

Document 12 de 13

La Semaine Juridique Social n° 44, 31 Octobre 2006, 1858

Le devenir des régimes de retraite supplémentaire et de prévoyance lors de fusions d'entreprises

**Etude par Haïba Ouaiissi
Docteur en droit
Chargé d'enseignement à l'Université Paris XIII
Avocat**

Protection sociale complémentaire

Sommaire

Régimes de retraite supplémentaire et de prévoyance sont affectés par les opérations de fusions d'entreprises. Mais la règle juridique embrasse difficilement l'ensemble des situations nées de telles opérations. Si bien qu'en pratique, la voie conventionnelle est l'issue privilégiée. Une réforme des régimes de protection sociale, assise sur des concepts conventionnels, mérite d'être envisagée.

1. - Les régimes de retraite supplémentaire et de prévoyance constituent aujourd'hui un outil de politique sociale en plein essor. De plus en plus de salariés négocient, lors de leur embauche ou à l'occasion d'une promotion, leur rattachement à une mutuelle ou à un régime de retraite supplémentaire. Il est indéniable que les difficultés que connaît le régime légal de protection sociale favorisent le développement de ces régimes conventionnels. Néanmoins, la pérennité des régimes de retraite supplémentaire et de prévoyance passe par la maîtrise de ces avantages conventionnels. Il est indispensable que l'entreprise puisse à tout moment modifier, réviser le régime de retraite supplémentaire ou de prévoyance mis en place afin d'en maîtriser les coûts en fonction de l'évolution de la population salariée ou de l'évolution de la situation économique, juridique ou financière de l'entreprise. Ainsi, le sort de ces régimes à l'occasion d'opérations de fusion constitue une importante préoccupation. En effet, la modification du périmètre de la société aura nécessairement une incidence sur les régimes de retraite supplémentaire et/ou de prévoyance existants dans l'une des sociétés qui fusionnent : ces régimes peuvent être maintenus, une simple modification pouvant s'avérer suffisante, mais ils peuvent aussi être remaniés en profondeur et harmonisés, notamment lorsque plusieurs entreprises sont concernées.

La question du sort de ces régimes va se poser : faut-il maintenir ou harmoniser les avantages offerts aux personnels des différentes entités (ou aux différentes catégories de personnel au sein d'une même entité) ? Dans l'affirmative se pose ensuite la question du niveau d'harmonisation : intéresse-t-elle tout ou partie des garanties sociales ? Quelle est la procédure applicable ? Dans quelle mesure le contrat d'assurance est-il affecté ?... Autant de questions auxquelles les entreprises devront trouver des réponses dans un contexte législatif vraisemblablement inadapté. Quelle que soit la procédure envisagée pour harmoniser les régimes visés (1), l'opération emportera des conséquences sur le niveau des prestations (2).

1. Conséquences de l'opération de fusion sur les régimes de protection sociale complémentaire

2. - À l'occasion de la fusion de deux entreprises (ou davantage), le régime de protection sociale en vigueur peut être maintenu tel quel dans la nouvelle entreprise ou harmonisé avec les régimes existants dans les différentes entités restructurées. Dans le premier cas, l'entreprise restructurée peut décider de laisser la situation en l'état, et superposer les différents régimes. Théoriquement possible, cette solution emporte en pratique une certaine complexité dans la mesure où les salariés transférés pourront revendiquer le bénéfice de l'ensemble des garanties collectives en vigueur chez leur nouvel employeur. C'est pourquoi, d'une manière générale, les entreprises optent pour la seconde solution : l'harmonisa-

tion des différents statuts collectifs. Cette harmonisation nécessite de qualifier juridiquement les actes à l'origine des obligations des anciens employeurs envers les salariés transférés au sein de la nouvelle entreprise. Il s'agira pour cette dernière d'unifier l'ensemble des engagements des anciens employeurs. Le sort de la couverture de protection sociale complémentaire dépend de règles distinctes selon la source des régimes concernés : accord collectif (A), référendum ou décision unilatérale (B). Se posera par ailleurs la question des éventuels droits acquis (C).

A. - Sort du régime de retraite supplémentaire et de prévoyance mis en place par accord d'entreprise

3. - Le sort des régimes de protection sociale en cas de fusion nécessite d'envisager les différentes hypothèses de conflit entre les régimes existants dans les sociétés concernées.

4. - Un régime institué par accord collectif au sein de la société absorbante - en l'absence de tout régime dans la société absorbée - a vocation à s'appliquer aux salariés de cette dernière dès la date de reprise des contrats de travail par le nouvel employeur. À l'inverse, lorsque l'entreprise absorbante ne possède aucun régime, le maintien du régime existant au sein de l'entreprise absorbée ne soulève pas de difficultés particulières. Il suffit de faire appel au support juridique l'ayant institué pour étendre conventionnellement ce régime à l'ensemble des salariés de la nouvelle société^{Note 1} (via un accord collectif, un référendum ou une décision unilatérale conformément aux règles de substitution)^{Note 2}.

5. - La situation est plus délicate en cas de concours de régimes. L'existence d'un régime collectif dans la société absorbée emporte maintien de ce régime au sein de la société absorbante pour une durée légalement limitée à quinze mois (C. trav., art. L. 132-8). Durant cette période, les salariés de l'entreprise absorbée auront le choix entre les deux régimes collectifs en présence au sein de la société absorbante. Si l'employeur souhaite une uniformisation des deux régimes, devront être engagées deux négociations : l'une au sein de l'entreprise pour la signature d'un nouvel accord, l'autre avec les organismes assureurs pour la mise en place d'un contrat unifié. Cette double négociation met en évidence la prééminence de la voie conventionnelle à l'occasion d'opérations de fusion. Au sein de la nouvelle entreprise, l'employeur et les organisations syndicales représentatives pourront conclure un accord d'adaptation ou de substitution (C. trav., art. L. 132-8, al. 7). Cette issue conventionnelle nécessite l'information et la consultation du comité d'entreprise sur l'ouverture des négociations préalablement à la modification des régimes^{Note 3}. Durant cette période de survie conventionnelle, l'entreprise absorbante devra maintenir l'ensemble de ses engagements et éventuellement poursuivre le versement des cotisations auprès de l'organisme assureur. De son côté, l'organisme assureur doit continuer à verser aux salariés les prestations dues. Au terme de ce délai et faute d'un nouvel accord, le régime disparaît. Cette procédure est également applicable lorsque l'entreprise absorbante souhaite mettre fin à son propre régime de protection sociale complémentaire^{Note 4}. Il y a alors lieu de résilier les contrats en cours auprès de l'organisme assureur en respectant les délais de résiliation. Les salariés, à partir de cette date, conservent en théorie les avantages individuels acquis^{Note 5}. Dans le cas où le nouvel employeur souhaiterait éviter que des salariés puissent revendiquer d'éventuels avantages acquis, devra être conclu un accord de substitution dans lequel sera prévue l'harmonisation du statut des salariés transférés avec celui des salariés de la société d'accueil^{Note 6}.

6. - L'harmonisation des statuts collectifs en présence dans la nouvelle structure appelle une nécessaire harmonisation entre le contrat d'assurance et le régime de protection sociale complémentaire puisque l'employeur est tenu envers les salariés de respecter les engagements pris dans le régime. Le cas échéant, une différence concernant les prestations entre le contrat et le régime pourrait s'avérer extrêmement coûteuse pour l'entreprise.

B. - Sort du régime de retraite supplémentaire et de prévoyance mis en place par référendum ou par décision unilatérale

7. - D'une opération de fusion peut résulter la nécessité de procéder à une harmonisation des régimes en présence. Le législateur n'a pas prévu les conditions d'application aux salariés de la société absorbée d'un régime de protection sociale complémentaire mis en place par décision unilatérale ou référendum au sein de la société absorbante. En effet, l'article L. 911-5 du Code de la sécurité sociale renvoie à un décret d'application le soin de préciser les conditions de modification et de mise en cause lors d'une fusion. Le décret n'étant, à ce jour, pas encore paru (plus d'une douzaine d'années après l'adoption de la loi !)^{Note 7}, la jurisprudence transpose aux régimes de protection sociale complémentaire les règles de droit commun applicables à la décision unilatérale ou à l'usage en droit du travail. Ainsi, la jurisprudence a posé le

principe selon lequel le régime de protection sociale complémentaire résultant d'une décision unilatérale ou d'un référendum n'est pas automatiquement remis en cause à l'occasion de l'opération de fusion et se poursuit pour une durée indéterminée chez le nouvel employeur^{Note 8}. À la date de prise d'effet de l'opération de fusion, les salariés transférés acquièrent immédiatement la qualité de salariés de l'entreprise d'accueil et peuvent, à ce titre, revendiquer le bénéfice du statut collectif existant dans cette entreprise. Toutefois, ils conservent aussi l'intégralité du statut collectif qui existait au sein de leur entreprise d'origine. Il y aura donc coexistence de deux statuts. De jurisprudence constante, l'engagement de retraite ou de prévoyance pris par l'employeur d'origine est opposable à la société d'accueil^{Note 9}. Les salariés pourront ainsi adopter une attitude de « shopping social », en particulier lorsqu'il existe une différence entre les régimes en présence. Illustration en est offerte lorsque le régime de la société absorbée prévoit le financement d'une prestation alors que celui de la société absorbante en prévoit la gratuité : les salariés de la société absorbée pourront réclamer la gratuité de la couverture pour cette prestation sans que la société absorbante puisse leur opposer l'inexistence d'une telle stipulation dans leur régime d'origine. Les régimes mis en place par usage, décision unilatérale ou accord adopté par référendum demeurent en vigueur au sein de la nouvelle entreprise tant qu'ils n'ont pas été dénoncés. Si l'entreprise souhaite unifier le régime, il sera, en premier lieu, nécessaire de dénoncer le régime résultant d'un référendum^{Note 10} ou d'une décision unilatérale^{Note 11} en respectant les règles suivantes : information et consultation du comité d'entreprise^{Note 12}, information individuelle des salariés concernés, respect d'un délai de prévenance pour permettre d'éventuelles négociations^{Note 13}. Une fois cette dénonciation effectuée, le jeu conventionnel prendra place : une nouvelle négociation débutera en vue de conclure un accord collectif qui s'imposera à tous. L'employeur peut également organiser un référendum commun, celui-ci ayant le même caractère obligatoire qu'un accord collectif^{Note 14}. La coexistence de plusieurs statuts sociaux au sein d'une même entreprise est de nature à soulever nombre de difficultés pratiques. Une telle situation peut s'avérer extrêmement coûteuse pour l'entreprise surtout lorsqu'elle n'aura pas externalisé ses engagements et qu'elle devra faire face à des prestations de prévoyance dites « lourdes » telles que celles liées au décès ou à l'invalidité. L'entreprise se comportera alors comme son propre assureur pour la différence existant entre son régime et celui de la société absorbée^{Note 15}. « Certaines techniques contractuelles permettent de limiter les écarts qui peuvent se creuser entre le régime de prévoyance ou de retraite supplémentaire tels qu'ils résultent de la norme collective applicable dans les relations entre employeur et salariés, d'une part, et le contrat d'assurance, d'autre part. Ce dernier peut notamment figurer en annexe de la première (convention collective, accord référendaire, décision unilatérale) qui y renverra »^{Note 16}.

8. - En pratique, les entreprises absorbantes tentent souvent de faire participer financièrement les salariés transférés par le biais d'une cotisation équivalente à celle versée par les salariés de l'entreprise absorbante^{Note 17}. S'est posée la question de la possibilité pour les salariés transférés de refuser le cofinancement d'un régime mis en place par décision unilatérale dans l'entreprise d'accueil. La Cour de cassation a admis que : les salariés dont les contrats de travail sont transférés à un nouvel employeur (entreprise absorbante) par application de l'article L. 122-12 du Code du travail peuvent refuser l'adhésion au régime de protection sociale complémentaire souscrit antérieurement à l'opération de fusion par voie de décision unilatérale^{Note 18}. Cette jurisprudence est fondée sur l'article 11 de la loi *Évin*^{Note 19} en vertu duquel un employeur ne peut imposer aux salariés de cotiser à un régime mis en place par décision unilatérale. La Cour de cassation a donc estimé que les salariés transférés pouvaient invoquer la prise en compte de l'ancienneté acquise auprès de leur précédent employeur afin de bénéficier des dispositions de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1989. Le nouvel employeur ne pourra pas leur imposer de cotiser à un système de garanties collectives mis en place par une décision unilatérale puisqu'ils seront considérés comme employés dans l'entreprise avant la décision de l'employeur^{Note 20}. Ainsi, la Cour de cassation use d'une fiction juridique pour appliquer l'article 11 de la loi *Évin* aux salariés transférés. Néanmoins, le nouvel employeur pourrait rendre obligatoire la cotisation en optant pour une source de droit de valeur supérieure, à savoir en concluant un accord collectif avec les organisations syndicales représentatives. Cette jurisprudence semble transposable aux salariés transférés dans une entreprise où il existe un régime institué par accord référendaire ne visant qu'une partie des salariés, ceux ayant accepté le régime. Dans cette éventualité, les salariés transférés seraient fondés à faire valoir leur ancienneté auprès de leur ancien employeur pour ne pas adhérer au régime existant chez le nouveau. Ils seraient alors réputés présents lors de la ratification de l'accord référendaire par une partie des salariés. L'acceptation devant être expresse, le régime ne leur serait pas applicable.

9. - Par ailleurs, il convient de préciser qu'à la suite d'une opération de fusion, les salariés pourront toujours, sur le fondement d'une éventuelle contractualisation, revendiquer le bénéfice du régime lorsque la rédaction de leur contrat de travail fait clairement référence à l'organisme assureur et au régime de prévoyance. Toutefois, lorsque la clause relative à l'assureur est purement informative et renvoie au statut collectif, la revendication des salariés peut être écartée. En effet, « la seule référence dans le contrat individuel des salariés à l'existence d'un système de retraite n'impliqu[e] pas que ce régime de retraite [est] un élément du contrat de travail des salariés »^{Note 21}. Dès lors, le régime de protection so-

ciale complémentaire pourra être supprimé. Cette suppression soulève néanmoins une question épineuse, celle des droits acquis^{Note 22}.

C. - La question des droits acquis

10. - L'extinction des régimes de protection sociale a nécessairement des incidences sur les droits à prestation ou à pension des salariés. La difficulté est de savoir si les salariés peuvent revendiquer des droits acquis à la suite de l'extinction des régimes de protection sociale complémentaire. Le législateur n'a pas défini la notion d'avantage individuel acquis. « Faute de textes suffisamment précis, il est difficile de déterminer avec certitude non seulement quels sont les avantages qui doivent être maintenus, mais aussi dans quelles situations ils doivent l'être »^{Note 23}. La notion d'avantage individuel acquis diffère selon le type de régime concerné : régime de retraite supplémentaire (1°) ou de prévoyance (2°).

1° Droits acquis au titre des régimes de retraite par capitalisation

11. - Dans le silence des textes, la notion d'avantage individuel acquis en matière de régime de retraite supplémentaire a fait l'objet d'appréciations doctrinales divergentes^{Note 24}. Partant d'une analyse théorique fondée sur plusieurs éléments dont l'article L. 913-2 du Code de la sécurité sociale et le principe de constitution d'un provisionnement pour garantir les droits des salariés, certains auteurs estiment qu'en présence d'un régime à prestations définies, « tout cadre salarié d'entreprise entrant dans le champ d'application d'un dispositif de retraite « chapeau »^{Note 25} peut revendiquer le bénéfice de droits acquis au prorata de son temps de présence, nonobstant son éviction prématurée de l'entreprise »^{Note 26}. Une partie de la doctrine considère également que les salariés peuvent se prévaloir de droits acquis dans un régime de retraite « chapeau » même s'ils ne remplissent pas les conditions d'ancienneté ou de présence dans l'entreprise au moment de la liquidation de la retraite^{Note 27}. Cette analyse est justifiée par une interprétation de l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale relatif à « la constitution d'avantages sous forme de pension de retraite » et de l'article L. 913-2 du même Code qui se résume ainsi : « les droits à retraite se constituent progressivement au cours de la carrière du salarié en fonction des règles propres à chaque couverture de retraite. Le droit à cette forme de rémunération différée dans le temps qu'est la retraite, est constitué définitivement pendant la période d'activité du salarié. La liquidation de la pension devient, dans ces conditions, une opération essentiellement matérielle. Elle est la conséquence de situations juridiques passées qui, ayant épuisé leurs effets, sont devenues définitives et ne peuvent plus être mises en cause. C'est cette dernière conception qui a inspiré le législateur à l'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale (...). C'est aussi celle que le législateur a retenue en ce qui concerne l'obligation partielle de provisionnement qui, désormais, pèse sur les institutions de retraite supplémentaire »^{Note 28}. Cette analyse est discutable à plusieurs égards. D'abord parce que les objectifs comptables ne sont créateurs d'aucun droit « acquis » envers les salariés. En effet, l'obligation de provisionnement n'a aucune incidence sur la qualification juridique des droits de ces derniers. Sur ce point, un auteur relève très justement que « le constat d'une provision n'établit nullement ni l'existence d'une dette certaine de l'entreprise, ni l'acquisition d'une créance par le salarié »^{Note 29}. Ensuite parce que si l'article L. 913-2 du Code de la sécurité sociale envisage les « droits acquis ou en cours d'acquisition » à des prestations de retraite, aucune disposition légale n'indique ce qu'il faut entendre par là^{Note 30}.

12. - Si la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur la notion d'avantage individuel acquis en matière de retraite à cotisations définies^{Note 31}, il convient néanmoins d'admettre qu'un droit éventuel se mue en droit acquis (...) en matière de retraite supplémentaire (...) progressivement au cours de la carrière du cotisant (pour les régimes à cotisations définies) »^{Note 32}. L'avantage pourrait alors correspondre au montant des cotisations prises en charge par l'employeur et les salariés pourraient revendiquer le versement des cotisations au titre des avantages individuels acquis. En l'absence de confirmation jurisprudentielle de cette thèse, il n'est pas exclu que les parties la retiennent conventionnellement.

13. - À l'inverse, plusieurs décisions ont précisé ce qu'il faut entendre par droits acquis au sein d'un régime de retraite supplémentaire à prestations définies^{Note 33}. Les solutions dégagées en matière de régime de retraite par capitalisation se rapprochent de celles applicables aux régimes de retraite par répartition^{Note 34}. La Cour de cassation s'est prononcée pour la première fois le 28 mai 2002 sur la notion d'avantages acquis en matière de retraite à prestations définies. À la suite d'un accord d'entreprise instituant un régime de retraite supplémentaire à prestations définies signé en 1973, l'employeur avait conclu un nouvel accord, en septembre 1994 - avec effet au 1er janvier 1995 - modifiant notamment le montant du complément de pension. Après avoir liquidé leur retraite en 1995, trois salariés ont estimé qu'ils avaient un droit acquis à la liquidation de leur pension complémentaire calculée sur le régime institué par l'accord de 1973. Les juges d'appel ont considéré que les salariés avaient un droit à prestation de retraite acquis sur la base de l'accord de 1973 qui ne pou-

vait être modifié rétroactivement par l'accord de 1994. La Cour de cassation a censuré cette décision en soulignant que : « hormis la rente viagère financée par leurs propres cotisations, les salariés, dont l'admission à la retraite était postérieure à la date d'entrée en vigueur du nouveau régime (...) n'ont aucun droit acquis à bénéficier d'une liquidation de leur retraite supplémentaire selon les modalités de [l'ancien] régime, dont **les prestations, quoique définies, n'étaient pas garanties** »^{Note 35}. Statuant sur renvoi, la cour d'appel de Lyon a confirmé cette solution^{Note 36}. Elle a jugé que le nouveau régime de retraite à prestations définies institué par accord collectif - moins favorable que le précédent - était opposable à l'ensemble des salariés n'ayant pas liquidé leur retraite à la date d'entrée en vigueur de la nouvelle convention collective. Dans la mesure où les droits de ces salariés n'étaient pas encore ouverts, ils ne constituaient pas un avantage acquis. La liquidation de la retraite constitue la condition de détermination de la créance. Il peut se déduire de ces décisions^{Note 37} que la jurisprudence se prononce implicitement en faveur de la règle d'intangibilité des droits à la retraite à l'égard des retraités. La Cour de cassation s'est prononcée le 30 avril 2003^{Note 38} à propos du droit pour un salarié licencié de bénéficier d'un régime à prestations définies - « chapeau » - conditionné par la présence du salarié au jour de la liquidation de la retraite. La Cour de cassation a estimé qu'à la suite du licenciement du salarié, la condition d'attribution de la retraite n'était plus remplie : « **à la date où les conditions d'ouverture de la retraite supplémentaire auraient été réunies par M. X, (...) celui-ci n'était plus salarié de l'entreprise** ». Récemment confirmée par la Cour de cassation^{Note 39}, cette lecture n'est pas novatrice puisqu'une partie de la doctrine estimait que seuls les retraités - ou, comme en l'espèce, les salariés présents dans l'entreprise au jour de la liquidation de la retraite - pouvaient revendiquer un droit à prestation^{Note 40}. Un auteur affirmait qu'il « est possible de considérer que l'engagement pris par l'employeur à l'égard de ses salariés ne conduit à offrir aux salariés aucune garantie au motif que l'avantage ne naît pas au cours de l'exécution du contrat de travail mais de la rupture du contrat de travail »^{Note 41}. Lors de l'extinction des régimes de retraite à prestations définies, les salariés n'acquiescent pas de droits acquis tout au long de leur carrière mais uniquement au jour de la liquidation de leur retraite^{Note 42}.

14. - La difficulté à identifier la notion d'« avantage individuel acquis » est également présente lorsqu'il s'agit des régimes de prévoyance.

2° Droits acquis au titre des garanties de prévoyance

15. - Le législateur n'a pas précisé ce qu'il fallait entendre par « avantage individuel acquis » en matière de prévoyance. La nature des régimes de prévoyance n'aide pas à y voir plus clair. Les régimes de prévoyance offrent aux salariés un triple avantage : un financement patronal, le versement de prestations et l'existence d'une couverture (le financement et la garantie). En cas de suppression du régime, sur lequel de ces avantages portera le droit du salarié à « avantage individuel acquis » ? Cette question a fait l'objet du long débat - toujours d'actualité - concernant l'application des dispositions du Code du travail aux avantages de retraite et de prévoyance^{Note 43}. À la suite d'une opération de fusion, la révision ou la dénonciation d'un régime de prévoyance peut être à l'origine d'une réduction des droits des salariés. Or, les dispositions légales actuelles apparaissent inadaptées au sort des droits issus d'un régime de prévoyance. En effet, « en cas de révision d'une convention collective ou d'un accord de retraite ou de prévoyance, l'application du droit du travail (C. trav., art. L. 132-7 et L. 132-8) ne permet pas une protection suffisante des droits individuels acquis mais n'ayant pas encore donné lieu à l'attribution d'une pension, d'autant que l'article L. 132-8 du Code du travail vise les salariés et non les retraités »^{Note 44}. En effet, la jurisprudence n'ayant pas apporté de solution sur ce point, la doctrine s'est intéressée à la question. Un auteur a précisé à juste titre qu'« un droit éventuel se mue en droit acquis, en matière de prévoyance, à la date de la réalisation du risque et des conditions conventionnelles (expiration du délai de carence...) »^{Note 45}. Il est en effet possible de considérer que l'avantage individuel acquis est constitué lorsque le risque est intervenu. Cette analyse semble se rapprocher de la position développée par la Cour de cassation en matière de retraite, position en vertu de laquelle les droits des salariés naissent au jour de la liquidation de la pension. C'est donc à la jurisprudence qu'il revient de déterminer précisément ce qu'il faut entendre par « avantage individuel acquis » en matière de prévoyance. Quel que soit le régime de protection sociale en cause, le constat d'inefficacité et d'imprécision des dispositions légales s'impose.

2. Conséquences de l'opération de fusion sur le niveau des prestations

16. - Pour des raisons liées au coût financier de gestion des régimes, l'engagement de l'employeur pour la mise en place d'un régime de protection sociale complémentaire donne souvent lieu à la souscription d'un contrat auprès d'une société d'assurance, d'une mutuelle, d'une institution de prévoyance ou de retraite supplémentaire^{Note 46}. En principe, l'organisme avec lequel l'entreprise a conclu le contrat se doit d'assurer la gestion du régime et de verser aux salariés les prestations fixées dans le contrat : il s'agit d'une relation tripartite. Elle permet aux salariés d'agir à l'encontre de l'organisme pour

toute question relative au versement de leurs droits. Toutefois, l'organisme assureur ne sera tenu envers les salariés qu'au versement des prestations convenues dans le contrat. Toute différence entre le contrat et l'engagement de l'employeur envers ses salariés imposera à l'employeur de compléter les prestations versées par l'organisme gestionnaire afin de se conformer à ses engagements conventionnels. L'employeur a un double statut : il agit en qualité de souscripteur du contrat d'assurance vis-à-vis de l'organisme assureur, d'une part, et en qualité d'employeur modifiant le statut collectif des salariés, d'autre part. Le risque principal est que l'employeur devienne son propre assureur. En effet, l'employeur sera personnellement débiteur des prestations dès lors que son engagement vis-à-vis des salariés sera modifié alors que le contrat d'assurance ne prévoira que les engagements initiaux. Une telle situation peut s'avérer nuisible pour la survie de l'entreprise. C'est pourquoi, lors de la modification des régimes, l'entreprise doit être particulièrement attentive au contenu du contrat de prévoyance. À cette nécessaire symétrie entre le contrat et le régime s'ajoutent les incidences de la modification du contrat ou du régime sur certaines prestations^{Note 47}. Toute modification des engagements conventionnels de l'employeur doit prendre en considération le maintien de certaines garanties légales ou conventionnelles par delà l'opération de fusion (A). Le législateur a également prévu certaines obligations en cas de changement d'organisme assureur (B). Les opérations de fusion emportant transfert de propriété de l'entreprise doivent par ailleurs répondre à une obligation de transfert du contrat de prévoyance ou de retraite (C).

A. - Garantie des droits en cas de modification d'un régime de protection sociale complémentaire

17. - Par delà l'opération de fusion, les législateurs communautaire et français envisagent le maintien de certaines prestations offertes aux salariés tout en laissant le soin à la voie conventionnelle de fixer les modalités d'application de ces obligations (1°). L'obligation de constituer des provisions en est le garde-fou (2°).

1° Maintien des droits à prestation de retraite

18. - La directive du 12 mars 2001^{Note 48} concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements impose aux États de protéger les « *droits acquis ou en cours d'acquisition* » aux prestations de retraite des travailleurs transférés. « Le législateur européen ayant voulu éviter à l'employeur cessionnaire une charge financière jugée trop onéreuse, l'article 3, § 3, de la directive précise que celui-ci n'est pas tenu par les régimes complémentaires professionnels ou interprofessionnels existants en dehors des régimes légaux de sécurité sociale concernant les prestations de vieillesse, d'invalidité ou de survivants. Le texte communautaire impose seulement aux États membres l'adoption de mesures destinées à protéger les droits acquis et en cours d'acquisition des salariés du cédant, en matière de prestation vieillesse et de survie »^{Note 49}. Cet impératif communautaire ne semble pas avoir été transposé efficacement en droit interne. Il suffit pour s'en convaincre de s'intéresser aux quelques dispositions légales qui contraignent, peu ou prou, l'employeur en ce sens. C'est ainsi qu'un auteur affirme que « ce que la loi du 31 décembre 1989, dite loi *Évin*, a fait dans le domaine de la prévoyance, la loi *Veil* relative à la protection sociale complémentaire a été incapable de le faire dans le domaine des opérations de retraite supplémentaire »^{Note 50}. L'article L. 913-2 du Code de la sécurité sociale se borne à prévoir la nullité des clauses « *entraînant la perte des droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de retraite (...) des salariés ou anciens salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ou de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements à un autre employeur, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion* » sans indiquer les obligations que doit remplir l'employeur pour préserver les droits des salariés bénéficiant d'un régime de retraite supplémentaire^{Note 51}.

2° Obligation de constituer des provisions

19. - La préservation des droits emporte obligation légale pour les institutions de retraite supplémentaire^{Note 52} de constituer des provisions par des actifs équivalents pour couvrir les engagements pris à l'égard de membres participants et bénéficiaires (CSS, art. L. 941-2. - V. égal., C. com., art. L. 123-13). La portée de cette obligation est en pratique source de difficultés. En effet, l'efficacité de cette règle est à relativiser puisque l'engagement de l'entreprise ne porte que sur le versement d'une cotisation, non sur les prestations. L'employeur n'a pas l'obligation de payer des cotisations complémentaires lorsque le fonds dans lequel l'entreprise verse les cotisations n'a pas suffisamment d'actifs pour servir toutes les pensions surcomplémentaires. Que se passera-t-il si l'employeur, à la suite d'une opération de fusion, omet de déclarer un salarié dans le contrat d'assurance ou lorsque l'organisme assureur n'est pas en mesure de tenir ses engagements ?

20. - Dans les régimes à adhésion obligatoire, l'omission de paiement des cotisations en application d'une obligation conventionnelle engage la responsabilité contractuelle de l'employeur envers ses salariés. L'employeur sera alors tenu d'indemniser la perte des droits à prestation des salariés.

21. - Les régimes à adhésion facultative appellent une solution différente. En effet, dans ce type de régimes, « les souscripteurs d'opérations collectives étant, pour l'exécution du contrat ou de la convention, réputés agir à l'égard des assurés ou des adhérents pour le compte de l'organisme qui délivre la garantie, c'est cet organisme qui, en tout état de cause, couvre les intéressés des conséquences de la garantie par lui délivrée. Toutefois, si l'absence de garantie d'un assuré ou d'un adhérent est imputable à une faute personnelle du souscripteur, c'est la responsabilité délictuelle de ce dernier qui doit être mise en cause »^{Note 53}.

22. - Sur le modèle de l'AGS, certains auteurs préconisent la création d'un « Fonds national de garantie ». Cette instance aurait pour mission « d'assurer le service des prestations complémentaires dues aux assurés et adhérents, au cas de difficultés ou de déconfiture d'un organisme assureur, ce fonds étant ensuite subrogé dans les droits des personnes indemniées »^{Note 54}.

En définitive, le législateur a institué certaines obligations de maintien de garanties sans en prévoir les modalités d'application.

B. - Maintien des prestations de prévoyance en cas de changement d'organisme assureur

23. - La modification ou l'harmonisation des régimes à l'occasion des opérations de fusion appelle souvent un changement d'organisme assureur. En effet, les opérations de fusion entre plusieurs entreprises nécessitent d'opter pour une couverture des risques de l'ensemble du personnel auprès d'un même organisme assureur. Ce changement d'organisme assureur peut être synonyme de suppression des prestations dont bénéficiaient les salariés. C'est pourquoi, à la suite d'un tel changement, le législateur met à la charge des parties au contrat d'assurance certaines obligations d'information (1°) et de maintien des prestations (2°) en complément de celles évoquées précédemment.

1° Obligation d'information

24. - Le changement d'organisme assureur nécessite la remise d'une nouvelle notice d'information et le respect de certaines règles pour les salariés en incapacité ou en invalidité au jour du changement. Très souvent, l'entreprise omet de remettre une nouvelle notice à la suite d'une opération de fusion. Cette situation peut s'avérer source de contentieux, surtout en cas de changement d'organisme assureur ou de modification des prestations. En effet, conformément à l'article 12 de la loi *Évin*^{Note 55}, le souscripteur d'une convention ou d'un contrat conclu avec une société d'assurance, une institution de prévoyance ou une mutuelle^{Note 56} doit remettre à l'adhérent, l'assuré ou le participant une notice d'information détaillée. Fournie par l'organisme assureur, cette notice précise notamment les garanties de prévoyance prévues par la convention ou le contrat et leurs modalités d'application : « la notice d'information tenue à la disposition de l'adhérent d'un contrat d'assurance de groupe doit résumer de manière **très précise** les droits et obligations de chacune des parties. **Les clauses du contrat qui sont plus restrictives que celles de la notice sont inopposables à l'adhérent** »^{Note 57}. Cette notice est d'une importance primordiale puisque l'adhérent ne pourra se voir appliquer que les conditions et les exclusions contenues dans la notice d'information qu'il aura signée^{Note 58}. La Cour de cassation a en effet jugé que « dès lors que l'assuré a apposé sa signature sous la mention imprimée selon laquelle il reconnaissait avoir reçu une notice d'information, les clauses figurant dans cette notice, dont il a *a fortiori* eu connaissance, lui sont opposables »^{Note 59}. C'est pourquoi, à l'occasion d'opérations de fusion, une nouvelle notice doit être remise aux salariés dès lors que leurs droits sont modifiés. Pour être opposable la notice doit être remise par le souscripteur, c'est-à-dire par l'employeur^{Note 60}. La charge de la preuve incombe à ce dernier^{Note 61}. Toute modification moins favorable est inopposable aux salariés ou à leurs ayants droit et engage la responsabilité de l'employeur^{Note 62}. Une information insuffisante est également de nature à engager la responsabilité de l'employeur^{Note 63}. À cette obligation d'information s'ajoutent d'autres obligations à la charge de l'employeur et de l'organisme assureur.

2° Maintien des prestations de prévoyance

25. - Le législateur a prévu une obligation de maintien des prestations de prévoyance à la charge de l'employeur (a) et de l'organisme assureur (b), obligation assortie d'une sanction (c).

a) Poursuite de la revalorisation des rentes : une obligation à la charge de l'employeur

26. - Obligation est faite à l'employeur, en vertu de l'article L. 912-3 du Code de la sécurité sociale, d'assurer, en cas de changement d'organisme assureur, la poursuite de la revalorisation des rentes en cours de service et le maintien de la garantie décès pour les bénéficiaires de rentes d'incapacité de travail ou d'invalidité. La revalorisation des bases de calcul des différentes prestations relatives à la couverture du risque décès doit être au moins égale à celle déterminée par le contrat de l'organisme assureur qui a fait l'objet d'une résiliation^{Note 64}. L'article L. 912-3 du Code de la sécurité sociale impose donc à l'employeur quatre obligations en cas de changement d'organisme assureur : la première concerne la poursuite de la revalorisation des prestations incapacité ou invalidité, à un niveau au moins égal à celui existant avant la résiliation du contrat ; la seconde, le maintien de la garantie décès du malade ou de l'invalidé ; la troisième, l'indexation de la base de calcul des prestations décès ; et enfin la quatrième, la poursuite de la revalorisation des prestations décès, sous forme de versements échelonnés, à un niveau au moins égal à celui existant avant la résiliation du contrat. Cette revalorisation doit être prévue par la convention collective, l'accord référendaire ou la décision unilatérale organisant le régime de prévoyance (CSS, art. L. 912-3). « Il s'agira notamment, au-delà de la question du *quantum* de la revalorisation, de définir si c'est l'assureur actuel ou le nouvel assureur qui assurera la reprise de cette obligation »^{Note 65}.

b) Obligation de maintien des garanties à la charge de l'organisme assureur

27. - Le législateur met à la charge des organismes assureurs plusieurs obligations. Celles-ci sont édictées aux articles 2, 7 et 7-1 de la loi *Évin*^{Note 66}.

28. - Tout d'abord, l'article 7 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 prévoit, en cas de résiliation du contrat d'assurance collective, le maintien des prestations à paiement échelonné au niveau atteint à la date de la résiliation du contrat. Celle-ci est donc sans effet sur les prestations immédiates ou différées dont le fait générateur s'est réalisé sous l'empire du premier contrat^{Note 67}. Il va de soi que la modification du régime ou du contrat intervenant postérieurement au sinistre n'a aucune incidence sur les prestations dues aux salariés. Peu importe que celles-ci aient été ou non servies. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens le 16 décembre 2003 en décidant que le droit à prestation, né durant l'exécution de la convention du premier organisme assureur, constitue une prestation différée au sens de l'article 7 de la loi *Évin*^{Note 68}. En toute logique, la Cour de cassation a décidé le 13 janvier 2004^{Note 69} que la date de réalisation du risque invalidité correspond à la date à laquelle le médecin expert constate la consolidation de la maladie. Dans l'affaire ici évoquée, l'assureur était tenu de prendre en charge l'invalidité faisant suite à la maladie pour laquelle le salarié était en arrêt de travail à la date de son licenciement.

29. - L'article 7 de la loi *Évin* est souvent mis en opposition avec l'article 2 de la même loi qui met à la charge de l'organisme assureur délivrant sa garantie les suites des états pathologiques survenues antérieurement à la souscription du contrat ou à l'adhésion de l'intéressé. Dès lors, tout nouveau sinistre intervenant postérieurement à la date d'entrée en vigueur du contrat d'assurance devra être couvert par le nouvel assureur, sans possibilité pour ce dernier d'exclure de sa garantie les salariés en incapacité ou en invalidité au jour de la souscription du contrat. Cette disposition emporte une double conséquence : la première est qu'aucune exclusion des salariés malades au moment de la souscription du contrat ne peut être envisagée ; la seconde réside dans l'obligation faite à l'employeur de garantir les risques pour l'ensemble des salariés, y compris les salariés malades. Il convient de remarquer que la jurisprudence s'est prononcée, en matière de prévoyance obligatoire, sur l'hypothèse de conflit entre l'article 2 et l'article 7 de la loi *Évin*. La Cour de cassation a fait prévaloir l'article 2 sur l'article 7 en estimant que le passage de l'état d'incapacité à celui d'invalidité constituait un nouveau risque^{Note 70}. Toutefois, la cour interdit l'exclusion hors du groupe assuré, des salariés malades au moment de la souscription du contrat^{Note 71}. Elle a également jugé à propos de la garantie décès que l'assureur ne peut refuser cette garantie à un salarié malade au moment de la conclusion du contrat^{Note 72}. En revanche, l'état d'invalidité à la suite d'un accident survenu antérieurement à la conclusion du contrat n'ouvre pas droit au versement d'un capital invalidité^{Note 73}.

30. - À ces difficultés liées à l'interprétation des articles 2 et 7 de la loi *Évin* s'ajoute une dissymétrie entre les obligations à la charge de l'employeur et celles à la charge de l'organisme assureur. L'organisme assureur avait, avant 2001, la possibilité, en cas de résiliation, de mettre fin aux garanties décès du malade ou de l'invalidé. La loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001^{Note 74} a mis un terme à cette situation en prévoyant que les garanties décès seront maintenues par le précédent assureur. Ainsi, l'article 7-1 de la loi *Évin* dispose :

« Lorsque des assurés ou des adhérents sont garantis collectivement dans les conditions prévues à l'article 2, dans le cadre d'un ou de plusieurs contrats, conventions ou bulletins d'adhésion à un règlement comportant la couverture des risques décès, incapacité de travail et invalidité, la couverture du risque décès doit inclure une clause de maintien de la garantie décès en cas d'incapacité de travail ou d'invalidité. La résiliation ou le non-renouvellement du ou des contrats, conventions ou bulletins d'adhésion à un règlement sont sans effet sur les prestations à naître au titre du maintien de garantie en cas de survenance du décès avant le terme de la période d'incapacité de travail ou d'invalidité telle que définie dans le contrat, la convention ou le bulletin d'adhésion couvrant le risque décès.

Cet engagement doit être couvert à tout moment par des provisions représentées par des actifs équivalents ».

Le maintien de la garantie décès couvre également les modalités de l'indexation de la base de calcul des prestations en cas de rupture ou de suspension du contrat de travail^{Note 75}. Ce nouveau texte ne résout pas toutes les difficultés puisque, non seulement il ne prévoit pas le financement du maintien de la garantie décès, mais aussi et surtout, certaines divergences d'interprétation subsistent. À titre d'illustration, qu'en est-il du maintien de la garantie décès lorsqu'un salarié a été pris en charge au titre de l'incapacité de travail par un premier contrat et au titre de l'invalidité par un second ? Selon ce texte, la garantie décès devrait être maintenue par les deux organismes assureurs.

c) Sanction du non-respect des obligations de maintien des garanties des salariés

31. - En matière de prévoyance, le maintien des droits des salariés se traduit par diverses obligations légales à la charge de l'employeur et/ou de l'organisme assureur. Le législateur a ainsi encadré strictement les droits des salariés au maintien des prestations de prévoyance. Cette précaution répond à l'objectif de veiller à ce que les fonds des salariés soient préservés afin que les engagements financiers pris envers eux soient respectés. Dans cet esprit, la jurisprudence a apporté des limites aux pratiques des employeurs qui supprimaient les prestations dont bénéficiaient les salariés. « La jurisprudence a pu trouver un remède à ces insuffisances légales dans le droit commun de la responsabilité civile »^{Note 76}. Ainsi, la responsabilité civile d'une société absorbante a été engagée lorsqu'un ancien salarié de la société absorbée n'a pas pu bénéficier jusqu'à sa retraite de prestations d'un contrat d'assurance-prévoyance de groupe. Par un arrêt du 19 janvier 1999, la Cour de cassation s'est prononcée sur l'engagement pris envers un salarié de la société absorbée dont le contrat avait été rompu pour invalidité avant l'opération de fusion^{Note 77}. La société absorbante ayant mis fin au contrat d'assurance groupe, le salarié s'était vu notifier le gel de sa pension d'invalidité. La cause de l'extinction du droit à prestation résidait dans la radiation de l'adhésion de l'employeur prononcée par l'assureur à la suite de la fusion. La Cour de cassation a estimé que la société absorbante était « tenue de respecter l'engagement pris par la société envers ses salariés, [sauf] impossibilité d'assurer à ce salarié la poursuite des mêmes garanties que celles souscrites à son profit par la société [absorbée] ». La cour a conclu à la « négligence fautive », ce qui emporte réparation sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Dans une autre affaire, se fondant sur la responsabilité civile, la Cour de cassation a tenté de rétablir les salariés dans leurs droits à prestations de prévoyance résultant d'un contrat d'assurance groupe souscrit antérieurement à une fusion en vertu d'un engagement unilatéral, et résilié suite au transfert de l'entreprise. La Cour de cassation a estimé que les salariés avaient droit à des dommages-intérêts, en raison de l'inexécution de l'engagement unilatéral de l'employeur, lequel est imputable à la société absorbante et non à la compagnie d'assurance^{Note 78}. Le législateur a prévu certaines obligations spécifiques en cas de changement d'organisme assureur. Le non-respect des règles de maintien des garanties des salariés est ainsi susceptible d'engager la responsabilité civile de l'employeur.

32. - À ces garanties maintenues par delà la modification du régime de protection sociale complémentaire s'ajoute une garantie spécifique en cas de fusion ou de transfert d'entreprise : le transfert du contrat de prévoyance et/ou de retraite.

C. - Transfert du contrat de prévoyance et du contrat de retraite

33. - Lors d'un transfert d'entreprise se pose nécessairement la question du sort du contrat de prévoyance et/ou de retraite. Les dispositions légales sont particulièrement floues ; la jurisprudence a apporté d'utiles précisions.

34. - Une distinction est opérée entre la notion de « convention » en droit du travail et celle retenue en droit des affaires. Le droit du travail prévoit le transfert des engagements de l'ancien employeur vers le nouveau. Ce transfert a été prévu par certaines dispositions légales (C. trav., art. L. 122-12 et L. 132-8) et a fait l'objet d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation^{Note 79}. Le principe est le suivant : le contrat souscrit par l'entreprise absorbée est automati-

quement transmis à l'entreprise absorbante. En effet, l'article 372-1 de la loi du 24 juin 1966, codifié à l'article L. 236-3 du Code de commerce, édicte le principe du transfert automatique des droits et obligations de la société absorbée à la société absorbante (V. égal., C. com., art. L. 236-14) : « *La fusion ou la scission entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires* [qui participent à la création d'une société nouvelle], dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération ».

Il est permis de déduire des articles 1844-4 du Code civil et L. 236-3 du Code de commerce qu'il y a transfert des contrats de retraite et de prévoyance de la société absorbée à la société absorbante. Il s'agit d'une règle de bon sens puisqu'à l'occasion d'une fusion, les salariés de la société absorbée sont transférés à la société absorbante en application de l'article L. 122-12 du Code du travail. Cette règle doit s'appliquer dans la mesure où les contrats d'assurance reposent sur le mécanisme de la stipulation pour autrui. Dès lors que les assurés cocontractants de l'organisme assureur demeurent les mêmes qu'avant l'opération de fusion, le bénéfice des garanties souscrites par l'entreprise d'origine pour le compte de ses salariés^{Note 80} doit perdurer par delà l'opération de restructuration. Ainsi, dans la mesure où le contrat d'assurance conclu par la société absorbée ne constitue pas un contrat *intuitu personae*, il devrait s'imposer tant à la nouvelle société qu'à l'organisme assureur et devrait s'appliquer à l'ensemble du personnel de la nouvelle entreprise. Cette règle n'est envisageable que pour les conventions qui ne sont pas conclues *intuitu personae*^{Note 81}.

À la différence du droit du travail, le droit des affaires ne prévoit qu'un transfert limité des conventions, conformément au principe de l'effet relatif des contrats. En vertu de ce principe, le contrat conclu entre l'organisme assureur et l'entreprise absorbée est inopposable à la nouvelle personne morale issue de la restructuration dans la mesure où les parties ont changé : il s'agit en effet de contrats conclus *intuitu personae*. En pratique, certains organismes assureurs se fondent sur la théorie de l'effet relatif des contrats et estiment qu'en cas de fusion, une des parties signataires (le souscripteur du contrat) a disparu. Par conséquent, le contrat d'assurance n'aurait plus de raison d'exister. Cette solution a l'avantage d'éviter la coexistence au sein de la nouvelle société de deux ou plusieurs contrats d'assurance : celui de la société absorbée, qui s'appliquera désormais à l'ensemble des salariés de la nouvelle entreprise, et celui souscrit par la société absorbante. Elle a également l'avantage pour l'assureur initial d'éviter un coût supplémentaire en présence de nouvelles prestations (voire de prestations dites « lourdes » : invalidité, etc.). Toutefois, le risque existe que cette pratique aboutisse à supprimer les contrats d'assurance et que les salariés de la nouvelle entreprise ne se retrouvent sans couverture de protection sociale complémentaire. C'est pourquoi le maintien d'une couverture collective plaide en faveur de la transmission des contrats existants dans la ou les sociétés absorbées. Cette solution devrait, à notre sens, être privilégiée. Par la suite, la nouvelle entreprise pourra harmoniser conventionnellement les différents contrats en résiliant les contrats transférés et en concluant un contrat unifié. Cela étant, la nouvelle entreprise devra veiller à ce que la date d'effet de la résiliation concorde avec celle du nouveau contrat en vue d'éviter une période de carence dans la prise en charge de la couverture. Finalement, la suppression d'une prestation prévue dans un régime de protection sociale complémentaire n'a, en droit du travail, aucune incidence sur l'application du contrat de prévoyance ou de retraite et, inversement, la disparition du contrat n'entraînera pas la suppression d'une prestation dont bénéficient les salariés transférés. C'est pourquoi, à l'occasion d'opérations de fusion, les entreprises devront veiller à une parfaite symétrie entre les contrats d'assurance et les prestations prévues dans les régimes de protection sociale complémentaire, le risque étant qu'à défaut, l'employeur ne devienne son propre assureur...

35. - Conclusion. - Quelles que soient les incidences des opérations de fusion d'entreprises sur les régimes de protection sociale complémentaire et les contrats d'assurance, l'insuffisance des dispositions légales est comblée par voie conventionnelle. La spécificité des régimes de protection sociale complémentaire appelle une réforme assurant l'autonomie des accords instituant des régimes de protection sociale complémentaire. Un simple « toilettage » du Code du travail est insuffisant. La capacité du droit à s'adapter aux réalités économiques passe ainsi par une pleine liberté accordée aux partenaires sociaux. Plus que jamais, une réforme législative est souhaitable afin de donner à la voie conventionnelle la légitimité qu'elle tire de la pratique.

Textes : C. trav., art. L. 122-12 ; art. L. 132-7 ; art. L. 132-8. - CSS, art. L. 911-2 ; art. L. 312-3 ; art. L. 913-2 ; art. L. 941-2. - C. com., art. L. 123-13 ; art. L. 236-3 ; art. L. 236-14. - L. n° 89-1009, 31 déc. 1989. - Cons. CE, dir. n° 2001/23/CE, 12 mars 2001

Encyclopédies : Protection sociale Traité, Fasc. 819 et 810-10. - Travail Traité, Fasc. 19-52 et 19-54, par Patrick Morvan

Note 1 Cass. soc., 23 nov. 2005, n° 03-47.029 : Juris-Data n° 2005-030865 ; Bull. civ. 2005, V, n° 340. - Cass. soc., 9 juill. 1996, Roche : Juris-Data n° 1996-003243 ; RJS 1996, n° 954.

Note 2 CSS, art. L. 911-5. - H. Ouaisi, Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés : LGDJ, 2006, p. 167 et s.

Note 3 C. trav., art. L. 432-3. - V. not., sur le moment de la consultation du comité d'entreprise, Cass. soc., 5 mai 1998, n° 96-13.498 : Juris-Data n° 1998-002031 ; RJS 1998, n° 750. Par ailleurs, une ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Toulouse a récemment jugé que l'employeur pouvait être condamné, sous astreinte, à communiquer le contrat de prévoyance qui est l'objet de la procédure d'information et de consultation, TGI Toulouse, 20 avr. 2006, n° 08/00474.

Note 4 Les accords atypiques conclus avec le comité d'entreprise ou les délégués du personnel ne relèvent pas de ces procédures mais de celles prévues pour les usages, engagements unilatéraux ou accords référendaires, Cass. soc., 27 mars 1996, n° 92-41.584 : Juris-Data n° 1996-001153 ; Bull. civ. 1996, V, n° 121. - Cass. soc., 7 mai 1998, n° 96-41.020 : Juris-Data n° 1998-002067 ; Bull. civ. 1998, V, n° 237.

Note 5 En matière de protection sociale complémentaire, la notion d'avantage individuel acquis a fait l'objet de divergences d'interprétation en raison de l'absence de définition légale et d'une jurisprudence peu abondante.

Note 6 Cass. soc., 14 mai 1992, n° 88-45.316 : Juris-Data n° 1992-001382 ; Bull. civ. 1992, V, n° 310.

Note 7 L. n° 94-678, 8 août 1994 : Journal Officiel 10 Aout 1994, complétée par Ord. n° 2001-350, 19 avr. 2001 et L. n° 2001-624, 17 juill. 2001 : Journal Officiel 22 Avril 2001 et Journal Officiel 18 Juillet 2001.

Note 8 La Cour de cassation a récemment rappelé qu'en l'absence de dénonciation, la décision unilatérale de l'employeur (s'agissant en l'espèce de garanties retraite) est toujours en vigueur, nonobstant toute clause du contrat de travail, Cass. soc., 6 déc. 2005, n° 03-46.538, inédit : Juris-Data n° 2005-031234.

Note 9 La Cour de cassation a affirmé ce principe à maintes reprises, Cass. soc., 17 mars 1998, n° 95-42.100 : RJS 1998, n° 570. - Dans le même sens, Cass. soc. 18 oct. 1995, n° 94-40.457, inédit : Juris-Data n° 1995-002768. L'employeur qui laisse l'engagement inexécuté doit supporter les dommages-intérêts qui en découlent, Cass. soc. 21 sept. 2005, n° 03-43.532 : Juris-Data n° 2005-029793.

Note 10 Cass. soc., 26 sept. 2002, n° 01-00.550, inédit : RJS 2002, n° 1438. À propos de la particularité du régime institué par référendum modifié par avenant signé par un salarié mandaté, Cass. soc., 21 mars 2002, n° 00-14.001, inédit.

Note 11 Cass. soc., 4 févr. 1997, n° 95-41.468 : Juris-Data n° 1997-000448 ; RJS 1997, n° 256.

Note 12 C. trav., art. L. 432-3. L'employeur qui n'organise pas les élections requises ne peut invoquer un défaut de représentation du personnel pour justifier l'absence de consultation du comité d'entreprise, Cass. soc., 16 nov. 2005, n° 04-40.339 : Juris-Data n° 2005-030755 ; JCP S 2006, 1352, étude P. Pochet ; Bull. civ. 2005, V, n° 329.

Note 13 Lorsque l'information n'est pas donnée dans un délai permettant d'éventuelles négociations, le régime doit se poursuivre aux conditions antérieures, Cass. soc., 26 oct. 2005, n° 03-45.781, inédit.

Note 14 Cass. soc., 5 janv. 1984, n° 81-42.112 : Juris-Data n° 1984-700081 ; Dr. ouvrier 1985, p. 68. - B. Teyssié, La mise en place de la protection sociale complémentaire et le droit du travail : Dr. soc. 1986, p. 296.

Note 15 En cas de coexistence entre un régime institué par décision unilatérale dans l'entreprise absorbante et un régime applicable aux salariés de l'entreprise absorbée ayant pour origine un accord collectif, ce dernier sera maintenu pendant le délai de survie de l'accord mis en cause jusqu'à ce qu'un nouvel accord s'y substitue et au maximum pendant douze mois à compter de la fin du préavis.

Note 16 P. Morvan, *Droit de la protection sociale : Litec, 2005, 2e éd., spéc. n° 1334.*

Note 17 Durant cette période transitoire, l'entreprise peut soit assumer ce supplément financier soit négocier avec l'organisme assureur une extension de la couverture prévue au contrat afin d'intégrer les nouveaux salariés.

Note 18 Cass. soc., 4 janv. 1996, n° 92-41.885 : Juris-Data n° 1996-000058 ; RJS 1996, n° 466 ; Dr. soc. 1996, p. 163, note J.-J. Dupeyroux.

Note 19 L. n° 89-1009, 31 déc. 1989 : Journal Officiel 2 Janvier 1990.

Note 20 Cass. soc., 4 janv. 1996, préc. Le salarié de l'entreprise absorbée qui refuse d'adhérer au contrat d'assurance groupe de prévoyance en vigueur dans l'entreprise absorbante a droit au remboursement des cotisations retenues sur ses salaires.

Note 21 Cass. soc., 1er oct. 2003, n° 02-30.337, inédit : Juris-Data n° 2003-020498.

Note 22 Cass. soc., 12 oct. 2005, n° 03-40.294 : Juris-Data n° 2005-030206 ; Lamy social 2005, bull. A n° 196, p. 5. - V. égal., à propos de l'absence de discrimination fautive de l'employeur en cas de maintien des avantages individuels acquis aux seuls salariés transférés, Cass. soc., 11 janv. 2005, n° 02-45.608 : Juris-Data n° 2005-026457 ; RJS 2005, n° 299.

Note 23 P.-H. Antonmattéi, *Conservation des avantages individuels acquis, in Révision, dénonciation et mise en cause des conventions et accords collectifs de travail : Litec, 1996, T. VII, coll. Droit, p. 132*. Pour la Cour de cassation, il s'agit d'un avantage qui, au jour de la dénonciation de la convention ou de l'accord collectif, procurait au salarié une rémunération ou un droit dont il bénéficiait à titre personnel et qui correspondait à un droit déjà ouvert et non simplement éventuel, Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-45.651 : Juris-Data n° 2001-008664 ; RJS 2001, n° 621 ; Bull. civ. 2001, V, n° 90.

Note 24 Cf. A. Bugada, *L'avantage acquis en droit du travail : Thèse Université d'Aix-Marseille, 1999, n° 381*. La jurisprudence a précisé ce qu'il fallait entendre par « avantage acquis », en particulier en matière de retraite à prestations définies.

Note 25 Les régimes différentiels ou « chapeau » correspondent à un engagement de l'entreprise de garantir un niveau global de pension en prenant en compte l'ensemble des régimes légaux et complémentaires. La prestation du régime de retraite « chapeau » viendra coiffer les autres prestations.

Note 26 P. et L. Boudias, Les retraites « chapeau » ou les limites de certaines formes d'ingénierie juridique : Semaine sociale Lamy 9 oct. 2000, p. 8. - Des mêmes auteurs, La thèse des droits acquis est-elle remise en cause ? : Semaine sociale Lamy 13 avr. 2004, p. 6.

Note 27 Ph. Laigre, La retraite collective d'entreprise après la loi du 8 août 1994 : Dr. soc. 1995, p. 411.

Note 28 Ph. Laigre, *préc., spéc. p. 412* : « toute couverture de retraite supplémentaire mise en place dans une entreprise se traduit par l'acquisition de droits pendant la période d'activité des salariés couverts ».

Note 29 B. Serizay, Nature juridique des contrats de retraite « chapeau Art. 39 » et ses conséquences sociales : JCP E 1996, 553.

Note 30 Ph. Laigre lui-même abonde en ce sens : « ni le texte de loi, ni les directives que ce texte est censé mettre en oeuvre ne contiennent de définition claire de ces notions », Ph. Laigre, La retraite collective d'entreprise après la loi du 8 août 1994 : Dr. soc. 1995, préc.

Note 31 Les régimes à cotisations définies se traduisent par le versement d'une cotisation dont le montant est déterminé conventionnellement. La cotisation représente un pourcentage applicable au salaire. La spécificité des régimes à cotisations définies est que l'engagement ne porte que sur le versement de la cotisation, non sur le montant de la rente.

Note 32 P. Morvan, *Droit de la protection sociale : Litec, 2e éd., 2005, p. 504*.

Note 33 Un régime de retraite à prestations définies oblige l'employeur à verser au salarié une pension prédéterminée en fonction du dernier salaire d'activité. Le niveau de la rente est garanti par l'employeur indépendamment des placements effectués pour couvrir cet engagement. Dans ce type de régime, l'employeur assume une obligation de résultat : il s'engage sur le montant que percevra le salarié.

Note 34 Cass. soc., 23 nov. 1999, n° 97-18.980 : Juris-Data n° 1999-004017 ; Dr. ouvrier 2000, spéc. p. 47. - Cass. soc., 16 déc. 1999, n° 97-18.980 (rectificatif) : Dr. ouvrier 2000, spéc. p. 49.

Note 35 Cass. soc., 28 mai 2002, n° 00-12.918 : Juris-Data n° 2002-014505.

Note 36 CA Lyon, 1er mars 2004, RG n° 02/03272. - À propos des effets de la dénonciation d'un accord collectif instituant un régime de retraite à prestations définies, Cf Cass. soc., 12 avr. 2005, n° 02-47.384, inédit. - Cass. soc., 17 mai 2005, n° 02-46.581 : Juris-Data n° 2005-028450.

Note 37 V. égal., CA Paris, 18e ch., sect. A, 15 oct. 2002, n° S 00/31468, n° S 00/32123 et n° F 98/14131.

Note 38 Cass. soc., 30 avr. 2003, n° 01-41.171 : Juris-Data n° 2003-019134 ; RJS 2003, n° 924.

Note 39 Cass. soc., 12 avr. 2005, n° 02-47.384. - Cass. soc., 17 mai 2005, n° 02-46.581 : Juris-Data n° 2005-028450.

Note 40 B. Serizay, Retraite supplémentaire, in La protection sociale complémentaire : JCP E 1996, I, 568, spéc. p. 286.

Note 41 B. Serizay, Nature juridique des contrats de retraite « chapeau Art. 39 » et ses conséquences sociales : JCP E 1996, 553, préc.

Note 42 La Cour de cassation s'est prononcée sur la dénonciation d'un avantage de retraite, en l'espèce une prime dite « de milieu d'année », postérieurement au départ du salarié. Elle a estimé que la dénonciation de l'usage instituant l'avantage n'était pas opposable aux salariés ayant liquidé leur retraite, Cass. soc., 30 nov. 2004, n° 02-45.367 : Juris-Data n° 2004-025936 ; RJS 2005, n° 246.

Note 43 Ph. Langlois, Les accords de prévoyance, in Etudes offertes à J. Barthélemy : Dr. trav., Hors série, 1994, spéc. p. 63. - J.-J. Dupeyroux, En marge du contentieux AGIRC : Dr. soc. 1995, p. 702. - Y. Saint-Jours, La rétroactivité de la réduction conventionnelle des droits liquidés à une retraite complémentaire est illicite : D. 2000, jurispr. p. 290.

Note 44 J.-J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale : Précis Dalloz, 14e éd., 2001, p. 1043 et s.*

Note 45 P. Morvan, *Protection sociale d'entreprise : droits acquis ou éventuels dans la tourmente de la restructuration* : Dr. soc. 2006, spéc. p. 285.

Note 46 En application de la loi n° 2003-775 du 21 août 2003, les institutions de retraite supplémentaire ont vocation à disparaître au 31 décembre 2008 : Journal Officiel 22 Aout 2003. - V. égal., L. n° 2003-1199, 18 déc. 2003, art. 11 de financement de la sécurité sociale pour 2004 : Journal Officiel 19 Décembre 2003.

Note 47 H. Ouaisi, *Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés* : LGDJ, 2006, p. 201.

Note 48 Cons. CE, dir. n° 2001/23/CE, 12 mars 2001, art 3, § 4 a et b : JOCE 22 mars 2001, p. 16. - V. PE et Cons. UE, dir. n° 2005/56/CE, 26 oct. 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux : JOUE n° L 310/1, 25 nov. 2005, p. 1 ; JCP S 2005, 1428.

Note 49 G. Guéry, *Restructuration d'entreprises en Europe : dimension sociale* : De Boeck, Bruxelles, 1999, p. 212.

Note 50 Ph. Laigre, La retraite collective d'entreprise après la loi du 8 août 1994 : Dr. soc. 1995, p. 411.

Note 51 Cass. soc., 10 mai 1988 : Dr. soc. 1988, p. 846, obs. L. Aynès, rejetant la responsabilité civile du nouvel employeur après la résiliation d'une garantie de prévoyance facultative dont bénéficiaient les cadres de la société reprise. - Cass. soc., 8 févr. 1989 : Juris-Data n° 1989-700394 ; Bull. civ. 1989, V, n° 103, où un salarié perd « de plein droit » le bénéfice d'une garantie d'incapacité de travail à la date où il cesse d'être au service d'un employeur adhérent à une caisse de prévoyance, en application du règlement intérieur de celle-ci.

Note 52 Leur disparition est programmée au plus tard au 31 décembre 2008, L. n° 2003-775, 21 août 2003, préc., art. 116.

Note 53 Y. Saint-Jours, *La protection sociale complémentaire d'entreprise* : Dr. soc. 1992, spéc. p. 143.

Note 54 Y. Saint-Jours, *préc., spéc. p. 143.*

Note 55 L. n° 89-1009, 31 déc. 1989, préc.

Note 56 CSS, art. L. 132-6. - C. assur., art. L. 140-4. - C. mut., art. L. 221-3. - V. not., Cass. 1re civ., 18 juin 2002, n° 01-00.050 : Bull. civ. 2002, I, n° 167.

Note 57 Cass. 1re civ., 27 févr. 1996, n° 93-14.685 : Juris-Data n° 1996-000552 ; Bull. civ. 1996, V, n° 107.

Note 58 Cass. soc., 25 nov. 2004, n° 03-16.874.

Note 59 Cass. 1re civ., 9 déc. 1992, n° 91-13.757 : Juris-Data n° 1992-003143. - Cass. 1re civ., 14 mai 1991, n° 86-18.706 : Juris-Data n° 1991-702396 ; Bull. civ. 1991, n° 148.

Note 60 Cass. soc., 5 avr. 2006, n° 04-42.105, inédit : Juris-Data n° 2006-033176.

Note 61 Cass. soc., 4 avr. 2006, n° 04-43.454, inédit : Juris-Data n° 2006-033170.

Note 62 Cass. 1re civ., 24 févr. 2004, n° 02-14.406, inédit.

Note 63 Cass. soc., 19 oct. 2005, n° 03-47.219 : Juris-Data n° 2005-030344 ; Semaine sociale Lamy 29 nov. 2005, p. 15.

Note 64 Les prestations liées à la réalisation d'un sinistre survenu pendant la période de validité d'une police d'assurance de groupe ne peuvent être remises en cause par la résiliation ultérieure de cette police, Cass. 1re civ., 29 juin 1999, n° 97-15.729, inédit.

Note 65 B. Platel et B. Serizay, La mise en place d'un régime de prévoyance dans l'entreprise, in La protection sociale complémentaire : JCP E 1996, I, 568, p. 282.

Note 66 L. n° 89-1009, 31 déc. 1989, préc.

Note 67 Cass. 2e civ., 8 mars 2006, n° 04-16.854 : Juris-Data n° 2006-032805 ; Lamy Rémunérations Complémentaires, n° 66, 18 juill. 2006, p. 2.

Note 68 Cass. 1re civ., 16 déc. 2003, n° 02-14.731, inédit. Pour une illustration de ce principe, Cass. 1re civ., 29 avr. 2003, n° 01-01.978 : Juris-Data n° 2003-018790 ; Bull. civ. 2003, I, n° 99. - V. not., Cass. 1re civ., 8 juill. 2003, n° 00-17.584, inédit : Juris-Data n° 2003-019948.

Note 69 Cass. 1re civ., 13 janv. 2004, n° 01-02.962, inédit.

Note 70 Cass. 1re civ., 30 janv. 1996, n° 93-15.168, inédit.

Note 71 Cass. 1re civ., 13 févr. 2001, n° 98-12.478 : Bull. civ. 2001, I, n° 30.

Note 72 Cass. 1re civ., 7 juill. 1998, n° 96-13.843, inédit : Juris-Data n° 1998-003353.

Note 73 Cass. soc., 2 juin 2004, n° 02-47.132 : Lamy rémunérations complémentaires, mensuel, n° 46, 25 oct. 2004, p. 4. Dans l'affaire ici évoquée, les dispositions de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, et en particulier l'article 2, n'étaient pas applicables.

Note 74 L. n° 2001-624, 17 juill. 2001, art. 34 : Journal Officiel 18 Juillet 2001, insérant un nouvel article 7-1 dans la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989.

Note 75 H. Ouaisi, *Les incidences des restructurations d'entreprise sur la situation collective des salariés* : LGDJ, 2006, p. 207.

Note 76 P. Morvan, *Droit de la protection sociale : Litec, 2e éd.*, 2005, p. 484.

Note 77 Cass. soc., 19 janv. 1999 : Juris-Data n° 1999-000197 ; RJS 1999, n° 411 ; Dr. soc. 1999, p. 315, obs. Ph. Langlois.

Note 78 Cass. soc., 4 févr. 1997, n° 95-41.468 : Juris-Data n° 1997-000448 ; RJS 1997, n° 256, à propos d'un nouveau contrat d'assurance qui avait été conclu par la nouvelle entité mais à des conditions moins favorables.

Note 79 Cass. soc., 17 mars 1998, n° 95-42.100 : Juris-Data n° 1998-001234 ; Bull. civ. 1998, V, n° 143. - Cass. soc., 4 févr. 1997, n° 95-41.468 : Juris-Data n° 1997-000448 ; RJS 1997 n° 256.

Note 80 Ce mécanisme répond au principe de la stipulation pour autrui, C. civ., art. 1121 : les contrats collectifs de prévoyance sont souscrits par l'employeur pour le compte des salariés qui sont les bénéficiaires des garanties. De là naît le lien entre les salariés et l'organisme assureur.

Note 81 Cass. com., 13 déc. 2005, n° 03-16.878 : Juris-Data n° 2005-031321 ; JCP G 2006, II, 10103, note H. Hovasse.