

Adaptation des régimes de protection sociale complémentaire à la loi Fillon (3^e partie)

Financement du régime

Après avoir consacré les deux premières parties de cette étude au caractère collectif et obligatoire des régimes de protection sociale complémentaire ⁽¹⁾, Laurence Lautrette et Elise Bailly abordent, dans cette troisième et dernière partie, leurs modalités de financement.

La réforme devait durer un peu moins de cinq ans, elle en durera un peu plus. La date limite de mise en conformité des régimes de protection sociale complémentaire avait été fixée au 30 juin 2008. Elle a été repoussée au 31 décembre 2008 ⁽²⁾.

Six mois de plus, ce n'est pas trop pour mettre les régimes d'entreprise en conformité avec la dizaine de circulaires fiscales et sociales dont les interprétations sont souvent délicates et parfois contradictoires.

La loi Fillon du 21 août 2003 ⁽³⁾ a modifié les conditions d'exonération des contributions versées aux couvertures collectives d'entreprise.

Pour les charges sociales, l'article 113 a modifié l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale qui fixe désormais un nouveau plafond d'exonération pour les contributions de l'employeur et rajoute de nombreuses conditions qui n'étaient pas exigées par la législation antérieure.

Le décret du 9 mai 2005 ⁽⁴⁾, puis... douze circulaires ⁽⁵⁾ sont venus préciser l'intention du législateur.

Pour la fiscalité, l'article 83 du Code général des impôts définit les conditions de déductibilité de l'impôt sur le revenu des contributions des employeurs et des salariés versées aux couvertures collectives d'entreprise.

L'article 111 de la loi Fillon a modifié l'article 83 du Code général des impôts et la ■ ■ ■

Le Cabinet Laurence Lautrette & Associés réunit une équipe de référence, spécialisée en protection sociale et en restructuration des organismes du secteur de l'économie sociale.

Le Cabinet conseille les entreprises, les branches et les pouvoirs publics pour la mise en place et la modification de leurs régimes de retraite, prévoyance, santé et les organismes du secteur de l'économie sociale. Il appartient au réseau Jacques Barthélémy.

24, rue de Berri - 75008 Paris
Tél. : 01 53 53 63 60
Fax : 01 46 34 03 00
www.lautrette-avocats.com



Par Laurence Lautrette
Avocate Associée



et par Elise Bailly
Avocate Senior

Cabinet Laurence Lautrette
& Associés, Réseau Jacques
Barthélémy

(1) « Le caractère collectif du régime : les catégories de bénéficiaires », Les Cahiers du DRH n° 142, avr. 2008, p. 29 ; « Le caractère obligatoire du régime : les dispenses d'affiliation », Les Cahiers du DRH n° 144, juin 2008, p. 50. (2) Lettre-circ. ACOSS DIRRES n° 2008-28, 6 mars 2008, reprenant les termes d'une lettre ministérielle du 13 février 2008, qui elle-même faisait suite à une lettre des Ministres X. Bertrand et E. Woerth du 31 janvier 2008. (3) L. n° 2003-775, 21 août 2003. (4) D. n° 2005-435, 9 mai 2005. (5) Lettre-circ. DIRRES n° 2005-022, 21 janv. 2005 (lettre-min. 7 mai 2004 et lettre-min. déc. 2004) ; Lettre-circ. DIRRES n° 2005-089, 6 juin 2005 ; Circ. min. DSS/5B/2005/396, 25 août 2005 ; Lettre-circ. DIRRES n° 2005-130, 13 sept. 2005 ; Lettre-circ. DIRRES n° 2005-140, 17 oct. 2005 ; Lettre-circ. DIRRES n° 2006-045, 27 févr. 2006 ; Circ. DSS/5B/2006/36, 24 janv. 2006 ; Lettre-circ. DIRRES n° 2006-102, 14 août 2006 ; Circ. DSS/5B/2006/330, 21 juill. 2006 ; Lettre-circ. ACOSS DIRRES n° 2007-118, 29 août 2007 (Lettre-min. 3 août 2007) ; Lettre-circ. ACOSS DIRRES n° 2008-014, 22 janv. 2008 (Lettre-min. 31 déc. 2007) ; Lettre-circ. ACOSS DIRRES n° 2008-028, 6 mars 2008 (lettre-min. 13 févr. 2008).

loi de finances pour 2004 a fixé de nouveaux plafonds ⁽⁶⁾. L'instruction fiscale du 25 novembre 2005 ⁽⁷⁾ est venue confirmer la pratique fiscale antérieure ⁽⁸⁾ et adapter les conditions de déductibilité fiscale aux nouvelles conditions d'exonération sociale.

L'ensemble constitue un édifice d'une centaine de pages qui représente, pour le dirigeant d'entreprise ou son DRH, un véritable parcours du combattant. Parcours malgré tout obligatoire, dans la mesure où, à défaut de respecter l'une des conditions sociales d'exonérations, toutes les contributions patronales versées après le 1^{er} janvier 2009 seront assujetties à cotisations sociales. Pour toutes les entreprises qui n'ont pas encore entamé la modification de leurs couvertures collectives (santé, retraite, prévoyance), parce que ces dernières sont actuellement conformes aux exigences fiscales antérieures, nous souhaitons souligner les points de la réforme qui nous paraissent les plus importants et les plus délicats à interpréter ⁽⁹⁾.

Nous avons examiné en première et deuxième partie les incidences de la réforme sur les caractères collectif et obligatoire des régimes de protection sociale complémentaire.

Nous nous attachons, dans cette troisième et dernière partie, aux modalités de financement de ces régimes.

Participation effective de l'employeur

Fiscalement, les règles de déductibilité n'ont pas changé avec la loi *Fillon* : le régime de retraite, prévoyance ou santé doit être financé par une contribution patronale « effective » ⁽¹⁰⁾.

Selon l'administration fiscale, la participation « effective » de l'employeur doit correspondre, au minimum, à une part « significative » de la cotisation globale ou, au maximum, à sa totalité.

Ainsi, la prise en charge des frais de mise en place et de gestion du régime par l'employeur ne suffit pas pour obtenir les avantages fiscaux. En matière d'exonération de charges sociales, cette règle n'existe pas. La solution n'est pas illogique puisque, sans contribution patronale, il n'existe pas d'assiette d'assujettissement ou d'exonération de charges sociales.

Taux uniforme de cotisations

Comme par le passé, l'administration fiscale exige que la participation de l'employeur soit fixée à un taux uniforme pour l'ensemble du personnel (ou l'ensemble des bénéficiaires d'une catégorie donnée).

Avant la loi *Fillon*, cette condition était uniquement fiscale.

Elle existe désormais en matière d'exonération de charges sociales.

En effet, le nouvel article D. 242-1 du Code de la sécurité sociale exige également que la cotisation soit fixée à un taux uniforme.

Bien que le texte du Code de la sécurité sociale n'évoque cette condition qu'en matière de retraite supplémentaire, la circulaire du 25 août 2005 l'a étendu à tous les régimes de protection sociale complémentaire (santé et prévoyance aussi).

C'est le **taux** de cotisation qui doit être identique. La modulation de la cotisation en fonction de la rémunération est donc admise (exemple : X % du salaire brut).

⁽⁶⁾ L. n° 2003-1311, 30 déc. 2003, art. 82. Le nouveau plafond fiscal est de 8 % de la rémunération annuelle brute limitée à 8 PASS pour la retraite et 7 % du PASS + 3 % de la rémunération annuelle brute pour la prévoyance (enveloppe limitée à 3 % de 8 PASS). En matière d'exonérations de charges sociales, l'enveloppe retraite est égale à 5 % du PASS ou 5 % de la rémunération annuelle brute limitée à 5 PASS ; l'enveloppe prévoyance est de 6 % du PASS + 1,5 % de la rémunération annuelle brute (enveloppe limitée à 12 % du PASS). ⁽⁷⁾ Instr. fisc. 5F-15-05, n° 195, 25 nov. 2005. ⁽⁸⁾ Instr. fisc. 5F-25-85, 5 déc. 1985. ⁽⁹⁾ La présente note ne constitue donc pas une analyse exhaustive. De nombreux points, qui ne sont pas évoqués dans cet article, sont à examiner avant d'entamer la mise en conformité. ⁽¹⁰⁾ La règle résultait de l'instruction fiscale 5F-25-85 du 5 décembre 1985 ; elle a été reprise à l'identique dans l'instruction 5F-15-05, n° 195 du 25 novembre 2005.

Il n'est donc pas nécessaire que la cotisation patronale soit la même, en euros.

Dans le même sens, l'application d'un taux uniforme n'interdit pas de faire varier le taux de cotisation par tranche de rémunération fixée par référence au plafond de la sécurité sociale (exemple : X % de la tranche A et Y % des tranches B et C).

En revanche, il n'est pas possible de moduler les taux de cotisations selon l'âge des salariés ⁽¹¹⁾. Tant en matière fiscale qu'en matière de charges sociales, il est admis qu'à l'intérieur d'un taux de cotisation uniforme les salariés puissent choisir leurs prestations. C'est le cas par exemple des régimes de prévoyance qui, pour un même taux de cotisation, laissent le choix aux salariés entre le versement d'un capital décès seul, ou le versement d'un capital décès moins élevé mais associé à une rente d'orphelin ou de conjoint.

Participation du comité d'entreprise

Un certain nombre de régimes de frais de santé sont financés en tout ou partie par le comité d'entreprise.

Le comité peut en effet « subventionner » un régime de frais de santé, sur son budget d'activités sociales et culturelles, dès lors que ce régime est facultatif.

Du point de vue fiscal, un régime facultatif n'est pas éligible à la déductibilité des cotisations. En matière de charges sociales, avant la loi *Fillon*, les contributions du comité d'entreprise n'étaient soumises à charges sociales que si, cumulées avec celles de l'employeur, elles

excédaient les plafonds d'exonération (soit 19 % de 85 % du plafond annuel de la sécurité sociale) ⁽¹²⁾.

Désormais, pour être éligible aux exonérations de charges sociales, la circulaire du 25 août 2005 précise que le régime financé par le comité d'entreprise doit :

- être mis en place par l'employeur selon l'une des modalités fixées à l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale (accord collectif, référendum ou décision unilatérale) ;
- et être à adhésion obligatoire pour les salariés.

En droit du travail, il nous paraît extrêmement difficile de justifier la participation du CE à un régime « obligatoire » qui a pour effet de contraindre le salarié à cotiser au régime.

La circulaire du 25 août 2005 admet même que le régime soit exonéré de charges sociales dans l'hypothèse où l'employeur ne contribue pas du tout à son financement.

Dans tous les cas, à défaut de texte fiscal rédigé dans les mêmes termes, la contribution du CE à un tel régime reste entièrement soumise à impôt sur le revenu des bénéficiaires.

Financement des régimes pendant les périodes de suspension du contrat de travail

Plus de quatre ans après la loi *Fillon*, deux nouvelles circulaires ⁽¹³⁾ d'application risquent d'avoir des conséquences lourdes pour bon nombre de régimes en place.

Dans quels cas l'employeur est-il contraint de maintenir sa contribution au régime ■ ■ ■

(11) Sauf à utiliser la souplesse admise en matière d'adhésion collective des salariés. Rappelons en effet que la circulaire du 25 août 2005 admet qu'une catégorie soit définie en fonction de l'âge lorsqu'il s'agit de remplacer un régime de retraite à prestations définies par un régime de retraite à cotisations définies (voir *Les Cahiers du DRH*, avr. 2008, n° 142, p. 31). Le taux uniforme de cotisation étant apprécié au niveau d'une catégorie donnée de bénéficiaires, on pourrait imaginer un régime de retraite à cotisations définies qui appliquerait un taux de cotisation plus élevé pour les salariés les plus seniors, anciens bénéficiaires d'un régime de retraite à prestations définies. (12) Voir Laurence Lautrette, « Les contributions du comité d'entreprise aux régimes de retraite et de prévoyance complémentaires après la loi Fillon », *La Semaine Juridique Sociale* n° 25, 13 déc. 2005, p. 1413. (13) Lettre 3 août 2007, reprise dans lettre-circ. n° 2007-118, 29 août 2007 ; Lettre 31 déc. 2007, reprise dans lettre-circ. n° 2008-014, 22 janv. 2008.

LE COIN DE LA PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE

alors que le contrat de travail est suspendu ? La question est importante dans la mesure où le salarié, dont le contrat de travail est suspendu, reste inscrit aux effectifs de l'entreprise, sans que le salaire soit toujours maintenu.

Par conséquent :

- d'un côté, l'assureur qui cesse de couvrir le salaire remet en cause le caractère collectif du régime ;
- d'un autre côté, il est difficile de continuer à couvrir, lorsqu'il n'existe plus le salaire pour asseoir les cotisations.

Jusqu'à présent, une certaine marge de liberté était laissée aux rédacteurs des contrats d'assurance et aux partenaires sociaux pour traiter cette situation.

Désormais, l'administration fixe un cadre aux opérateurs.

Une première lettre ministérielle du 3 août 2007 ⁽¹⁴⁾ a imposé à l'employeur de maintenir sa contribution.

Dans tous les cas de suspension du contrat de travail, l'employeur doit maintenir sa contribution au régime :

- durant toute la période de suspension si elle est liée à la maladie, la maternité ou l'accident ;
- au moins pendant six mois dans les autres cas (congé sabbatique, création d'entreprise, etc.).

Devant le tollé de protestations soulevé par cette disposition, une seconde lettre ministérielle du 31 décembre 2007 ⁽¹⁵⁾ est revenue en arrière et a imposé le maintien de la contribution patronale pour les périodes de suspension du contrat de travail donnant lieu à indemnisation totale ou partielle du salarié.

L'administration considère comme périodes d'indemnisations celles durant lesquelles le

salaire est maintenu ou celles durant lesquelles le salarié perçoit des indemnités journalières complémentaires financées au moins pour partie par l'employeur.

Pour les périodes durant lesquelles la suspension est liée à une maladie, une maternité ou un accident, mais qui ne donnent pas lieu à indemnisation, la circulaire annonce une « concertation » avec les acteurs du secteur. Dans l'attente, aucun redressement Urssaf ne peut être opéré de ce chef.

Enfin, pour les périodes non indemnisées et non liées à la maladie, l'exigence du maintien de la garantie et de la contribution patronale pendant six mois, issue de la première lettre du 3 août, constitue, selon l'administration, une... recommandation.

□

Pour conclure, le chassé-croisé des deux dernières circulaires illustre parfaitement les propos que nous avons tenus en introduction.

L'autorité administrative prend des orientations sans respecter le cadre des lois et décrets qui s'imposent à elle et sans respecter non plus les textes applicables à la matière (Code de la sécurité sociale, Code des assurances, Code du travail) et pour des objectifs dont la finalité reste floue.

C'est dans ces conditions qu'il faudra tout de même arriver, pour le 31 décembre prochain, à modifier les couvertures collectives de manière à échapper aux redressements que les Urssaf ne manqueront pas de diligenter à compter du 1^{er} janvier 2009. ♦

⁽¹⁴⁾ Reprise dans lettre-circ. n° 2007-118, 29 août 2007. ⁽¹⁵⁾ Reprise dans lettre-circ. n° 2008-014, 22 janv. 2008.