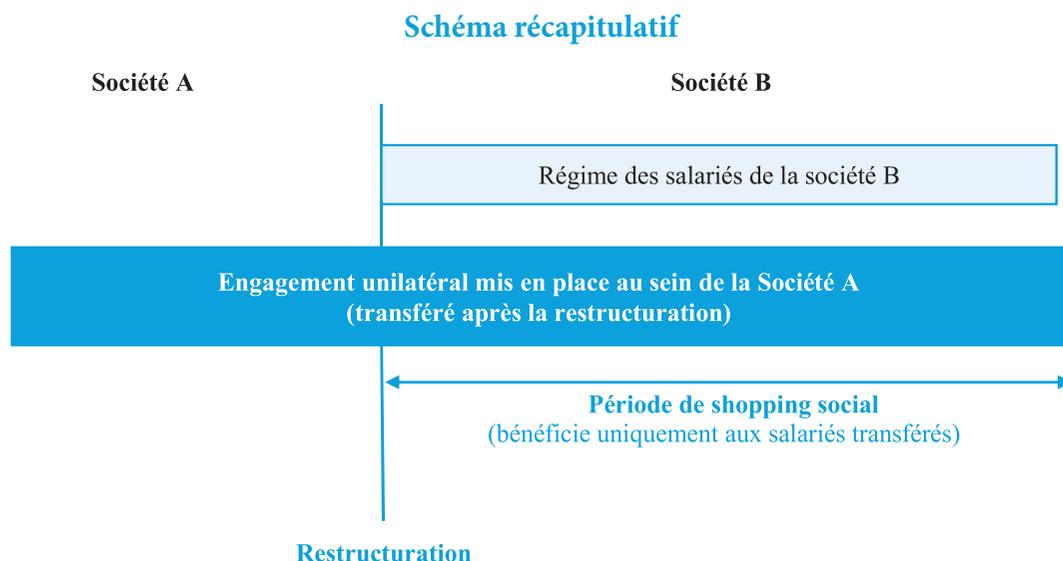
- les usages : pratique constante, fixe et générale de l'employeur ;
- les accords atypiques : tout accord signé par l'employeur qui ne réunit pas les conditions de validité de l'accord collectif énoncées aux articles L. 2231-1 et suivants du Code du travail ;
- les accords conclus avec les représentants 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⁾.

(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.



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⁾.

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 ⁽⁹⁾.

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

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

(9) CSS, art. L. 911-3.

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 ⁽¹⁰⁾.

En ce sens, le Code de la sécurité sociale indique ⁽¹¹⁾ 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

(10) 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,

(11) CSS, art. L. 913-2.



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 (à savoir uniquement les salariés de l'entreprise

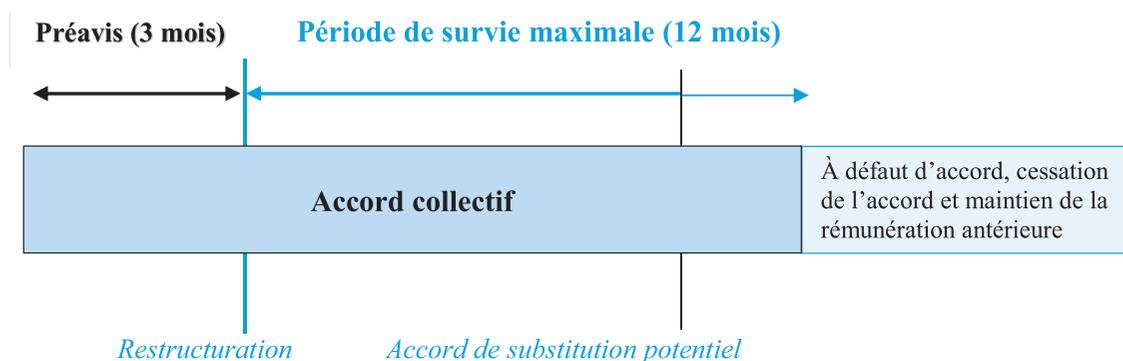
concernée par l'opération de restructuration) pendant une période maximale de 15 mois, jusqu'à la conclusion d'un accord de substitution ;

- 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.

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 ⁽¹²⁾.

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 complémentaire 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

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



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 :
 - 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 *in-tuitu 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.

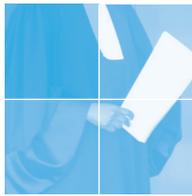
L'harmonisation des garanties à la suite d'une opération de restructuration ne sera pas nécessairement envisagée dans le cadre du (ou des) contrat(s) d'assurance transféré(s).

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. ♦



Modifier le contrat de travail des salariés ?



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



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

Si le nouvel employeur peut, grâce à la négociation collective avec ses délégués syndicaux, harmoniser le statut du personnel transféré avec celui existant en son sein, un problème majeur subsiste : comment modifier les clauses des contrats de travail des intéressés ?

En effet, quand bien même l'inégalité de traitement résultant de l'opération serait justifiée, le dirigeant peut souhaiter aligner le régime contractuel des nouveaux salariés sur celui applicable à ceux déjà en poste dans l'entreprise.

Or, en principe un employeur ne peut pas modifier unilatéralement les clauses du contrat de travail d'un salarié transféré : seule la conclusion d'un accord de performance collective permettrait d'imposer aux salariés transférés une modification de leurs contrats de travail.

PRINCIPE : MODIFICATION UNILATÉRALE DU CONTRAT IMPOSSIBLE

Proposer et non imposer

Le contrat de travail en cours lors du transfert d'entreprise doit être maintenu dans les mêmes conditions :

Si l'employeur de l'entreprise d'accueil ne peut, sans l'accord des salariés transférés, modifier unilatéralement leur contrat de travail, la négociation d'un accord de performance collective (APC) pourra être utilement ouverte pour imposer collectivement une telle modification.

si le nouvel employeur souhaite le modifier, il ne pourra *proposer* cette transformation qu'après le transfert.

En effet, dans le cadre de son pouvoir de direction, le repreneur peut, comme tout employeur, souhaiter modifier le contrat de travail des

salariés pour tenir compte de l'évolution de l'organisation de l'entreprise : il ne peut cependant pas l'imposer.

Remarque

La modification projetée ne doit pas avoir également pour but de faire échec aux conséquences habituelles de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Si tel était le cas, le licenciement résultant du refus du salarié de la modification serait jugé sans effet.

Qu'est-ce qu'une modification du contrat de travail ?

Une modification du contrat de travail concerne les éléments qui ont été déterminants pour sa conclusion, et qui ont motivé l'accord des parties.

Certains éléments sont déterminants par nature. Il s'agit :

- de la rémunération : son montant s'entend non seulement du salaire de base et de ses accessoires, mais inclut également d'autres avantages, tels que les avantages en nature (logement, véhicule de fonction, etc.) inscrits au contrat. Dès lors qu'ils ont une certaine valeur pécuniaire, leur suppression ou leur diminution constitue indirectement une modification du niveau de rémunération. Une prime figurant expressément dans le contrat de travail, sans qu'il soit indiqué que son existence repose sur un accord d'entreprise, constitue bien un élément du contrat de travail ;
- de la qualification et/ou du niveau de responsabilité ;
- de la durée du travail ;
- du secteur géographique.

Ils constituent le socle du contrat de travail.

D'autres sont plus variables et il faut rechercher la volonté des parties, principalement manifestée dans le contrat de travail écrit.

Il convient ainsi de distinguer ce qui relève du contrat lui-même, de ce qui constitue les conditions de travail, car leur régime est différent.

Refuser un changement des conditions de travail (exemple : la répartition des horaires de travail au sein de la journée ou de la semaine, le changement de tâches correspondant à la qualification du salarié, la mutation d'un salarié au sein d'un même secteur géographique), expose le salarié, à l'exception de celui, protégé, qui ne peut se voir imposer un changement de ses conditions de travail, à un licenciement. Selon les cas et les raisons invoquées par le salarié, ce refus peut être qualifié de faute grave ou simplement de cause réelle et sérieuse de licenciement ⁽¹⁾.

Il en va différemment d'une modification du contrat de travail, laquelle doit recueillir l'accord non équivoque du salarié matérialisé par la signature d'un avenant.

La poursuite de l'exécution du contrat tel que l'employeur l'a modifié ne s'analyse nullement en une acceptation ⁽²⁾.

Si le salarié refuse la modification proposée, l'employeur doit soit renoncer au projet et maintenir le contrat en l'état, soit engager une procédure de licenciement.

(1) Cass. soc., 23 févr. 2005, n° 03-42.018.

(2) Cass. soc., 29 nov. 2011, n° 10-19.435.

Le refus du salarié n'étant pas fautif, déterminer le motif du licenciement revient à chercher la cause justificative de la proposition de modification du contrat. Son caractère réel et sérieux doit donc être évalué.

Ainsi, l'employeur de l'entreprise d'accueil qui reprend, par l'effet même de l'article L. 1224-1 du Code du travail, les éléments essentiels du contrat, ne peut pas les modifier sans l'accord exprès du salarié.

Il est simplement possible de modifier unilatéralement les conditions de travail des salariés transférés à l'exception notable des salariés protégés : pour ces derniers aucun changement de leur contrat ou de leur condition de travail n'est possible sans leur accord.

Aux termes de son « *question-réponses* » du 23 juillet 2020, le ministère du Travail précise qu'une entreprise peut décider de négocier un accord de performance collective (APC) pour rationaliser sa gestion du personnel, harmoniser les règles de rémunération et prévoir une modification de la structure des rémunérations (salaire de base, treizième mois, primes et gratifications contractualisés).

EXCEPTION : LA VOIE DE L'ACCORD DE PERFORMANCE COLLECTIVE (APC)

Objet

Les stipulations d'un tel accord ⁽³⁾ « *se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail* ». Il permet limitativement, afin de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver ou de développer l'emploi :

- d'aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition ;
- d'aménager la rémunération, dans le respect des salaires minima hiérarchiques ;
- de déterminer les conditions de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

L'accord peut aborder ces trois points concomitamment ou opter pour l'un ou l'autre, mais ne peut pas en traiter d'autres.

Aménagement du temps de travail

L'APC permet d'augmenter la durée hebdomadaire ou quotidienne du travail, la diminuer, prévoir une

(3) C. trav., art. L. 2254-2.



Actionner des leviers d'optimisation post-transfert

nouvelle répartition des heures travaillées au sein de la journée ou de la semaine. Il peut également aménager le temps de travail sur une période supérieure à la semaine.

Aménagement de la rémunération

L'accord peut modifier la rémunération contractuelle des salariés, non seulement en ce qui concerne « *le salaire de base, mais également tous les autres avantages et accessoires payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature par l'employeur* ».

Toutefois, ces modifications doivent être faites dans le respect du Smic et des salaires minima hiérarchiques conventionnels.

Dans ces conditions, l'accord peut :

- réduire purement et simplement la rémunération. Cette réduction peut être uniforme ou modulée. Si l'accord opte pour une modulation de la baisse de la rémunération, il convient de rappeler qu'elle doit reposer sur un critère objectif et pertinent, tel que le montant de la rémunération perçue (exemple : demander de plus gros efforts aux salariés qui perçoivent des salaires élevés) ;
- réduire ou supprimer des primes ou le treizième mois ;
- modifier la structure de la rémunération.

Détermination des conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise

L'employeur peut également aménager les mobilités professionnelle ou géographique des salariés au-delà des limites fixées par leur contrat de travail.

Effets

Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise.

Les salariés doivent être informés par tout moyen conférant date certaine et précise de l'existence et du contenu de l'accord, ainsi que du droit de chacun d'eux d'en accepter ou d'en refuser l'application à son contrat.

Un tel refus doit être exprimé dans un délai d'un mois à compter de la date à laquelle l'employeur les a informés de l'existence et du contenu de l'accord. L'absence de réponse du salarié dans ce délai vaut acceptation de la modification.

En cas de refus :

- l'employeur peut engager une procédure de licenciement dans un délai de deux mois. Celui-ci constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement qui n'est ni personnelle, ni économique. La procédure applicable est celle régissant le licenciement pour motif personnel ;
- l'employeur doit abonder le compte personnel de formation (CPF) du salarié licencié à hauteur de 3 000 € minimum ;
- le salarié est indemnisé dans les conditions prévues par l'assurance chômage.

La situation des **salariés protégés** n'est pas envisagée par les dispositions légales. Cependant, l'administration précise que l'inspecteur du travail devra contrôler :

- le respect de la procédure applicable au licenciement de salariés protégés ;
- l'existence et la validité de l'accord ;
- que le salarié a eu connaissance de l'existence et du contenu de l'accord, ainsi que de son droit d'en accepter ou d'en refuser l'application à son contrat de travail ;
- qu'a été respecté le délai d'un mois dont dispose le salarié pour refuser la modification de son contrat de travail à compter de la date à laquelle l'employeur l'a informé ;
- que le salarié a refusé l'application de l'accord à son contrat de travail ;
- le cas échéant, que les conditions individuelles prévues par l'accord sont applicables aux salariés lorsque l'accord de performance collective porte sur la forfaitisation de la durée du travail ;
- que la procédure de licenciement a été engagée dans le délai de deux mois à compter de la notification du refus du salarié ;
- u'il n'y a pas de lien entre la demande d'autorisation de licenciement et les mandats détenus par le salarié.

Cet accord peut ne pas s'appliquer à la totalité des salariés, mais si une distinction est opérée, elle doit être objective : la volonté d'harmoniser la situation des salariés transférés avec celle des salariés du nouvel employeur pourrait, sous réserve d'interprétation jurisprudentielle à venir, justifier l'application de l'APC aux seuls salariés transférés. ◆



Harmoniser le statut du personnel



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



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

Il est vivement conseillé d'harmoniser les pratiques sociales des entreprises parties à l'opération de transfert et, partant, le statut du personnel.

En effet, le nouvel employeur aura tout intérêt à gérer des pratiques unifiées et s'éviter de potentielles tensions entre les salariés au regard des différences de traitement qui pourraient naître de cette nouvelle organisation.

Des outils peuvent être mobilisés pour y parvenir. Ils varient selon l'origine des avantages, et permettent d'éviter que le salarié transféré bénéficie, même temporairement, des dispositions plus favorables de chaque statut collectif.

Ils permettent également d'éviter une inégalité de traitement, quand bien même cette dernière serait par ailleurs justifiée au plan légal.

L'application temporaire aux salariés transférés du statut collectif de leur entreprise d'origine peut-elle créer une inégalité de traitement ? Quels instruments juridiques mobiliser pour que ces derniers cessent de bénéficier des avantages existants chez le cédant ?

MAINTIEN TEMPORAIRE DU STATUT COLLECTIF, SOURCE D'INÉGALITÉ DE TRAITEMENT ?

Accords d'entreprise

L'article L. 2261-14 du Code du travail organise les conditions de maintien des accords d'entreprise en prévoyant expressément que ces derniers survivent :

- soit jusqu'à la conclusion d'un accord de substitution ;
- soit, à défaut, pendant un délai maximum d'un an courant à l'expiration du délai de préavis de trois mois (soit pendant un délai maximum de 15 mois).

Les accords d'entreprise étant maintenus à l'égard des salariés transférés par l'effet de la loi, l'inégalité de traitement qui peut en résulter est – juridiquement – parfaitement justifiée.



AVANTAGES NON NÉGOCIÉS

La jurisprudence considère qu'en cas de transfert d'une entité économique autonome, le nouvel employeur n'est tenu d'appliquer les usages et engagements unilatéraux pris par l'ancien employeur qu'à l'égard des salariés dont le contrat était en cours au jour du transfert ⁽¹⁾.

Dès lors, l'obligation à laquelle est légalement tenu le nouvel employeur de maintenir au bénéfice des salariés qui y sont rattachés les droits qu'ils tiennent d'un usage (ou d'un engagement unilatéral de l'employeur) en vigueur au jour du transfert, justifie la différence de traitement qui en résulte par rapport aux autres salariés ⁽²⁾.

Ainsi, sont exclus du bénéfice de l'usage (ou de l'engagement unilatéral) transféré, sans que cela porte atteinte au principe d'égalité de traitement :

- en cas d'absorption : les salariés engagés par la société absorbante postérieurement au transfert, ainsi que ceux déjà présents dans cette entreprise au jour du transfert ;
- en cas de fusion : les salariés qui, bien qu'issus d'une des entreprises fusionnées, n'appartenaient pas à celle ayant institué l'usage, ainsi que ceux engagés par la nouvelle entité issue de la fusion postérieurement au transfert.

Si la situation ne peut entraîner d'inégalité de traitement et est dès lors sécurisée, reste que le concours d'avantages dont sont susceptibles de bénéficier les salariés transférés peut entraîner un surcoût de masse salariale pour le nouvel employeur qui va donc rechercher les moyens d'harmoniser le statut collectif au sein de son entreprise.

PROCÉDURE

Négociation d'un accord de substitution

Pour éviter tout « effet d'aubaine » résultant d'un cumul des dispositions les plus avantageuses issues du statut collectif de l'entreprise cédante et de l'entreprise cessionnaire, trois dispositifs permettant la conclusion d'accords se substituant aux dispositifs

conventionnels de l'entreprise cédante peuvent intervenir.

Conclusion d'accords d'entreprise d'anticipation

La loi du 8 août 2016 a introduit deux nouveaux articles dans le Code du travail, qui prévoient **deux types de négociation anticipée**, soumis aux mêmes conditions de validité que tout accord d'entreprise. à savoir :

- la signature par une ou plusieurs organisations syndicales de salariés représentatives ayant recueilli plus de 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au comité social et économique, quel que soit le nombre de votants ;
- à défaut, si les organisations syndicales signataires n'atteignent pas le seuil de 50 % mais ont recueilli plus de 30 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations représentatives (OSR) aux élections, quel que soit le nombre de votants, une ou plusieurs de ces organisations peu(ven)t demander une consultation des salariés visant à valider l'accord. Elles disposent d'un délai d'un mois à compter de la signature de l'accord pour formuler cette demande. Celle-ci doit être notifiée par écrit à l'employeur et aux autres OSR. Au terme du délai d'un mois, et à défaut d'initiative desdites OSR, l'employeur peut demander l'organisation de cette consultation, à condition toutefois qu'aucune organisation syndicale signataire ne s'y oppose ;
- si, à l'issue d'un délai de huit jours à compter de cette demande ou de l'initiative de l'employeur, les éventuelles signatures d'autres OSR n'ont pas permis d'atteindre le taux de 50 %, la consultation des salariés doit alors être organisée dans un délai de deux mois.

Ces accords « *de substitution anticipés* » sont les suivants.

Accords dits « de transition » ⁽³⁾

Ces accords ont vocation, comme leur nom l'indique, à assurer la transition avec les normes conventionnelles applicables au sein de l'entreprise d'accueil. Ils **ne s'appliquent** donc **qu'aux salariés de l'en-**

(1) Cass. soc., 7 déc. 2005, n° 04-44.594.

(2) Cass. soc., 11 janv. 2012, n° 10-14.614.

(3) C. trav., art. L. 2264-14-2.

treprise dont la convention ou l'accord est susceptible d'être mis en cause en raison d'un projet de fusion, de cession, de scission ou de « *toute autre modification juridique* » ayant pour effet la mise en cause de l'accord.

Ils permettent la négociation anticipée de l'accord de substitution, remplaçant l'accord mis en cause, qui s'appliquera aux seuls salariés transférés : la conclusion d'un accord d'anticipation permet ainsi d'adapter, dès le jour du transfert, le statut collectif du personnel transféré à celui de l'entreprise d'accueil.

Négociation. – Ces accords doivent être négociés par les deux employeurs des entreprises concernées et par les OSR de la seule entreprise à laquelle appartiennent les salariés dont les contrats sont transférés (entreprise d'origine).

Durée. – Ces accords ne peuvent excéder trois ans. Aucune condition de révision ou dénonciation spécifique à ce type d'accord n'est prévue par la loi.

Entrée en vigueur. – Ils entrent en vigueur à la date de réalisation de l'événement ayant entraîné la mise en cause (date du transfert du personnel) et s'appliquent à l'exclusion des stipulations portant sur le même objet des conventions et accords applicables dans l'entreprise d'accueil.

Ainsi, après la restructuration, il y a deux groupes de salariés régis par des conventions distinctes : ceux du cédant et ceux du cessionnaire.

Les premiers sont soumis à l'accord de transition négocié à leur intention. L'article L. 2261-14-2 du Code du travail prévoit explicitement que les stipulations des conventions et accords applicables dans l'entreprise d'accueil ne leur sont pas applicables lorsqu'elles ont le même objet que celles de l'accord de transition.

On en déduit que les stipulations de ces conventions et accords n'ayant pas le même objet peuvent, à l'inverse, s'appliquer dès le transfert à ces salariés.

Terme de l'accord de transition. – À l'expiration de la convention ou de l'accord de transition, les conventions et accords en vigueur dans l'entreprise ou dans l'établissement dans lequel les contrats de travail des salariés ont été transférés leur sont applicables. La totalité des effectifs se trouve alors uniformément couverte par le même statut collectif.

Accords dits « d'adaptation » ⁽⁴⁾

Ces accords ont pour objet l'**harmonisation de la situation de l'ensemble des salariés des entreprises concernées** (salariés transférés et salariés de l'entreprise d'accueil) et de créer un statut conventionnel unique.

Négociation. – L'accord est négocié et conclu par les employeurs et les syndicats représentatifs de chaque entreprise (entreprise d'origine et entreprise d'accueil).

Les règles de validité sus énoncées des accords d'entreprise s'apprécient dans le périmètre de chaque entreprise concernée : la consultation des salariés sera, le cas échéant, effectuée dans ce même périmètre.

Entrée en vigueur. – Ces accords entrent en vigueur à la date de réalisation de l'événement ayant entraîné la mise en cause (date du transfert du personnel).

La négociation de ces accords anticipés, qui prendront effet au jour du transfert, permet ainsi d'éviter le cumul d'avantages salariaux dont l'objet n'est pas strictement identique, mais proches, tels que par exemple une prime de fin d'année et une prime de treizième mois.

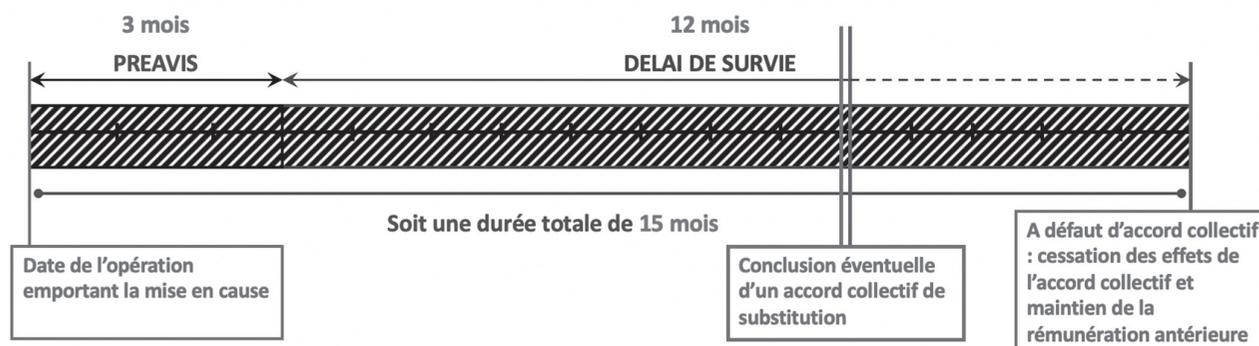
À défaut, il faudra attendre que l'opération de rapprochement soit intervenue pour conclure un accord de substitution, ce qui alourdira la masse salariale puisque les salariés de l'entreprise cédante pourront cumuler les avantages dont ils bénéficiaient chez leur ancien employeur avec ceux existants chez le cessionnaire, jusqu'à la conclusion d'un accord de substitution.

Négociation postérieure au transfert

Une nouvelle négociation doit s'engager dans l'entreprise, à la demande d'une des parties intéressées, dans les trois mois qui suivent la date de mise en cause, soit pour l'adaptation aux dispositions conventionnelles nouvellement applicables, soit pour l'élaboration de nouvelles dispositions, selon le cas.

Si cette ultime négociation échoue, les avantages salariaux institués par accord collectif dans l'entreprise cédante continueront à s'appliquer au personnel transféré pendant un délai maximum de 12 mois au-delà du délai de préavis soit 15 mois au total (3 + 12).

⁽⁴⁾ C. trav., art. L. 2264-14-3.



Régler le sort des usages, accords atypiques et engagements unilatéraux

Pour éviter là encore un cumul d'avantages, il faut veiller à détenir une liste précise des usages, accords atypiques et engagements unilatéraux de l'employeur d'origine.

Deux outils permettront de mettre fin à ces avantages non négociés.

Dénonciation le plus rapidement possible

Cette dénonciation passera par :

- une information du CSE ;
- une information individuelle des salariés en respectant un délai de préavis qui, à défaut de disposition expresse, devra être d'une durée raisonnable : la jurisprudence considère que trois mois correspondent à cette exigence.

Une fois le délai de préavis expiré, les avantages salariaux octroyés par usage, accord atypique ou engagement unilatéral cesseront définitivement.

Remarque

Un travail effectué en amont avec l'entreprise sortante pourrait favoriser la dénonciation de ces avantages avant l'opération de rapprochement.

Conclusion d'un accord d'entreprise portant sur le même sujet

Lorsqu'un accord collectif nouvellement conclu a le même objet qu'un engagement unilatéral de l'employeur, cet accord :

- met fin à l'engagement en cause, sans qu'il soit besoin de procéder à sa dénonciation ;

- s'applique à l'ensemble du personnel.

Attention cependant, l'accord collectif devra englober tous les avantages prévus par l'engagement unilatéral.

À défaut, s'il ne les aborde que partiellement, les clauses de ce dernier, non substituées, restent applicables sauf dénonciation du nouvel employeur ⁽⁵⁾.

Déroger à la convention collective du cédant

Une entreprise cédante peut appliquer une autre convention collective que celle du cessionnaire.

En effet, l'entreprise reprenant l'activité cédée peut exercer à titre principal une activité différente ressortant d'autres dispositions conventionnelles. Or, le Code du travail prévoit que la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur ⁽⁶⁾.

La détermination du caractère principal ou accessoire d'une activité peut soulever des difficultés. La technique la plus couramment utilisée consiste à appliquer les critères utilisés par l'Insee :

- lorsqu'il s'agit d'une activité industrielle, on considère comme activité principale celle qui occupe le plus grand nombre de salariés ;
- lorsqu'il s'agit d'une activité commerciale, l'activité principale est celle correspondant au chiffre d'affaires le plus élevé ⁽⁷⁾.

La convention collective correspondant à l'activité principale de l'entreprise cessionnaire s'appliquera,

(5) Cass. soc., 16 sept. 2003, n° 01-44.587.

(6) C. trav., art. L. 2261-2.

(7) Cass. soc., 25 févr. 1998, n° 96-40.206 ; Cass. soc., 23 avr. 2003, n° 01-41.196 ; Cass. soc., 4 déc. 2007, n° 06-42.463.



par l'effet du principe de l'unicité de statut au sein d'un même établissement, à l'ensemble des salariés de cet établissement : peu importe qu'ils soient affectés à une activité secondaire.

Ainsi, si l'activité reprise n'est pas exercée dans un établissement nettement différencié et qu'elle ne constitue pas un centre d'activité autonome, les salariés transférés pourront, dès le jour du transfert, se voir appliquer la convention collective de l'entreprise d'accueil.

Dans ce cas, comme pour les accords d'entreprise, le cessionnaire devra, si rien n'est fait, appliquer cumulativement les deux conventions collectives, et ce pendant un délai maximum de 15 mois (3 mois de délai de préavis et 12 mois de délai de survie de la convention collective automatiquement mise en cause par l'effet de l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail).

Les dispositions les plus favorables de chacune des deux conventions collectives s'appliqueront aux salariés transférés.

Afin d'éviter un tel cumul d'avantages et donc une inflation salariale, il sera nécessaire d'envisager la conclusion d'accords de transition ou d'adaptation dans les conditions mentionnées plus haut.

Toutes les thématiques ne peuvent cependant pas être abordées dans ces accords de transition pour édicter des règles moins favorables aux salariés transférés.

En effet, sur certains sujets, la convention collective primera sur l'accord d'entreprise.

Pour déterminer les thématiques pour lesquelles la convention collective prime sur les accords d'entreprise, il convient de se référer aux articles L. 2253-1 à L. 2253-3 du Code du travail, qui définissent des « *blocs de compétence* ».

Il est en effet possible d'exclure l'application de certaines dispositions conventionnelles selon le bloc dans lesquels elles sont intégrées.

Les thématiques de négociation sont réparties en trois blocs.

Bloc 1

Il comprend treize thèmes énoncés à l'article L. 2253-1 du Code du travail, pour lesquels l'**accord de branche prime de façon absolue sur l'accord d'entreprise**, que ce dernier soit conclu avant ou

après la date d'entrée en vigueur de la convention de branche, sauf lorsque la convention d'entreprise assure des garanties au moins équivalentes.

Ces thèmes sont les suivants :

- les salaires minima hiérarchiques ;
- les classifications ;
- la mutualisation des fonds de financement du paritarisme ;
- la mutualisation des fonds de la formation professionnelle ;
- les garanties collectives complémentaires ⁽⁸⁾ :
 - certaines mesures relatives à la durée du travail, à la répartition et à l'aménagement des horaires, à savoir :
 - l'institution d'un régime d'équivalence,
 - la fixation d'une période de référence supérieure à un an (dans la limite de trois ans) dans le cadre d'un dispositif d'aménagement du temps de travail sur une période supérieure à la semaine,
 - la fixation du nombre minimal d'heures entraînant la qualification de travailleur de nuit sur une période de référence,
 - en matière de travail à temps partiel, la fixation de la durée minimale de travail et du taux de majoration des heures complémentaires et la possibilité d'augmenter temporairement la durée du travail prévue au contrat (compléments d'heures) ;
 - certaines mesures relatives aux CDD et aux contrats de travail temporaire à savoir :
 - la durée totale du CDD et du contrat de mission,
 - le nombre maximal de renouvellements du CDD,
 - le renouvellement du contrat de mission,
 - le délai de carence en cas de succession de CDD ou de contrats de mission ;
- les mesures relatives au CDI de chantier ⁽⁹⁾ ;

(8) Mentionnées à l'article L. 912-1 du Code de la sécurité sociale.

(9) Ou aux opérations prévues aux articles L. 1223-8 et L. 1223-9 du Code du travail.



Actionner des leviers d'optimisation post-transfert

- l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ;
- les conditions et les durées de renouvellement de la période d'essai ⁽¹⁰⁾ ;
- les modalités selon lesquelles la poursuite des contrats de travail est organisée entre deux entreprises lorsque les conditions d'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail ne sont pas réunies (sont ici visés les dispositifs conventionnels de transfert des contrats de travail en cas de changement de prestataire existant dans certaines branches parmi lesquelles la propreté, la restauration de collectivités, la prévention et la sécurité...) ;
- es cas suivants de mise à disposition d'un salarié temporaire auprès d'une entreprise utilisatrice :
 - lorsque la mission de travail temporaire vise à favoriser le recrutement de personnes sans emploi rencontrant des difficultés sociales et professionnelles particulières,
 - lorsque l'entreprise de travail temporaire et l'entreprise utilisatrice s'engagent à assurer un complément de formation professionnelle au salarié ;
- a rémunération minimale du salarié porté et le montant de l'indemnité d'apport d'affaire.

La conclusion d'un accord d'entreprise sur ces thématiques ne permettra pas de mettre fin de façon anticipée aux dispositions conventionnelles applicables aux salariés transférés, sauf situation d'équivalence des garanties.

Que signifie cette situation d'équivalence de garanties ?

Selon la Direction générale du travail, l'équivalence de garantie collective ⁽¹¹⁾ « s'apprécie par matière. Par matière, on entend chacun des alinéas numérotés de l'article L. 2253-1 et chacun des alinéas de l'article L. 2253-2 apprécié dans sa globalité. L'équivalence s'apprécie pour chaque alinéa et par rapport à la collectivité de salariés. Bien que nouvelle dans le Code du travail, cette notion ne diffère pas du principe de faveur dans l'appréciation qu'elle implique des différents niveaux conventionnels à mettre en balance. Seulement l'appréciation des garanties se fera de manière plus globale, la seule différence résidant dans le fait que le niveau inférieur peut désormais « faire aussi bien », alors qu'il devait « faire mieux » sous l'empire du principe de faveur. Lorsqu'un accord d'entreprise entend mettre en œuvre ce principe d'équivalence des garanties, et ainsi prévoir des stipulations différentes de l'accord de branche dans une matière relevant de sa primauté, il est nécessaire que l'accord d'entreprise le prévienne expressément ».

Ainsi, dans les matières sus énoncées, un accord d'entreprise pourra, « pris dans sa globalité », consentir aux salariés des garanties au moins équivalentes aux stipulations d'une convention collective.

Cette notion d'équivalence des garanties doit être utilisée avec la plus grande circonspection en l'absence de définition précise : elle peut permettre cependant d'adapter les dispositions d'une convention collective automatiquement mise en cause au jour du transfert au dispositif conventionnel applicable chez le nouvel employeur. ◆

Bloc 2 ⁽¹¹⁾

Il comprend quatre thèmes énoncés à l'article L. 2253-2 du Code du travail pour lesquels **la convention collective prévaut sur l'accord d'entreprise, à la condition que la branche le prévoit expressément** (clauses dites de « verrouillage »). Les thèmes visés sont les suivants :

- la prévention des effets de l'exposition aux facteurs de risques professionnels énumérés à l'article L. 4161-1 du Code du travail ;

(10) Mentionnées à l'article L. 1221-21 du Code du travail.

(11) « La négociation collective en 2017 », éd. 2018, p. 205.

- l'insertion professionnelle et le maintien dans l'emploi des travailleurs handicapés ;
- l'effectif à partir duquel les délégués syndicaux peuvent être désignés, leur nombre et la valorisation de leur parcours syndical ;
- les primes pour travaux dangereux ou insalubres.

En l'absence de clause de « verrouillage », un accord d'entreprise pourra utilement, dans ces quatre thématiques, adapter les dispositions issues d'une convention collective mise en cause dans un sens moins favorable aux salariés et ainsi mettre fin immédiatement à son application.

En présence d'une clause de verrouillage, l'accord d'entreprise conclu au sein de l'entreprise cessionnaire devra offrir aux salariés transférés des garanties au moins équivalentes.

Bloc 3

Il comprend tous les autres thèmes (et est, de ce fait, extrêmement large), pour lesquels **l'accord d'entreprise prime sur l'accord de branche.**

Le champ laissé à la liberté des négociateurs d'entreprise est considérable, puisqu'il est permis de traiter quasiment tous les sujets en s'affranchissant de la convention collective (temps de travail, système de primes, formation, GPEC, dialogue social...)

Pour autant, la rédaction de l'accord d'entreprise « *dérogeant* » ou plus exactement s'affranchissant de l'accord de branche doit être particulièrement fine, car seules les stipulations de l'accord d'entreprise ayant le même objet que celles de l'accord de branche prévaudront sur ce dernier.

Il faut donc être particulièrement attentif dans la rédaction de l'accord d'entreprise et respecter une stricte identité d'objet entre les stipulations de l'accord d'entreprise et celles de l'accord de branche.

Toute la difficulté tient au fait que le Code du travail ne définit pas ce qu'il faut entendre par identité d'objet.

Or, selon l'interprétation retenue, il peut s'agir des mesures qui se rattachent à un même thème (la durée du travail, les primes, l'ancienneté...) ou des stipulations qui traitent d'un avantage spécifique à l'intérieur d'un même thème (la prime d'ancienneté prévue par l'accord d'entreprise versus la prime d'ancienneté prévue par l'accord de branche ; le régime de congé d'entreprise versus celui de la branche...).

La conclusion d'un accord de substitution anticipé sur les thématiques des blocs 2 (en l'absence de clause de verrouillage) ou 3 permettrait d'évoquer l'ensemble des avantages salariaux issus d'une convention collective, afin de les revoir à la baisse et éviter, dès le jour de la fusion, un cumul d'avantages.

Reste que la conclusion d'un accord d'entreprise ne permet pas de modifier des règles incorporées au contrat de travail. : seul un accord de performance collective permettrait de toucher au contrat de travail sans recourir à l'accord individuel des salariés concernés. ◆

