

RAPPROCHEMENTS ENTRE ACTEURS DE LA PROTECTION SOCIALE :

ENJEUX JURIDIQUES ET DE GOUVERNANCE

22 janvier 2019

1 - Gouvernance : la loi et les statuts

Intervenant :
Francis Kessler, Senior Counsel, Gide

Groupes non capitalistiques

	Groupe non prudentiel	Groupe Prudentiel
Code de la mutualité	UGM	UMG
Code des assurances	GAM	SGAM
Code de la sécurité sociale	GAPS	SGAPS
ANI du 9 juillet 2009	GPS	
	coordination en aucun cas des opérations d'assurance ou de réassurance	nouer des liens de solidarité importants et durables

SGA : groupe capitalistique mais peut décider de fonctionner sans capital social à condition

- de compter au moins deux entreprises affiliées et
- dont l'une au moins est une société d'assurance mutuelle

La gouvernance : caractéristiques (1)

La loi

- une structure de tête
- des organismes assureurs membres à but non lucratifs
- des conventions qui les lient

- Gouvernance structure non prudentielle
 - Coordination via conventions
 - Membres demeurent, pour chacun d'entre eux, **directement responsables de la garantie de leurs engagements**
- Gouvernance structure prudentielle
 - Structure de tête doit exercer effectivement une influence dominante au moyen d'une **coordination centralisée sur les décisions**, y compris financières, des organismes affiliés
 - **Conventions d'affiliation** autorisées par l'ACPR
 - contenu normé
 - processus strictement encadré

La gouvernance : caractéristiques (2)

Règles légales spéciales

- UGM
 - Les statuts de l'union de groupe mutualiste **peuvent prévoir** que les mutuelles et unions relevant du présent code disposent d'au moins la moitié des sièges à l'assemblée générale et au conseil d'administration (Article L. 111-4-1 du Code de la mutualité)
- UMG
 - Les mutuelles et unions [...] **disposent d'au moins la moitié des sièges** à l'assemblée générale et au conseil d'administration. Toute clause contraire des statuts entraîne la nullité de la constitution de l'union mutualiste de groupe (Article L. 111-4-2 du Code de la mutualité)
- S'il existe une ou des caisses AGIRC-ARRCO dans une entité à regrouper (GAPS/SGAPS/ GPS)
 - Respect des règles de gouvernance de l'ANI du 8 juillet 2009 sur la gouvernance des groupes paritaires de protection sociale
 - **Association sommitale (paritaire)**
 - membres : les organismes à but non lucratif
 - Le CA de l'association sommitale définit les orientations politiques et stratégiques du groupe (art 1.)
 - **Structure de moyen**

La gouvernance : points d'attention (1)

- Schéma cible de la gouvernance
 - Majorités CA/ droit de veto ?
 - Âge : 70 ans (au moins 2/3 des membres) Sexe : quotas par sexe
 - Limitation du cumul de mandats : 5 CA quels périmètres ?
 - Compétence :
 - Individuelle : recensements, mise en place de traceurs de formation
 - « *Grand'fathering* », programme de formation de la première année
 - Collective chaque conseil d'administration devra être collectivement compétent sur les questions relatives
 - aux marchés de l'assurance et les marchés financiers,
 - à la stratégie de l'entreprise et son modèle,
 - à la gouvernance des risques de l'entreprise,
 - à l'analyse financière et actuarielle,
 - au cadre et les exigences réglementaires.
 - évaluation de la compétence collective ? Position de l'ACPR ?
- Gratuité des fonctions IP ; indemnités mutuelles

La gouvernance : points d'attention (2) statuts & convention d'affiliation

- Fonds d'établissement
 - Fixation
 - Sort en cas de scission

- Organisation d'une éventuelle sortie du groupe prudentiel
 - Difficile
 - Détaillée (sort des moyens)
 - Choix de l'outil juridique Statuts/ convention d'affiliation

- Importance de la convention d'affiliation
 - Exigences ACPR
 - Mais pas que

La gouvernance : points d'attention (3)

Structures prudentielles : le dirigeant opérationnel

- Articulation des fonctions du DG de la structure de tête avec celle des « autres dirigeants »
 - Ne faut-il qu'un dirigeant unique?
 - Est-ce une exigence ACPR ?
 - (x) X DG ?
 - Sort des « *historiques* »?
 - Schéma de la direction opérationnelle
 - Organisation en « business units » ?
 - statut des « directeurs » de business unit
- Choix de la gestion de l'outil informatique
- Structure de moyens / Financements/Refacturation(s)

Bibliographie

- Yan-Eric Logeais, « Regroupements. Création de groupes non-capitalistiques d'assurance : quelques points de vigilance » *La Tribune de l'assurance* 10/04/2018

2 - Aspects fiscaux

Intervenant :
Bertrand Jouanneau, Avocat associé, Gide

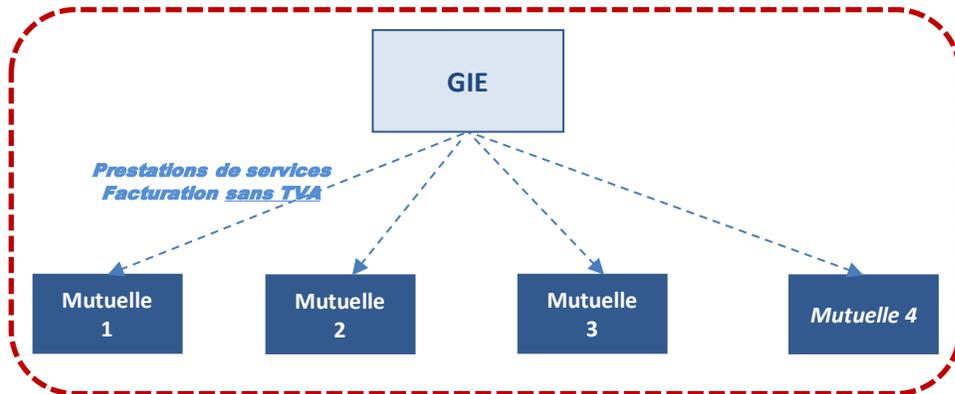
Facturations internes et TVA

Problème :



Solution traditionnelle :

Groupement autonome de personnes



- Prestations de services effectuées au sein des groupes de mutuelles peuvent entraîner des flux de facturation de TVA entre membres du groupe.
- Or, les mutuelles exerçant des activités n'entrant pas dans le champ de la TVA ou exonérées de TVA, l'assujettissement à la TVA des prestations de services intragroupes est susceptible de générer un coût définitif pour les mutuelles bénéficiaires des services qui ne peuvent pas récupérer cette TVA.
 - La solution jusqu'en 2017 : les groupements autonomes de personnes
 - Article 132, paragraphe 1, sous f) de la Directive 2006/112/CE ;
 - Transposition à l'article 261 B du CGI.

Groupements autonomes de personnes

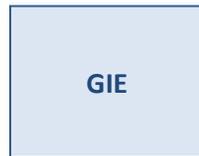
Diversité des formes disponibles

- Les groupements susceptibles de bénéficier de l'exonération de TVA de l'article 261 B du CGI peuvent prendre des formes très diverses.
- Si l'administration fiscale semble interpréter largement cette notion, la jurisprudence a pu faire preuve de moins de souplesse :
 - Un groupement d'**au moins deux personnes** réalisant principalement des opérations hors du champ de la TVA ou exonérées et qui utilisent en commun des moyens humains et matériels ;
 - La simple mise à disposition de moyens **par une personne** au profit d'une autre ne saurait constituer un groupement, y compris lorsque cette mise à disposition est facturée à prix coûtant.
- Sont susceptibles de bénéficier de l'exonération de TVA de l'article 261 B du CGI :
 - Groupements d'intérêt économique (GIE) ;
 - Sociétés civiles de moyens ;
 - Sociétés en participation ;
 - Sociétés créées de fait.
- Les unions de groupe mutualiste et les unions mutualistes de groupe devraient en principe pouvoir bénéficier de l'exonération TVA de l'article 261 B du CGI.

Groupements autonomes de personnes

Conditions d'exonération de TVA (art. 261 B du CGI)

*Groupement autonome
de personnes*



*Prestations de services
Facturation sans TVA*

Mutuelle 1

Mutuelle 2

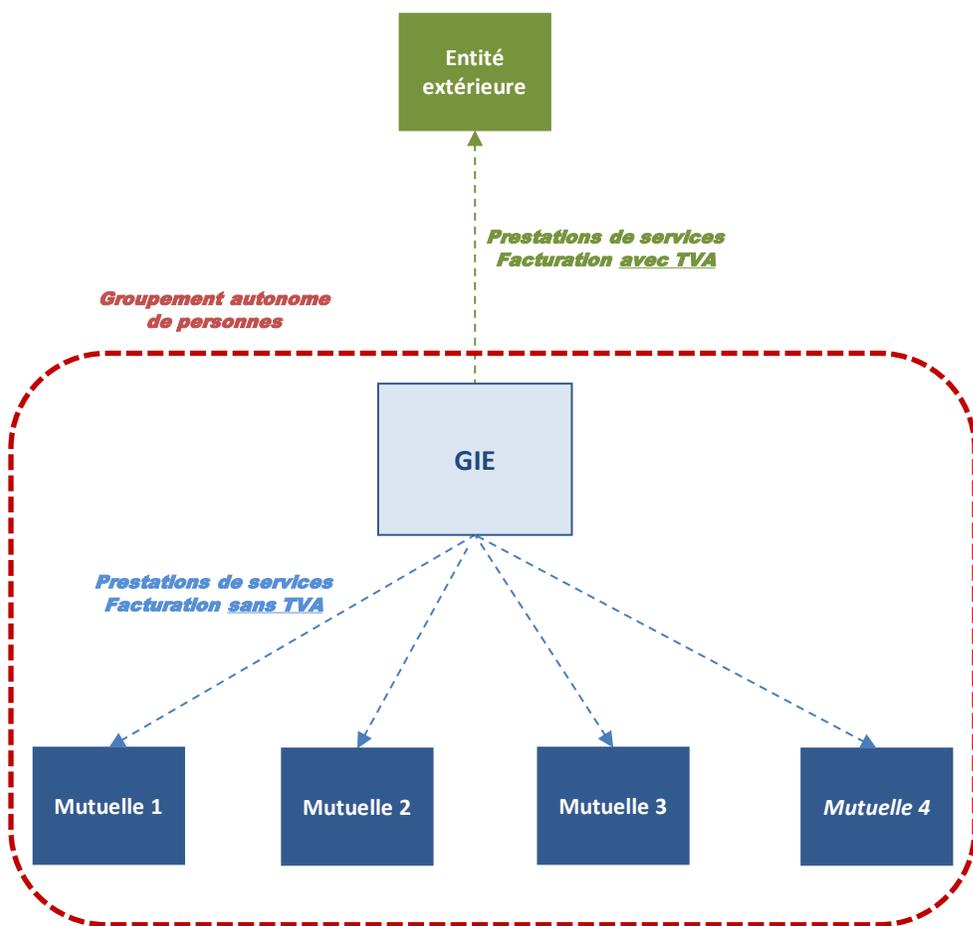
Mutuelle 3

Mutuelle 4

- Les mutuelles doivent effectuer des opérations hors du champ de la TVA ou exonérées :
 - L'administration admet toutefois que le régime du 261 B s'applique même si les mutuelles exercent des activités soumises à TVA dans la limite toutefois de 20% de leurs recettes.
 - Remise en cause de cette tolérance par arrêt CJUE 4 mai 2017 aff. 274/15 ?
- Exonération de TVA pour les prestations rendues aux adhérents par le groupement soumise aux conditions suivantes :
 - Prestations de services concourant directement et exclusivement à la réalisation des opérations hors du champ de la TVA ou exonérées ;
 - Répartition exacte des dépenses entre les adhérents. **Impossibilité de répartir sur la base d'un caractère forfaitaire.**

Groupements autonomes de personnes

Les prestations de services aux entités extérieures



- En principe, seules les prestations fournies aux membres bénéficient de l'exonération de TVA.
- Toutefois, maintien de l'exonération lorsque le groupement rend des services à des entités extérieures à **condition que les prestations soient soumises à la TVA** dans les conditions de droit commun.
- Si les services rendus par un groupement à ses membres sont utilisés à titre principal par des entités extérieures au groupe, les recettes du groupement doivent être soumises en totalité à la TVA.

Groupements autonomes de personnes

Jurisprudence de la CJUE

- CJUE, 21 septembre 2017 (3 arrêts) :
 - Limitation de l'exonération aux activités d'intérêt général : « *les prestations de services effectuées par un GAP relèvent de l'exonération prévue à l'article 132, paragraphe 1, sous f), de la directive 2006/12, lorsque ces prestations de services **contribuent directement à l'exercice d'activités d'intérêt général** visées à l'article 132 de cette directive* ».
 - Exclusion de l'exonération pour les activités bancaires, financières ou d'assurances.

- L'application des arrêts de la CJUE : quel impact sur les mutuelles ?
 - Exclusion de l'exonération de l'article 261 B pour l'activité d'assurance des mutuelles.
 - Mais contour très imprécis des activités d'intérêt général.

- L'application dans le temps des arrêts de la CJUE :
 - La CJUE a précisé que pour les exercices non clôturés au moment de ses arrêts, les autorités nationales ne pouvaient pas invoquer l'interprétation de la CJUE pour refuser l'exonération de TVA aux prestations de services effectuées par les groupements.
 - Le juge national ne peut se référer au contenu d'une directive pour fonder une interprétation *contra legem* du droit national : **les GAP constitués doivent en principe continuer à bénéficier de l'exonération de TVA de l'article 261 B du CGI.**

Groupements autonomes de personnes

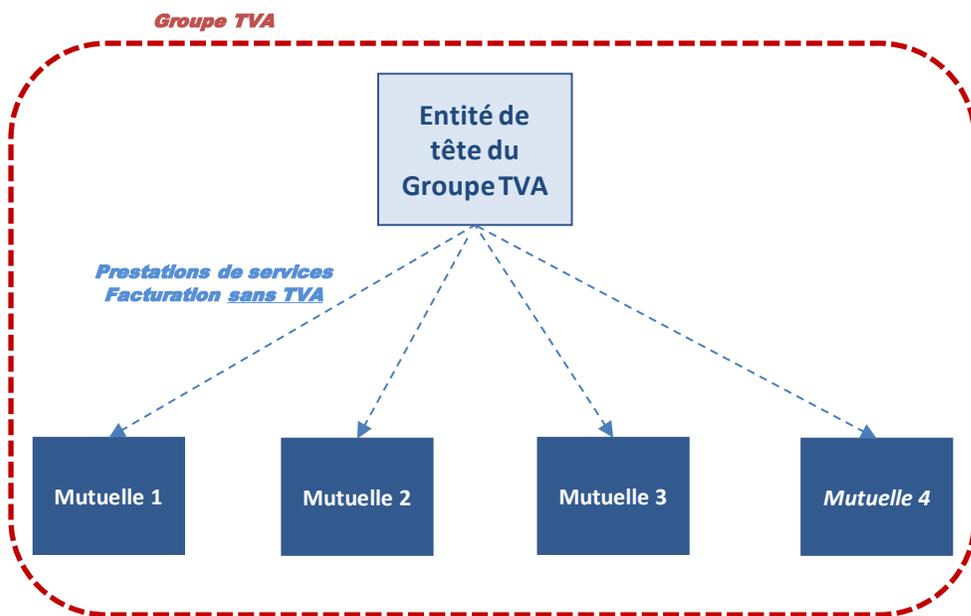
L'avenir du dispositif

- La jurisprudence de la CJUE ne sera effective en droit interne que lorsque le législateur aura procédé à la modification de l'article 261 B du CGI mais il existe toutefois différents risques :
 - Il est possible que la France doive à moyen terme mettre sa législation fiscale en conformité avec l'interprétation de la CJUE sous peine d'être visée par une **action en manquement** ;
 - Le maintien de l'exonération de TVA par la France entraîne pour certaines entreprises un traitement fiscal avantageux et pourrait être condamnable au regard du régime des **aides d'Etat**.

- Moratoire annoncé par l'administration fiscale sur le sujet
 - Volonté de modifier la directive et de pérenniser le régime actuel ;
 - Existence de différents obstacles
 - unanimité des Etats membres pour modifier la directive. A noter : une proposition de la Commission européenne souhaite mettre fin à la règle de l'unanimité pour les réformes fiscales mais celle-ci semble avoir peu de chance d'aboutir.
 - absence de réaction de la plupart des Etats membres suite aux arrêts de la CJUE.

Groupements autonomes de personnes

L'alternative du Groupe TVA



- En droit positif : uniquement un paiement consolidé de la TVA pour les groupes dont les membres relèvent de la direction des grandes entreprises.
- Groupe TVA = un assujetti ➡ pas de TVA sur les opérations entre membres
- A l'instar de l'article 261 B du CGI, cela aboutit à une neutralisation des prestations fournies entre les membres du groupe au regard de la TVA.
- Procédure : simple avis du Comité de la TVA et pas d'unanimité requise des Etats membres.
- Entrée en vigueur du groupe TVA au Luxembourg le 31 juillet 2018 en réaction aux arrêts de la CJUE.

3 - Quels sont les aspects sociaux liés aux rapprochements ?

Intervenants :

Aurélien Boulanger, Avocat associé, Gide

Yan-Eric Logeais, Counsel, Gide

Introduction

- Les rapprochements impactent non seulement l'activité, mais également la structure même des entreprises concernées et notamment les contrats de travail les liant à leurs employés, les relations avec les organes de représentation collective, et entraînent parfois des licenciements.
- Quelles problématiques et quelle stratégie pour les anticiper ?
- Certaines démarches sont communes à tout type de restructuration et d'autres particulières à des opérations de rapprochement entre acteurs de la protection sociale (en raison de leurs particularités : fonctions clés, dirigeant opérationnel, etc.).



1 ■ Avant le rapprochement

Principe d'anticipation des rapprochements

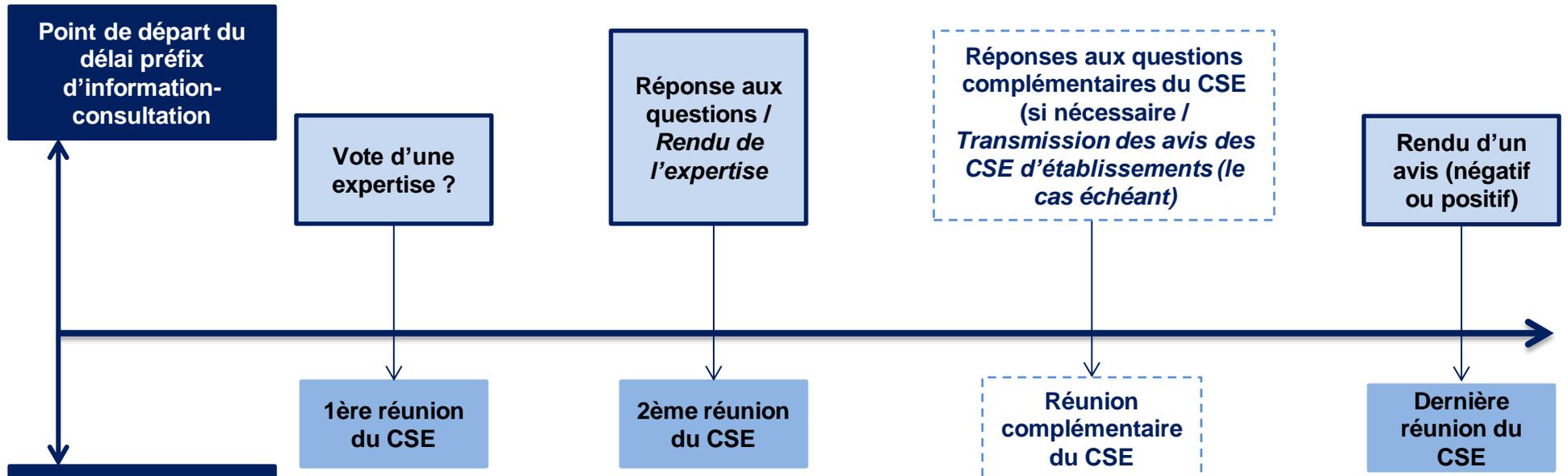
Quelques questions à anticiper :

- Anticipation des conséquences sur les activités et conditions de travail des salariés et prise en compte des éventuels risques psychosociaux en mettant en place un accompagnement de la réorganisation (entretien RH, médecin du travail, cellule d'accompagnement, etc.)
- Sécurisation de la question du transfert des contrats de travail s'il y a lieu
- Audit des statuts collectifs existants au sein des entreprises et groupes concernées : nécessité ou non de négocier des accords collectifs en amont ou postérieurement à l'opération
- Etat des lieux sur les instances représentatives du personnel existantes :
 - Salariés protégés concernés et nécessitant de recueillir une éventuelle autorisation de l'inspection du travail (en cas de transfert partiel)
 - Institutions représentatives du personnel à informer et consulter préalablement à l'opération
 - Maintien ou non des instances représentatives du personnel
 - Nécessité ou non d'organiser de nouvelles élections postérieurement à l'opération
- Organisation de la gouvernance postérieurement à l'opération

Information et consultation préalable des instances représentatives du personnel (IRP)

- Information et consultation préalable avant toute décision définitive :
 - du Comité social et économique (CSE) ;
 - de la Commission Santé, Sécurité et Conditions de travail (dans les entreprises d'au moins 300 salariés), si le projet a des impacts sur la santé et la sécurité des salariés ;
 - du Comité d'Entreprise Européen / Comité de Groupe (le cas échéant et sous réserve des dispositions applicables)

Information et consultation préalable des IRP (schéma simplifiée)



- **1 mois** en cas de simple consultation ;
- **2 mois** en cas de recours à un expert ;
- **3 mois** en cas d'intervention d'une ou plusieurs expertises dans le cadre de consultation se déroulant à la fois au niveau du CSE central et d'un ou plusieurs CSE d'établissement multiples (C. trav., art. R. 2312-6).

Modalités juridiques du transfert des contrats de travail

- Transfert automatique des contrats de travail, en application de l'article L. 1224-1 du code du travail, lorsque deux conditions cumulatives sont réunies :
 - le transfert d'une entité économique autonome ;
 - le maintien de l'identité de l'entité transférée avec poursuite ou reprise de l'activité de cette entité par le nouvel employeur.

- En cas d'application de plein droit de l'article L.1224-1 du Code du travail,
 - le salarié ne peut s'opposer à son transfert ;
 - le transfert des contrats de travail entraîne la mise en cause des accords collectifs de travail dont bénéficient les salariés concernés.

- Entité / GIE / Association de moyens :
 - La création d'un groupement d'intérêt économique, qui n'est constitué qu'en vue de mettre en œuvre les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité n'entraîne pas l'application de l'article L. 1224-1 du code du travail (Cass. soc. 20 nov. 1991, n°88-42112 ; Cass. soc. 25 janvier 1995, n° 94-60049).
 - Il en a été jugé de même dans l'hypothèse de la reprise de l'activité d'un GIE par ses membres à l'occasion de sa dissolution (Cass. soc. 7 juillet 2010, n°08-45351) .

Modalités juridiques du transfert des contrats de travail

- A défaut d'application de plein droit de l'article L. 1224-1 du code du travail, il peut être envisagé le transfert volontaire de tout ou partie des salariés, dans le cadre du régime légal de cession des contrats (article 1216 du Code civil), par une convention tripartite de transfert, par lequel les parties :
 - conviennent du transfert du contrat de travail au nouvel employeur et l'extinction de tout lien contractuel avec l'ancien employeur,
 - et reconnaissent donc la nouvelle entité comme l'unique employeur du salarié à compter de la date de transfert, avec toutes les conséquences de droit qui s'y attachent : reprise d'ancienneté, droits acquis à congés payés, RTT, CET.
- Le transfert n'emporte ni démission, ni licenciement, ni rupture conventionnelle, et n'ouvre donc aucun droit associé à une rupture de contrat de travail, notamment aucun droit à préavis ou à indemnité de rupture.
- **NB** : le refus de modification du contrat de travail ne constitue pas en soi une cause de licenciement, Dans ces conditions, la rupture du contrat de travail qui résulte du seul refus du salarié doit s'analyser en un licenciement sans cause réelle et sérieuse (Cass. soc. 2 février 2006, RJS 4/06, n° 399. Voir aussi : Cass. soc. 19 décembre 2007, n°06-44379 à 06-44384)



2 ■ Après le rapprochement

Harmonisation des statuts collectifs

- En cas d'application de l'article L. 1224-1 du code du travail, le régime de la mise en cause des accords collectifs, prévu à l'article L. 2261-14 du Code du travail, est le suivant :
 - les accords collectifs mis en cause continuent de produire effet, à titre transitoire, pendant un délai maximum de 15 mois, dit délai de « *survie provisoire* », ou jusqu'à l'entrée en vigueur d'accords de substitution ;
 - pendant la période de survie (15 mois au plus), il y a concours d'accords collectifs ;
 - à l'issue de la période de survie (15 mois au plus), les conventions et accords mis en cause cessent d'être applicables aux salariés (sauf clause prévoyant une durée de préavis supérieure à 3 mois). Les salariés bénéficient d'une garanties de rémunération (elle ne peut être inférieure à celle perçue sur les 12 derniers mois).
- Possibilité d'anticiper la négociation d'un accord de substitution par la négociation :
 - d'un accord de transition, à durée déterminée, concernant uniquement les salariés dont le transfert est envisagé suite à l'opération de rapprochement ;
 - d'un accord d'adaptation, concernant cette fois-ci l'ensemble du périmètre c'est-à-dire non seulement les salariés transférés mais aussi les salariés de la structure d'accueil.

Rationalisation de la structuration des instances représentatives du personnel

- Les mandats des représentants du personnel perdurent, dans l'hypothèse où l'entité transférée, dans le cadre de laquelle ils ont été élus, conserve son autonomie juridique.
- Maintien de la représentativité des organisations syndicales pour la durée du cycle électoral (Cass. soc. 19 février 2014, n°13-20069 et 13-17445) : la représentativité des organisations syndicales au sein de l'entité d'accueil n'est pas remise en cause ou diluée par l'effet du rapprochement opérée avec une autre entité.
- Des élections partielles doivent avoir lieu à l'initiative de l'employeur lorsqu'un collège électoral n'est plus représenté ou lorsque le nombre des membres titulaires de la délégation est réduit de moitié ou plus (C. trav., art. L. 2314-10).
- Postérieurement au rapprochement, peuvent être mis en place :
 - des CSE d'établissement dans les entreprises de plus de 50 salariés et comportant au moins 2 établissements distincts (C. trav., L.2313-1). Un accord d'entreprise doit alors prévoir leur nombre et leur périmètre (C. trav., art. L. 1323-2). A défaut d'accord trouvé avec les organisations syndicales représentatives (ce qui implique une obligation de négociation), le nombre et le périmètre des établissements distincts peuvent être fixés de manière unilatérale par l'employeur « *compte tenu de l'autonomie de gestion du responsable de l'établissement, notamment en matière de gestion du personnel* » (C. trav., art. L. 2313-4) ;
 - par accord collectif inter-entreprises, un CSE inter-entreprises lorsque la nature et l'importance de problèmes communs aux entreprises d'un même site ou d'une même zone le justifient.

Mise en commun de moyens entre les acteurs du rapprochement

- La mise en place de services communs mutualisés peut être réalisée par :
 - le recours à un groupement de moyens ayant la personnalité morale (GIE), avec un transfert volontaire du contrat de travail des salariés concernés ;
 - le recours à un groupement de moyens n'ayant pas la personnalité morale (groupement de fait ou société en participation). A défaut de personnalité morale, le groupement ne peut revêtir la qualité d'employeur ;
 - la prestation de services sans ou avec mise à disposition de personnel.

Mise en commun de moyens entre les acteurs du rapprochement

- Nomination des responsables des fonctions clés Solvabilité 2 :
 - Quatre responsables de fonctions clés distincts au niveau du groupe rattachés à l'un des dirigeants effectifs de l'entreprise mère et reproduction du même dispositif avec des responsables distincts de ceux du groupe pour chacune des entités qui composent le groupe ;
 - ou
 - Mise en commun des responsables des fonctions clés Solvabilité 2 par la désignation d'un responsable unique au niveau du groupe, qu'il soit logé ou non au sein de l'organisme tête de groupe (avec un positionnement hiérarchique suffisant).
 - Un lien adéquat (notamment contractuel) formalisant cette autorité doit exister, confirmant sans ambiguïté le pouvoir de décision en dernier ressort du dirigeant sur toute question affectant la personne morale dont il est responsable et les modalités selon lesquelles le responsable de fonction clé rapporte au dirigeant (lettre miroir dans chaque entité).
- Nomination / révocation du dirigeant opérationnel (nécessité de mener une double procédure, tant devant le conseil d'administration que la procédure applicable pour la rupture du contrat de travail)

4 - Les rapprochements sont-ils soumis au droit de la concurrence ?

Intervenant :

Emmanuel Reille, Avocat associé, Gide

Le champ d'application du droit de la concurrence

- Le droit de la concurrence s'applique aux seules « entreprises »
 - La notion d'« entreprise » est applicable à toute entité, quel que soit son statut juridique ou son mode de financement
 - Une entreprise est une entité qui exerce une activité économique (CJCE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, Höfner et Elser)
 - Est a priori une activité économique toute activité de production, de distribution ou de services (L.410-1 du Code de commerce)
- L'absence de but lucratif n'est pas un élément suffisant pour échapper à la qualification d'« entreprise » au sens du droit de la concurrence
 - Principe de solidarité et contrôle de l'Etat (CJCE, 17 février 1993, aff. C-159/91 et C-160/91, Poucet et Pistre)
 - Application en droit interne (Décision de l'Autorité de la concurrence n°16-D18 du 8 septembre 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la protection sociale des étudiants)
- Analyse à mener activité par activité pour les entités hybrides

La boîte à outils du droit de la concurrence

- Le contrôle des concentrations
 - Contrôle *a priori* fondé sur des seuils (généralement) exprimés en chiffre d'affaires
 - Vérification de l'absence de risque de réduction sensible de la concurrence, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante
 - Issues possibles : autorisation avec / sans engagement, interdiction

- Le contrôle des pratiques anticoncurrentielles (ententes et abus de position dominante)
 - Contrôle *a posteriori*, sur saisine d'office ou plainte
 - Vérification de l'absence d'accords et ou pratiques concertées susceptibles de restreindre la concurrence sur un marché
 - Issues possibles : mise hors de cause, sanctions pécuniaires, injonction

La grille d'analyse pour évaluer un projet de rapprochement au regard des règles du droit de la concurrence

- Le projet de rapprochement porte-t-il sur une entreprise et/ou des activités économiques au sens du droit de la concurrence ?
- Le projet de rapprochement / partenariat constitue-t-il une concentration ou une entente ?
- Si c'est une concentration, s'agit-il d'une concentration notifiable ?
 - Les regroupements prudents (UMG, SGAPS et SGAM)
- Si c'est une entente, s'agit-il d'une entente anticoncurrentielle ?
 - Les regroupements non-prudents (UGM, GAP et GAM)

L'analyse des rapprochements au regard des règles relatives au contrôle des concentrations

- Le contrôle des concentrations permet d'appréhender différents types d'opérations :
 - Fusion
 - Prise de contrôle exclusif / conjoint
 - Création d'une entreprise commune

- Seules les opérations dont les entreprises participantes réalisent certains niveaux de chiffre d'affaires requièrent une notification auprès des autorités de concurrence compétentes :
 - Les seuils en France :
 - CA mondial cumulé > 150 M€
 - CA France individuel d'au moins deux parties > 50 M€
 - Les seuils communautaires (première série de seuils) :
 - CA mondial cumulé > 5 Mds €
 - CA UE individuel d'au moins deux parties > 250 M€
 - Sauf si toutes les parties réalisent plus des deux-tiers de leurs chiffres d'affaires UE dans un seul et même Etat-membre

Les risques liés au contrôle des concentrations

- Les échanges d'informations nécessaires pour la réalisation de l'opération :
 - L'interdiction des échanges d'informations commerciales sensibles
 - La mise en place d'un cadre protecteur (clean team)

- Le respect du principe de l'effet suspensif :
 - La suspension de la réalisation de l'opération jusqu'à l'obtention de la décision d'autorisation
 - La préparation du closing et de la mise en œuvre de l'opération

- L'impact concurrentiel de l'opération :
 - Des marchés atomisés avec des risques de concurrence limités
 - Un risque limité d'interdiction / d'autorisation sous condition d'engagements

Grand Témoin

François Venturini, Directeur Général, Groupe VYV