

# Adaptation des régimes de protection sociale complémentaire à la loi Fillon, suite... et fin ?

Sébastien Millet et d'Elise Bailly font le point sur les conditions d'exonération des contributions patronales de prévoyance à la lueur des précisions apportées par la circulaire du 30 janvier dernier <sup>(1)</sup>.

**R**epoussée au 31 décembre 2008, la période transitoire de mise en conformité des régimes de retraite et prévoyance complémentaire avec les dispositions de la Loi Fillon est maintenant terminée.

Les nombreuses circulaires d'application dont nous faisons la synthèse en 2008 <sup>(2)</sup> ont été abrogées et une nouvelle circulaire a été publiée le 30 janvier 2009 <sup>(3)</sup>, soit un mois après la date butoir de mise en conformité !

Elle ne crée par pour autant une insécurité juridique immédiate, dans la mesure où, d'une part, les nouveaux points qu'elle contient ne peuvent faire l'objet de redressement en 2009 et, d'autre part, et contrairement à ce qu'affirment certains auteurs, elle offre certaines souplesses pragmatiques attendues.

C'est ainsi par exemple qu'après les doutes laissés par les versions 2005 et 2006 des interpré-

tations administratives, les contributions destinées à financer les allocations forfaitaires de maternité versées par les régimes de prévoyance complémentaires, qui ne correspondent pas réellement à un « reste à charge » pour les assurés, sont admises au bénéfice des exonérations sociales. Considérant qu'une telle prestation peut être rattachée au risque maternité de la sécurité sociale <sup>(4)</sup>, la circulaire admet une interprétation extensive <sup>(5)</sup> de la notion de prévoyance complémentaire, dont on ne peut que se féliciter.

En neuf fiches de synthèse et une trentaine de pages, avec des exemples concrets, la nouvelle circulaire a le mérite pédagogique de compiler toutes les règles applicables en matière d'exonération de charges sociales des contributions patronales destinées au financement des prestations complémentaires de retraite et de prévoyance <sup>(6)</sup>.

La présente étude n'a pas vocation à faire une analyse exhaustive des dispositions contenues



Par Sébastien Millet  
Avocat associé



et Elise Bailly  
Avocat

Cabinet Jacques Barthélémy  
& Associés

(1) Circ. DSS/5B/2009/32, 30 janv. 2009. (2) Voir Laurence Lautrette et Elise Bailly, « Adaptation des régimes de protection sociale complémentaire à la loi Fillon », Les Cahiers du DRH, n° 142, avr. 2008, n° 144, juin 2008 et n° 146, sept. 2008. (3) Circ. DSS/5B/2009/32, 30 janv. 2009 ; à ne pas confondre avec la circulaire DSS/5B/2009/31 publiée le même jour à propos des contributions versées aux régimes de retraite complémentaire légalement obligatoires (Agirc et Arrco) que nous ne traitons pas ici. (4) Circ. DSS/5B/2009/32, 30 janv. 2009, fiche n° 9 : champ des prestations complémentaires de prévoyance bénéficiant des dispositions d'exclusion d'assiette. (5) Interprétation qui aboutit à considérer que la prévoyance complémentaire n'a pas seulement vocation à compléter les prestations servies par la Sécurité sociale, mais plus généralement les garanties prévues par la Sécurité sociale. (6) La nouvelle circulaire reprend aussi les tolérances administratives édictées en matière de contrats responsables (voir fiche n° 9, II « Définition des garanties portant sur un remboursement ou l'indemnisation de frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident »). Attention, toutefois, car, de son côté, l'Administration fiscale s'était alignée sur certains points admis par les précédentes circulaires sociales (voir instruction DGI du 25 novembre 2005), dont l'abrogation rend ces renvois sans objet. Cette modification dans l'ordre juridique ne manquera pas de générer une certaine complexité, voire insécurité, dans l'attente d'une adaptation de la doctrine fiscale.

dans la nouvelle circulaire, mais seulement de lister les points les plus novateurs, selon nous, qu'elle apporte.

## Définition des bénéficiaires

Le principe reste le même que par le passé : le régime doit être collectif, c'est-à-dire bénéficier de manière générale et impersonnelle à l'ensemble du personnel ou à une catégorie objective de salariés.

La nouvelle circulaire édicte même un principe général selon lequel les catégories définies au niveau de l'entreprise ou de l'établissement ne peuvent être retenues dans la mesure où la catégorie est alors « trop étroitement définie ».

Demeurent prohibés par principe les mêmes critères qu'auparavant : coefficient, classification, nature du contrat, durée du travail, ancienneté et âge <sup>(7)</sup>.

Toutefois, certains aménagements ont été insérés.

### Coefficient et rémunération

Tout en rappelant que le coefficient de rémunération prévu par la convention collective ne peut servir à définir une catégorie de bénéficiaires, la circulaire admet, mais uniquement en matière de retraite supplémentaire (et non de prévoyance), que le taux de contribution patronale puisse augmenter avec le coefficient ou même avec la rémunération du salarié.

Cette tolérance n'aboutit pas à admettre la définition d'une catégorie de bénéficiaires en fonction du coefficient, mais seulement à faire croître la contribution patronale avec celui-ci. La circulaire se fonde – curieusement – sur une notion d'équité, en rappelant que le taux de remplacement des régimes de retraite obligatoire a vocation à diminuer de manière inver-

sement proportionnelle à celui du salaire d'activité.

Cette diminution du taux de remplacement pour les populations les mieux rémunérées peut donc être compensée par un régime de retraite supplémentaire qui verrait la cotisation patronale plus élevée pour les plus hautes rémunérations. Les cotisations aux régimes de retraite supplémentaire étant exprimées en pourcentage de ce même salaire, les salariés les mieux rémunérés auront donc un double avantage : d'une part, au titre de l'assiette des cotisations (le salaire) et, d'autre part, au titre du taux de cotisation. Même si l'équité n'est peut-être pas le fondement le plus approprié à cette tolérance, il n'en demeure pas moins que l'on ne peut que se féliciter de son insertion, offrant ainsi une possibilité aux entreprises de compenser la disparition des régimes de retraite réservés au « Top ten » en ouvrant l'accès au régime à des catégories plus larges, tout en conservant une spécificité pour les populations (le plus souvent) dirigeantes <sup>(8)</sup>.

### Durée du travail

Ici encore, la fiche n° 5 de la circulaire rappelle qu'il est impossible de définir les catégories de bénéficiaires en fonction de la durée du travail : temps plein ou temps partiel.

C'est dans la fiche n° 6 dédiée au caractère obligatoire que l'on trouve une nouvelle tolérance très attendue pour les salariés à temps très partiel.

Le critère de la durée du travail ne peut donc toujours pas être retenu pour définir une catégorie de personnel, mais il peut servir de base à l'appréciation du caractère obligatoire ou facultatif de l'adhésion.

Pour les salariés à temps très partiel, la circulaire prévoit donc deux aménagements pos- ■ ■ ■

(7) Voir Laurence Lautrette & Elise Bailly, « Adaptation des régimes de protection sociale complémentaire à la loi Fillon », Les Cahiers du DRH n° 142, avr. 2008. (8) Voir dans l'article précité les développements sur les régimes réservés aux cadres dirigeants ou supérieurs.

sibles, qui ne remettront pas en cause les exonérations de charges sociales.

Dès lors que la cotisation mise à la charge du salarié excède 10 % de sa rémunération :

- l'employeur peut financer intégralement la cotisation, sans qu'une quote-part salariale soit appelée ;
- les intéressés peuvent être dispensés d'affiliation au régime.

#### Remarques

*L'Administration précise que la prise en charge par l'employeur de la cotisation salariale doit être prévue par l'accord collectif mettant en place le régime de prévoyance. Curieusement, en ce qui concerne, en revanche, l'option de la dispense d'affiliation, l'Administration ne fait pas référence à cette condition. Dans le doute, nous conseillons de l'envisager dans l'accord.*

C'est en tout cas une avancée évidemment très importante en pratique dans la mesure où l'ancien système pouvait aboutir dans certains cas à l'émission d'un bulletin de salaire négatif, la cotisation salariée au régime de protection sociale complémentaire étant supérieure au salaire net à verser !

La circulaire a également étendu cette tolérance au bénéfice des apprentis.

#### Age

On se souvient que la circulaire du 25 août 2005 <sup>(9)</sup>, en interdisant tout critère d'âge pour définir les bénéficiaires, tolérait qu'un régime de retraite à cotisations définies soit toutefois réservé à une population définie en fonction de l'âge, dès lors que ladite population avait été privée de garanties de retraite supplémentaire suite à la fermeture d'un régime à prestations définies (régimes « chapeau » notamment).

On se souvient également que l'on regrettait que la circulaire ne se soit pas fondée sur les dispositions de l'article L. 1133-2 du Code du travail, qui permettent des discriminations fondées sur l'âge dès lors qu'elles sont fondées sur des raisons objectives et raisonnables.

Bien que la circulaire du 30 janvier 2009 ne se fonde toujours pas expressément sur cette disposition du Code du travail, elle précise désormais que cette tolérance ne peut être admise que s'il est démontré que la couverture de certains salariés proches de la retraite n'est pas rentable pour eux en termes de droits supplémentaires. Elle précise que l'employeur devra alors en rapporter la preuve.

Il est donc désormais indispensable de justifier un régime dont le bénéfice serait réservé à une population définie en fonction de l'âge, tant du point de vue du droit du travail que du droit des exonérations de charges sociales.

#### Nouvelles tolérances administratives

Indépendamment des aménagements apportés aux règles précédentes, la circulaire du 30 janvier 2009 crée aussi deux nouvelles tolérances quant au caractère collectif des régimes de retraite ou de prévoyance complémentaire.

La circulaire précise ainsi que les catégories peuvent être définies par référence à la convention collective nationale interprofessionnelle des cadres du 14 mars 1947, couramment appelée « convention Agirc ». Les bénéficiaires peuvent donc désormais être définis selon qu'ils correspondent aux catégories des articles 4, 4 bis ou 36 de l'annexe I à ladite convention.

La précision était attendue dans la mesure où bon nombre de régimes étaient en effet définis non pas par référence à la qualité de « cadres » des salariés, mais à celle de leur affiliation à l'Agirc <sup>(10)</sup>.

<sup>(9)</sup> Circ. DSSI/SB/2005/396, 25 août 2005, abrogée par la circulaire du 30 janvier 2009. <sup>(10)</sup> Attention en pratique à respecter une même définition dans l'acte fondateur interne à l'entreprise et dans le contrat d'assurance (principe de symétrie), car les décalages rédactionnels sont encore très fréquents.

Enfin, la circulaire admet également qu'une catégorie de bénéficiaires puisse être composée des travailleurs à domicile d'une entreprise, à condition que la convention collective applicable à cette entreprise prévoie à leur profit des dispositions spécifiques.

## Dispenses d'affiliation

Le caractère obligatoire de l'adhésion des salariés au régime en vigueur dans l'entreprise et la question des dispenses d'affiliation a, ici encore, fait l'objet d'aménagements attendus par la circulaire du 30 janvier 2009 <sup>(11)</sup>.

Nous renvoyons à notre article publié dans le numéro de juin 2008 des *Cahiers du DRH* pour un exposé complet de la problématique des dispenses d'affiliation.

### CDD et travailleurs saisonniers

La principale nouveauté apportée par la circulaire de 2009 concerne les dispenses d'affiliation insérées au profit des salariés en CDD et des travailleurs saisonniers.

La circulaire distingue désormais deux cas de figure selon que le CDD est d'une durée supérieure ou inférieure à douze mois :

- si le contrat est supérieur à douze mois, les salariés doivent demander la dispense par écrit en produisant tout justificatif d'une couverture souscrite par ailleurs ;
- si le contrat est inférieur à douze mois, la circulaire précise seulement que « la dispense d'affiliation est de droit ».

Une première lecture rapide a conduit un certain nombre d'observateurs à considérer qu'en-deçà de douze mois, la dispense était automatique.

Mais il n'en est rien. En effet, une telle lecture aboutirait en réalité à exclure les salariés dont le contrat est d'une durée inférieure à douze mois et non à les dispenser, s'ils le souhaitent, d'adhérer au régime. Et c'est alors probablement dans la fiche n° 5 sur le caractère collectif que l'on aurait dû lire cette nouvelle interprétation administrative.

Mais nous attirons l'attention du lecteur sur le fait qu'une dispense d'affiliation n'a jamais pour effet d'exclure des salariés du bénéfice des couvertures complémentaires. Elle permet seulement à ceux qui ne souhaitent pas en bénéficier de refuser d'y adhérer.

Il faut donc comprendre la précision de la nouvelle circulaire comme étant plus restrictive que par le passé. Les salariés sous CDD ou saisonniers dont le contrat est supérieur à douze mois ne peuvent être dispensés d'affiliation que s'ils démontrent qu'ils bénéficient d'une couverture complémentaire par ailleurs <sup>(12)</sup>.

La preuve de cette couverture n'a pas à être rapportée lorsque le CDD est inférieur à douze mois. C'est en ce sens que la dispense est dite « de droit ».

### Ayants droit

A titre liminaire, nous rappelons que les développements opérés ici ne concernent que les ayants droit du salarié et non le salarié lui-même. En effet, le salarié lui-même ne peut être dispensé d'affiliation par l'effet de la couverture de son conjoint qu'au moment de la mise en place du régime dans son entreprise et à condition que l'accord le prévoie.

Le sujet est bien ici la couverture des conjoints et enfants du salarié, dans un régime de remboursement de frais de santé qui offre ■ ■ ■

(11) Même si les observateurs ont pu avoir certaines inquiétudes à la lecture des différents projets diffusés au cours du deuxième semestre 2008. Notamment, les dispenses prévues par la circulaire Questions-Réponses du 21 juillet 2006 avaient curieusement disparu des projets. Il s'agissait des dispenses applicables lors de la mise en place d'un nouveau régime obligatoire au profit des salariés déjà couverts par les garanties de leur conjoint ou par un contrat individuel, pour la durée dudit contrat restant à courir. Fort heureusement, ces deux dispenses ont réapparu dans la version officielle publiée le 30 janvier 2009.

(12) Il paraît important, au-delà de la conservation de ces justificatifs, que l'acte fondateur ayant mis en place ces dispenses - ce qui concerne les garanties de frais de santé pour l'essentiel - soit mis en conformité pour tenir compte de cette nouvelle exigence et la rendre pleinement opposable aux intéressés. En l'absence d'une adaptation sur ce point, l'entreprise pourrait s'exposer à une remise en cause des exonérations de cotisations de sécurité sociale.

une couverture aux ayants droit du salarié. La simplification de nos propos impose de reprendre l'ordre retenu par la circulaire elle-même.

#### *Cas des régimes dits « famille obligatoire »*

Les ayants droit eux-mêmes couverts par une couverture collective obligatoire dans l'entreprise du conjoint sont dispensés d'affiliation au régime de prévoyance du salarié, et ce, quelles que soient les dispositions de l'accord.

Il s'agit d'éviter une double affiliation inutile des mêmes personnes.

A titre de tolérance, la circulaire insère opportunément une nouvelle dispense d'affiliation au profit des ayants droit couverts par un régime facultatif relevant du décret n° 2007-1373 du 19 septembre 2007. Il s'agit des régimes offerts aux personnels fonctionnaires ou agents publics de l'Etat et de ses Etablissements publics.

#### *Cas des régimes couvrant à titre facultatif les ayants droit*

Dans ce cas, la contribution patronale destinée à financer la couverture de l'ayant droit ne peut être admise au bénéfice des exonérations de charges sociales.

Nos préconisations restent alors de supprimer toute contribution patronale à leur profit tout en rééquilibrant le budget en finançant une part plus importante de la couverture du salarié seul par exemple <sup>(13)</sup>.

#### *Cas des couples travaillant dans la même entreprise*

Ici encore, il faut distinguer selon que la couverture des ayants droit est, dans le régime d'entreprise, obligatoire ou facultative :

– si elle est obligatoire, la circulaire admet que l'un des deux salariés membres du couple soit couvert en tant qu'ayant droit de l'autre. Dans

ce cas de figure, un salarié est, en fait, dispensé d'affiliation ;

– si elle est facultative, les salariés membres du couple peuvent choisir entre s'affilier séparément (chacun en « isolé ») ou ensemble (l'un des deux adhère au régime famille, l'autre est couvert en tant qu'ayant droit).

## Incidences des restructurations

Après bien des allers-retours, la nouvelle circulaire ne consacre finalement qu'un seul paragraphe à la problématique des transferts d'entreprise, et ce, s'agissant du seul cas des fusions d'entreprises.

C'est dans la fiche n° 5 relative au caractère collectif des couvertures que le problème des restructurations est « traité » <sup>(14)</sup>.

L'Administration se contente de fixer une tolérance.

Elle n'admet le maintien d'une pluralité de régimes pour une même catégorie de personnel qu'à la condition que ces régimes soient régis par des accords d'établissement au sens du Code du travail.

Cela signifie *a contrario* que tout autre mode opératoire (décision unilatérale ou référendum) qui permettrait de maintenir des couvertures différentes selon des établissements distincts issus d'une fusion serait considéré comme incompatible avec le caractère collectif. Pourtant, de nombreuses raisons objectives et pertinentes peuvent justifier une dualité de couvertures (malgré les inconvénients au plan de la gestion des ressources humaines). De plus, les entités concernées n'ont pas forcément de délégué syndical d'établissement habilité pour négocier et conclure un accord collectif d'établissement. Cette interprétation particulièrement restrictive nous paraît

(13) Voir article précité de Laurence Lautrette & Elise Bailly, *Les Cahiers du DRH* n° 144, mai 2008. (14) *Circ. DSS/5B/2009/32*, 30 janv. 2009, fiche n° 5 V.



## Nouvelles mentions légales obligatoires

### Focus

La circulaire précise que l'acte fondateur de la couverture de prévoyance ou de retraite supplémentaire de l'entreprise doit contenir les clauses obligatoires prévues par les articles L. 912-2 à L. 912-4 du Code de la sécurité sociale.

Il s'agit des clauses suivantes :

- réexamen quinquennal des organismes assureurs et/ou intermédiaires ;
- maintien des revalorisations en cas de changement d'organisme assureur dans les régimes de prévoyance ;
- conditions d'attribution d'une rente de réversion dans les régimes de retraite.

En pratique, la proportion des accords ou décisions unilatérales non conformes sur ce plan reste importante, en ce qui concerne :

- la clause organisant les modalités d'un réexamen tous les cinq ans au plus tard en cas de désignation de l'organisme assureur, et éventuellement de l'intermédiaire <sup>(1)</sup> ;
- l'obligation pour l'employeur d'organiser, en cas de changement d'organisme assureur, la poursuite des revalorisations des rentes en cours de service et le maintien des garanties décès pour les salariés en incapacité ou en invalidité, ainsi que leurs revalorisations <sup>(2)</sup>.

L'Administration considère à ce sujet que la non-conformité de l'acte sur ce point entraîne sa nullité pure et simple. Cette règle nouvelle est posée à propos des accords ratifiés par référendum <sup>(3)</sup>, mais sa portée est nécessairement plus générale, la loi ne distinguant pas selon le mode opératoire utilisé par l'entreprise.

Sans doute cette interprétation s'appuie-t-elle sur le fait que ces dispositions sont réputées être d'ordre public <sup>(4)</sup>.

Cette position paraît très contestable.

D'une part, en raison de l'effet « balai » de la nullité (anéantissement rétroactif de l'acte), ce qui constitue certainement une sanction inadaptée et inapplicable en pratique. Le régime n'étant sensé jamais avoir existé, comment en effet imposer le remboursement des cotisations et prestations ?

D'autre part, et surtout, il s'agit ici non pas d'un ordre public absolu visant à protéger la société, mais d'un ordre public de protection des salariés, dont la violation ne devrait pouvoir être sanctionnée que sur le terrain du droit du travail. Tout au plus pourrait-il s'agir d'une nullité relative, invocable par les seuls salariés. En pratique, et à défaut de jurisprudence sur la question, il semble qu'en l'absence d'une mention obligatoire, le salarié ou les partenaires sociaux pourront se prévaloir directement des dispositions légales du Code de la sécurité sociale, sans qu'il soit utile d'y faire référence dans l'acte fondateur du régime.

En tout état de cause, ce n'est certainement pas à l'Urssaf de prononcer la nullité d'un acte en droit du travail !

Tout au plus pourrait-elle remettre en cause les exonérations de charges sociales propres aux contributions versées par un employeur qui n'aurait pas inséré ces clauses dans l'acte fondateur du régime.

Mais il n'existerait alors aucun fondement juridique permettant d'en déduire que la non-conformité de l'acte sur ce terrain viendrait remettre en cause le bénéfice des exonérations de cotisations de sécurité sociale. Une telle interprétation viendrait manifestement ajouter une condition supplémentaire non prévue par l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale, et d'ailleurs, l'Administration s'est bien gardée d'aller jusque-là dans l'analyse. Même si nous devrions, sur un plan strictement juridique, considérer que cette exigence constitue plus un rappel à vocation pédagogique, destiné à attirer l'attention des entreprises sur le respect de règles protectrices des salariés, aussi bien sur le plan de la tarification collective que des garanties ; la plus grande prudence s'impose quant à la lecture (trop) rigoureuse que risque très certainement de faire un contrôleur de la circulaire.

Il paraît donc fortement recommandé de prévoir, courant 2009, puisqu'il s'agit d'une nouveauté issue de la circulaire du 30 janvier 2009, une énième modification des actes fondateurs permettant d'insérer les clauses prévues par le Code de la sécurité sociale... Malgré l'expiration de la période transitoire, il n'est jamais trop tard pour mettre en conformité les couvertures existantes avec exigences <sup>(5)</sup>.

(1) CSS, art. L. 912-2. (2) CSS, art. L. 912-3. (3) Circ. DSS/5B/2009/32, 30 janv. 2009, fiche n° 2 C. (4) CSS, art. L. 914-1. (5) Outre les exigences administratives, la volonté des partenaires sociaux conduira, elle aussi, à devoir de toute façon adapter le contenu des régimes, par exemple pour y intégrer le nouveau dispositif de portabilité des garanties de prévoyance issu des articles 14 et prochainement 14 bis de l'ANI du 11 janvier 2008.

très contestable, et c'est plus généralement la position retenue par l'Administration concernant les couvertures d'établissement <sup>(15)</sup> qui l'est.

Cela signifie, d'autre part et surtout, que l'Administration exige une **harmonisation immédiate des régimes dans les entreprises à établissement unique issues d'une restructuration**. Certes, la modification dans la situation juridique de l'employeur conduit généralement à mettre en œuvre une harmonisation des garanties en présence selon les modes opératoires de droit du travail (avec la hiérarchie accord collectif > accord référendaire > décision unilatérale de l'employeur). Toutefois, en abrogeant en totalité la précédente circulaire du 21 juillet 2006 <sup>(16)</sup>, la nouvelle circulaire ne permet plus aux entreprises, quel que soit le support juridique utilisé et par analogie avec les règles de mise en cause des accords collectifs à durée indé-

terminée, une période transitoire de quinze mois pour définir une solution d'harmonisation <sup>(17)</sup>.

En pratique, cela pourrait conduire à une exigence d'harmonisation **immédiate**, ce qui constituerait alors une difficulté inextricable (le risque étant la perte du bénéfice des exonérations pour l'ensemble du personnel, jusqu'à régularisation). La règle antérieure avait l'avantage d'éviter cet effet « *couperet* », au moins pour un temps, tandis qu'il y a désormais une plus grande insécurité juridique. La stratégie consistant à anticiper l'opération par une harmonisation en amont, bien que théoriquement séduisante, se heurtera en pratique à d'importants obstacles techniques (choix du mode opératoire, changement d'organisme assureur...) et/ou sociaux. Il est souhaitable que les organismes de recouvrement abordent cet aspect avec pragmatisme lors de leurs contrôles. ♦

(15) Circ. DSS/5B/2009/32, 30 janv. 2009, fiche n° 2 B. (16) Circ. DSS/2006/336, 2 juill. 2006 (voir question-réponse n° 8). (17) Cette solution était déjà contestable dans la mesure où le délai de quinze mois ne concerne, en droit du travail, que les régimes issus d'un accord collectif et non ceux résultant de décisions unilatérales ou d'accords référendaires.