

Adaptation des régimes de protection sociale complémentaire à la loi Fillon

Redéfinir les bénéficiaires (1^{re} partie)

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 ⁽¹⁾.

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 ⁽²⁾ 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 ⁽³⁾, puis... douze circulaires ⁽⁴⁾ 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 loi de finances pour 2004 a fixé de nouveaux plafonds ⁽⁵⁾. L'instruction fiscale du 25 novembre 2005 ⁽⁶⁾ est venue confirmer la pratique fiscale antérieure ⁽⁷⁾ 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 ■ ■ ■

Le Cabinet Laurence Laurette & 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 Laurette
Avocate Associée



et par Elise Bailly
Avocate Sénior

Cabinet Laurence Lautrette
& Associés, Réseau Jacques
Barthélémy

(1) 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. (2) L. n° 2003-775, 21 août 2003. (3) D. n° 2005-435, 9 mai 2005. (4) 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). (5) 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). (6) Instr. fisc. 5F-15-05, n° 195, 25 nov. 2005. (7) Instr. fisc. 5F-25-85, 5 déc. 1985.

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 ⁽⁸⁾.

La première série de difficultés concerne le caractère collectif du régime et la définition des catégories de bénéficiaires susceptibles d'être admises. La deuxième série concerne le caractère obligatoire du régime et la mise en œuvre des nouvelles dispenses d'affiliation. La troisième série concerne les modalités de financement du régime.

Evolution de la législation

Avant la loi Fillon

Avant la loi Fillon, les contributions étaient déductibles de l'impôt sur le revenu à la condition que le régime bénéficie soit à la totalité du personnel, soit à une catégorie donnée.

Les catégories admises par l'Administration fiscale étaient notamment celles appliquées en droit du travail : ouvriers, employés, agents de maîtrise, ingénieurs et cadres.

Mais la jurisprudence du Conseil d'Etat avait conduit l'Administration fiscale à accepter d'autres catégories, dès lors qu'elles étaient définies de manière générale et impersonnelle, selon des critères non restrictifs. C'est sur ce fondement que la jurisprudence administrative avait ainsi admis que les mandataires sociaux, s'ils ne constituaient pas une catégorie de personnel à eux seuls, pouvaient bénéficier des régimes collectifs d'entreprise s'ils étaient inclus dans une catégorie plus large (les cadres dirigeants, par exemple).

L'Administration fiscale admettait aussi qu'un régime ne bénéficie qu'à une seule personne, dès lors qu'il avait vocation à bénéficier à de nouveaux embauchés entrant dans la catégorie objectivement définie.

Après la loi Fillon

Après la loi Fillon, les conditions fiscales sont restées les mêmes. La nouvelle instruction de 2005 a repris les termes d'une instruction du 5 décembre 1985, et a intégré la construction jurisprudentielle.

En revanche, les conditions sociales ont considérablement évolué puisque, avant la loi Fillon, les couvertures complémentaires pouvaient être individuelles et facultatives, sans remettre en cause l'exonération de charges sociales.

La loi Fillon a souhaité reprendre les critères de la législation fiscale en imposant aux couvertures complémentaires d'être désormais collectives et obligatoires.

Toutefois, les règles sociales s'avèrent infiniment plus contraignantes que les règles fiscales.

Critères désormais prohibés

Les circulaires du 25 août 2005 et du 21 juillet 2006 prohibent ainsi les catégories définies en fonction :

- de la classification ;
- du coefficient ;
- de la durée du travail ;
- de l'âge ;
- de l'ancienneté.

Classification et coefficient

La prohibition des critères de classification et de coefficient conduit toutes les entreprises qui ont défini leurs catégories de bénéficiaires par référence aux grilles de leur convention collective à modifier leurs régimes, pour revenir aux catégories du droit du travail.

(8) 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.

Durée du travail

De la même manière, les régimes qui étaient réservés aux salariés effectuant un minimum d'heures de travail dans l'entreprise, aboutissant à exclure les salariés à temps très partiel, ne pourront perdurer au-delà du 31 décembre prochain.

Ancienneté

Quant à l'interdiction de définir la catégorie de bénéficiaires en fonction de l'ancienneté, la circulaire de 2005 a prévu une exception : il est possible d'insérer une condition d'ancienneté qui ne peut excéder douze mois. En droit du travail, il apparaît difficile de justifier une telle différence de traitement pour les salariés n'ayant pas acquis un an d'ancienneté.

Age

Une dernière exception est autorisée par la circulaire de 2005 : la prohibition du critère de l'âge peut être écartée lorsqu'il s'agit de remplacer un régime de retraite à prestations définies par un régime de retraite à cotisations définies.

Là encore, le seul bénéfice d'une exonération sociale n'est pas de nature à légitimer un tel dispositif en droit du travail qui se heurterait au principe de non-discrimination en fonction de l'âge. Il nous paraît donc indispensable de fonder un tel régime sur les dispositions de l'article L. 1133-1 du Code du travail ⁽⁹⁾ qui autorise des discriminations fondées sur des raisons objectives et justifiées en fonction de l'âge.

Régimes à modifier impérativement

Outre les critères expressément interdits par la circulaire, deux types de régimes posent problème au regard des nouvelles exigences sociales.

Il s'agit :

- des régimes de retraite réservés à certains cadres dirigeants (exemple : les membres du comité exécutif ou du comité de direction) ;
- des régimes réservés à une catégorie de personnel à la suite d'une fusion.

Jusqu'ici, ces régimes ne soulevaient pas de difficulté du point de vue fiscal. L'Administration considérait qu'ils revêtaient un caractère collectif. Les nouvelles règles sociales empêchent leur maintien à partir de 2009.

Régimes réservés aux cadres dirigeants ou aux cadres supérieurs

Bien souvent, les entreprises font bénéficier leurs cadres les mieux rémunérés de régimes spécifiques de retraite ou de prévoyance.

Or, les nouvelles règles sociales ne tolèrent que deux catégories de cadres :

- tous les cadres de l'entreprise ;
- les cadres dirigeants visés à l'article L. 3111-2 du Code du travail ⁽¹⁰⁾ qui ne sont pas soumis à la durée du travail en vigueur dans l'entreprise.

Le plus souvent, le statut de cadre dirigeant est inscrit dans le contrat de travail des intéressés.

En conséquence, l'entreprise qui applique aujourd'hui un régime (de retraite ou de prévoyance) réservé à une partie seulement des cadres a le choix entre :

- soit étendre la catégorie de bénéficiaires à tous les cadres ;
- soit adapter les contrats de travail des intéressés pour qu'ils relèvent expressément de l'article L. 3111-2 (et, le cas échéant, étendre le régime aux autres cadres).

Il va sans dire que si d'autres cadres dirigeants sont exclus de la durée du travail, sans appartenir au comité exécutif ou de direction, ils devront alors bénéficier du régime. ■ ■ ■

(9) Ancien C. trav., art. L. 122-45-3. (10) Ancien C. trav., art. L. 212-15-1.

LE COIN DE LA PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE

Régimes réservés aux salariés transférés suite à une réorganisation

La règle consistant à n'accepter que les catégories de droit du travail pose également une réelle difficulté en cas de transfert de salariés dans le cadre d'une réorganisation de l'entreprise.

Désormais, au-delà d'une période de quinze mois, il n'est plus possible de maintenir aux salariés nouvellement absorbés le bénéfice des régimes de retraite et de prévoyance de leur ancienne entreprise auxquels ils étaient attachés. La Cour de cassation vient de juger qu'il est possible de conserver les avantages des salariés absorbés sans encourir la discrimination à l'égard des autres salariés de l'entreprise ⁽¹¹⁾.

On peut donc maintenir le régime aux anciens salariés... mais il n'est pas exonéré des cotisa-

tions sociales et il faudra tout de même leur ouvrir le bénéfice du régime en place dans l'entreprise absorbante.



En résumé, dès lors que les catégories de bénéficiaires ne sont pas définies selon les catégories classiques du droit du travail (ouvriers, employés, agents de maîtrise, ingénieurs et cadres), le régime de protection sociale complémentaire devra être modifié pour conserver, à partir du 1^{er} janvier 2009, les exonérations de charges sociales dont bénéficiaient jusqu'ici les contributions patronales... ♦

Nous aborderons dans le prochain numéro des Cahiers du DRH les dispenses d'affiliation.

Tableau récapitulatif des conditions fiscales et sociales

Caractère collectif : la catégorie de bénéficiaires	
Autorisée	Interdite
Conditions communes aux exonérations de charges sociales et d'impôt sur le revenu	
<ul style="list-style-type: none"> - Objectivement définie de salariés ; - Par référence au droit du travail (ouvriers, employés, agents de maîtrise, ingénieurs et cadres) ; - Incluant notamment des mandataires sociaux ; - Aboutissant en pratique à un seul bénéficiaire. 	<ul style="list-style-type: none"> - Visant les seuls mandataires sociaux.
Conditions propres aux exonérations sociales	
<ul style="list-style-type: none"> - Limitée aux cadres L. 3111-2 du Code du travail ; - Limitée aux salariés issus d'une restructuration pendant 15 mois ; - Ouverte après une condition d'ancienneté d'un an ; - Définie en fonction de l'âge pour un régime « article 83 » remplaçant un régime « article 39 » 	<ul style="list-style-type: none"> - Définie selon : <ul style="list-style-type: none"> - la classification, - le coefficient de rémunération, - la durée du travail, - l'âge ; - Selon l'ancienneté ; - Limitant le régime à une partie des cadres ; - Limitant le régimes aux salariés transférés à la suite d'une fusion, pendant plus de 15 mois.

(11) Cass. soc., 4 déc. 2007, n° 06-44.041 ; Cass. soc., 11 juill. 2007, n° 06-42.128.

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

Adaptation des régimes de protection sociale complémentaire à la loi Fillon (2^e partie)

Dispenses d'affiliation

Après avoir consacré la première partie de cette étude au caractère collectif, au sens fiscal et social, des régimes de protection sociale complémentaire, Laurence Lautrette et Elise Bailly passent en revue les conséquences de leur caractère désormais obligatoire.



Par Laurence Lautrette
Avocate Associée



et par Elise Bailly
Avocate Sénior

Cabinet Laurence Lautrette & Associés, Réseau Jacques Barthélémy

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 ⁽¹⁾.

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 ⁽²⁾ 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'exoné-

ration 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 ⁽³⁾, puis... douze circulaires ⁽⁴⁾ 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 loi de finances pour 2004 a fixé de nouveaux plafonds ⁽⁵⁾. L'instruction fiscale du 25 novembre 2005 ⁽⁶⁾ est venue confirmer la pratique fiscale antérieure ⁽⁷⁾ et adapter les conditions de déductibilité fiscale aux nouvelles conditions d'exonération sociale.

(1) 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. (2) L. n° 2003-775, 21 août 2003. (3) D. n° 2005-435, 9 mai 2005. (4) Lettre-circ. DIRRES n° 2005-022, 21 janv. 2005 (lettre-min., 7 mai 2004 ; lettre min., déc. 2004) ; Lettre-circ. DIRRES n° 2005-089, 6 juin 2005 ; Circ. min. n° 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. n° DSS/5B/2006/36, 24 janv. 2006 ; Lettre-circ. DIRRES n° 2006-102, 14 août 2006 ; Circ. n° 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). (5) 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). (6) Inst. fisc. n° 5F-15-05, n° 195, 25 nov. 2005. (7) Inst. fisc. n° 5F-25-85, 5 déc. 1985.

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 ⁽⁸⁾.

Nous avons examiné, en première partie, une première série de difficultés liées au caractère collectif du régime et à la définition des catégories de bénéficiaires susceptibles d'être admises. Nous nous attachons, dans cette seconde partie, aux implications du caractère obligatoire de l'adhésion des salariés à ces régimes de retraite, prévoyance et santé.

La dernière partie de notre étude sera consacrée au financement des régimes de protection sociale complémentaire.

Textes

Avant la loi Fillon

Un régime est dit « obligatoire » lorsque la totalité des salariés se trouve dans l'obligation de s'y affilier et de cotiser à la couverture mise en place au sein de l'entreprise.

Avant la loi Fillon, de nombreuses entreprises avaient mis en place des couvertures santé et prévoyance dites à adhésion facultative, pour laisser aux salariés la liberté d'y adhérer et d'y cotiser.

Cette solution permettait aux salariés qui le souhaitaient de conserver, par exemple, la couverture santé de leur conjoint.

Avant la loi Fillon, que la couverture mise en place au sein de l'entreprise soit à adhésion obligatoire ou facultative, cela n'avait aucune conséquence en matière d'exonération de charges sociales. Dans les deux cas, les contributions de l'employeur étaient exonérées de charges sociales. En revanche, il n'en était pas de même en matière fiscale : les contributions de l'employeur et du salarié n'étaient déductibles de l'assiette de l'impôt sur le revenu que lorsque la couverture était obligatoire. Néanmoins, l'administration fiscale a toujours fait preuve de souplesse et admettait que l'obligation de s'affilier et de cotiser tolère des cas de dispenses.

Après la Loi Fillon

Depuis la loi Fillon, l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale exige que les régimes soient à adhésion obligatoire pour l'ensemble du personnel de l'entreprise (ou de la catégorie objectivement définie de bénéficiaires).

En matière de charges sociales, deux circulaires ont tenté d'organiser les cas de dispenses d'affiliation rendant à chaque étape la situation de plus en plus opaque.

En matière fiscale, une instruction du 25 novembre 2005 s'est alignée sur la circulaire du 25 août 2005 de la Direction de la sécurité sociale apportant le trouble à la relative clarté antérieure.

Qu'est-ce qu'une dispense d'affiliation ?

Dans un régime facultatif, il n'y a pas lieu de prévoir une dispense d'affiliation puisque les salariés ont la liberté de s'affilier ou non à la couverture collective mise en place au sein de l'entreprise. ■ ■ ■

(8) 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.

Dans un régime obligatoire, seuls les salariés placés dans l'une des situations strictement définies par l'administration sont dispensés de l'obligation d'y adhérer et peuvent donc choisir de ne pas cotiser au régime.

Par conséquent, la dispense d'affiliation n'a jamais pour objet d'exclure les salariés du régime, mais seulement de leur laisser la liberté d'y adhérer.

Nous tenons à préciser ce point, car nous avons relevé que la confusion était fréquente.

Cas d'affiliation facultative

Selon la circulaire de la Direction de la sécurité sociale du 25 août 2005, les salariés dispensés d'adhérer aux couvertures santé, retraite et prévoyance d'entreprise sont les suivants :

- les salariés en contrat de travail à durée déterminée ;
- les travailleurs saisonniers ;
- les salariés déjà couverts par le régime obligatoire d'une autre entreprise (employeurs multiples) ;
- les salariés bénéficiaires de la CMUC.

Par ailleurs, s'il est possible de mettre en place un régime obligatoire par décision unilatérale de l'employeur, il n'est jamais possible d'imposer une affiliation à ce régime aux salariés présents aux effectifs de l'entreprise avant la mise en place du régime ⁽⁹⁾.

En matière de frais de santé, la circulaire de la Direction de la sécurité sociale du 21 juillet 2006 ajoute que peuvent être dispensés d'affiliation obligatoire :

- les salariés déjà couverts par le régime obligatoire de leur conjoint ;
- les salariés déjà couverts à titre individuel pour l'année en cours.

Date de mise en œuvre de la dispense d'affiliation

Ces nouvelles dispenses d'affiliation peuvent-elles être insérées à tout moment de la vie du régime ou doivent-elles l'être uniquement lors de la mise en place d'un nouveau régime ?

Une lettre ministérielle du 3 août 2007 ⁽¹⁰⁾ indique que toutes les dispenses d'affiliation peuvent être insérées à tout moment de la vie du régime, à l'exception de la dispense concernant le salarié déjà couvert par le régime obligatoire de son conjoint.

Cette dernière dispense d'affiliation doit impérativement être prévue au moment de la mise en place du nouveau régime.

De même, lorsque le régime est mis en place par la voie d'une décision unilatérale, si les salariés présents aux effectifs ont décidé d'y adhérer, ils seront par la suite couverts à titre obligatoire pour toutes les modifications du régime.

Qu'elles soient insérées lors de la création du régime ou lors de sa modification, les dispenses d'affiliation devront impérativement figurer expressément dans l'acte juridique qui aura mis en place ou modifié le régime : accord collectif, accord ratifié par référendum ou décision unilatérale ⁽¹¹⁾.

Pour la décision unilatérale, il faut se souvenir que la mise en conformité des couvertures collectives avec la loi *Fillon* impose aussi aux employeurs de remettre un écrit matérialisant la décision unilatérale de l'employeur.

Pour les entreprises qui ne l'avaient pas fait, elles doivent donc remettre aux salariés, avant le 31 décembre 2008, un document rappelant l'existence du régime. A cette occasion, il ne sera pas possible d'insérer une dispense d'affiliation au profit des salariés présents à cette date puisque le régime existait déjà.

⁽⁹⁾ L. n° 89-1009, 31 déc. 1989, art. 11. Selon ce texte, applicable aux seuls régimes de prévoyance : « Aucun salarié employé dans une entreprise avant la mise en place, à la suite d'une décision unilatérale de l'employeur, d'un système de garanties collectives contre le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ne peut être contraint à cotiser contre son gré à ce système ». ⁽¹⁰⁾ Lettre-circ. ACOSS DIRRES n° 2007-118, 29 août 2007. ⁽¹¹⁾ CSS, art. L. 911-1.

Caractère obligatoire et ayants droit du salarié

Le cas de l'adhésion des ayants droit illustre parfaitement les difficultés nées d'un excès de détails dans les circulaires d'application de la loi Fillon. La principale difficulté pratique du caractère obligatoire de l'adhésion concerne les régimes frais de santé qui distinguent une cotisation dite « *Isolé* » (pour les salariés célibataires) et une cotisation dite « *Famille* » (pour les salariés en couple et/ou avec enfants).

Jusqu'à présent, si l'employeur participait au financement de la couverture des membres de la famille du salarié, sa contribution était exonérée de charges sociales.

Désormais, la contribution patronale destinée à financer la couverture des ayants droits ne peut être exonérée de charges sociales qu'à la condition :

- d'une part, que tous les salariés en situation de famille (c'est-à-dire avec un conjoint et/ou des enfants) soient couverts ;
- et, d'autre part, que le régime couvre toute la famille (et pas seulement le conjoint ou les enfants).

Un tel régime suppose donc de recenser quels sont les salariés « *non-célibataires* » afin de leur imposer l'adhésion de leurs conjoint et enfants. Ce sont les nouveaux régimes dits « *Famille obligatoire* ».

Les entreprises qui avaient mis en place ce type de régime ont désormais le choix entre les trois options suivantes :

- opérer un contrôle régulier et rigoureux des situations familiales de chacun ⁽¹²⁾ (et conserver tous les justificatifs en cas de contrôle Urssaf) ;
- fixer une seule cotisation quelle que soit la situation du salarié, ce qui s'avère coûteux pour les salariés célibataires, dont la cotisation doit supporter le coût des frais de santé des conjoints et des enfants des autres ;

- laisser l'adhésion des ayants droit facultative sans aucune participation patronale : le salarié finance seul la couverture de sa famille.

De notre point de vue, la troisième option est la moins contraignante puisqu'elle permet de conserver une certaine liberté tant pour l'entreprise que pour les salariés. Dans ce schéma, on pourrait alors imaginer que le budget patronal auparavant destiné à couvrir les membres de la famille soit affecté sur la cotisation couvrant le salarié seul.

Lorsque les conjoints ne sont pas salariés de la même entreprise et qu'ils sont tous les deux couverts par un régime obligatoire, la circulaire prévoit que le régime mis en place en second peut prévoir une dispense d'affiliation.

Elle ne prévoit cependant pas quelle est la situation lorsque deux célibataires couverts à titre obligatoire se marient...

Lorsque les deux conjoints sont salariés de la même entreprise et couverts par un régime « *Famille* », le cas de l'adhésion des ayants droit nous invite à un petit séjour au pays de *Kafka*... La circulaire du 21 juillet 2006 donne une réponse ambiguë :

- dans le cadre d'un régime « *Famille facultatif* », couvrant à titre obligatoire les seuls salariés et à titre facultatif les ayants droit, l'un des deux conjoints devra impérativement adhérer au régime « *Isolé* » et l'autre pourra adhérer au régime « *Famille* » pour couvrir les enfants ;
- dans le cadre d'un régime « *Famille obligatoire* », il serait logique de considérer qu'un seul conjoint adhère au régime « *Famille* » et couvre automatiquement le deuxième à titre d'ayant droit.



Si le régime d'entreprise peut prévoir des cas de dispenses d'affiliation, nous souhaitons attirer l'attention sur la nécessité pour l'employeur de rester vigilant quant aux obligations ■ ■ ■

(12) Ce qui ne va pas sans heurter le droit au respect de la vie privée des salariés.

LE COIN DE LA PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE

issues de la convention collective de branche, des accords interprofessionnels ou de la loi.

C'est ainsi, par exemple, qu'il est possible de prévoir qu'un salarié cadre en CDD soit dispensé de s'affilier au régime de prévoyance décès de l'entreprise.

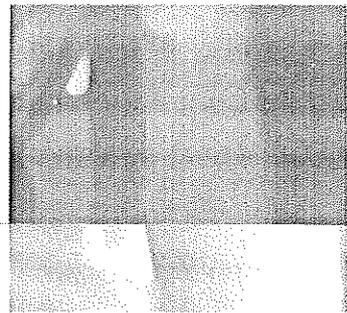
Cela n'enlève rien à l'obligation de l'employeur de lui assurer une couverture décès et prévoyance au titre de l'article 7 de la « Convention Agirc » du 14 mars 1947.

Lorsque vous aurez terminé de faire le ménage dans vos régimes d'entreprise, il faudra lever le nez pour voir ce que les partenaires sociaux, à l'échelle de la branche ou à l'échelle nationale, vous réservent.

Nous vous donnons rendez-vous après la publication des lois et décrets issus de l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2008... ♦

Nous aborderons dans le prochain numéro des Cahiers du DRH le financement patronal du régime.

Caractère obligatoire / dispenses d'affiliation	
Autorisées	Interdites
Conditions communes aux exonérations de charges sociales et d'impôt sur le revenu	
A tout moment : <ul style="list-style-type: none"> - CDD ; - travailleurs saisonniers ; - salariés à employeurs multiples ; - bénéficiaires de la CMUC. 	
Conditions propres aux exonérations sociales	
Lors de la mise en place du régime : <ul style="list-style-type: none"> - salariés déjà présents avant une décision unilatérale (Loi Evin, art. 11) ; - salariés déjà couverts par le régime obligatoire de leur conjoint ; - ayants droits déjà couverts par le régime obligatoire du conjoint ; Lors de la transformation du régime facultatif en régime obligatoire : <ul style="list-style-type: none"> - temporairement, les salariés déjà couverts à titre individuel. 	<ul style="list-style-type: none"> - salariés à temps très partiels ; - une partie seulement des ayants droit si l'employeur participe au financement de leur couverture.



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.

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

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



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.