

QUID NOVI ?

N° 4 – janvier 2012 – Le flash d'information des spécialistes de la protection sociale complémentaire
www.cwassocies.com

LE DECRET NOUVEAU EST ARRIVE !

Caractère collectif et obligatoire des régimes de protection sociale : Le décret est (enfin) publié !

Depuis 2005, le caractère collectif et obligatoire des régimes de protection sociale complémentaire est une condition pour que le financement patronal de ces régimes soit exclu de l'assiette des cotisations sociales. Le caractère collectif des garanties implique qu'elles bénéficient à l'ensemble des salariés de l'entreprise ou à une catégorie d'entre eux, à condition que cette catégorie soit objectivement définie. Après plusieurs années d'errements administratifs, le législateur, par la LFSS pour 2011, a prévu qu'un décret déterminerait les critères objectifs de définition de ces catégories. C'est l'objet du **décret n°2012-25 du 9 janvier 2012 (publié au JO du 11 janvier 2012)** qui précise également les dérogations possibles au caractère obligatoire du régime.

Les entreprises ont **jusqu'au 31 décembre 2013** pour adapter, si nécessaire, les régimes existants.

Jusqu'à la parution du décret du 9 janvier 2012, la notion de caractère collectif et obligatoire avait fait l'objet de nombreuses précisions de l'administration, regroupées en dernier lieu dans la circulaire DSS n°2009/32 du 30 janvier 2009.

Or plusieurs des « exigences » de cette circulaire étaient contestables et ont été contestées avec succès devant les Tribunaux des Affaires de Sécurité Sociale. Il devenait dès lors urgent de clarifier les règles applicables, mission que le législateur a confiée au pouvoir réglementaire.

Le résultat est mitigé : le décret du 9 janvier 2012 est à la fois plus libéral que la circulaire sur certains points, et plus restrictif sur d'autres.

1. Caractère collectif du régime (nouveaux articles R.242-1-1 à R. 242-1-5 du code de la sécurité sociale)

Le caractère collectif n'interdit pas la mise en place de **régimes catégoriels**, c'est-à-dire de régimes réservés à une ou plusieurs catégories de salariés, à condition :

- que ces catégories soient définies à partir des **critères objectifs** définis par le décret ;
- et qu'elles permettent « *de couvrir tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées* ».

Cette seconde condition est « considérée » satisfaite lorsque **certain**s des critères objectifs susvisés sont utilisés pour définir les bénéficiaires de **certaines** garanties. C'est ce que nous appellerons ci-après « **la présomption de situation identique** ».

a. Critères objectifs de définition des catégories

Le nouvel article R.242-1-1 dresse la liste de **5 critères** objectifs :

- L'appartenance aux catégories de cadres et de non-cadres définies par référence aux dispositions de la convention AGIRC ;**
- Les tranches de rémunérations fixées pour le calcul des cotisations aux régimes de retraites complémentaire ARRCO et AGIRC** (Tranches A, B, et C pour l'AGIRC/Tranches 1 et 2 pour l'ARRCO) ;
- L'appartenance aux catégories et classifications professionnelles définies par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels ;**
- Le niveau de responsabilité, le type de fonctions ou le degré d'autonomie dans le travail des salariés** correspondant aux sous-catégories fixées par les conventions ou accord de branche, professionnels ou interprofessionnels ;
- L'appartenance aux catégories définies clairement et de manière non restrictive à partir d'usages constants, généraux et fixes en vigueur dans la profession.**

▪ Cette liste est-elle limitative ?

La rédaction du décret laisse penser que ces critères sont définis de façon exhaustive. Toutefois, si telle était effectivement l'intention de ses rédacteurs, pourquoi ont-ils pris le soin d'interdire certains critères ? Le décret précise en effet que les catégories « *ne peuvent en aucun cas être définies en fonction du temps de travail, de la nature du contrat, de l'âge ou [...] de l'ancienneté* » (une condition d'ancienneté de 12 mois est toutefois admise pour les prestations de retraite supplémentaire, d'incapacité de travail, d'invalidité, d'inaptitude ou de décès, et une condition d'ancienneté de 6 mois pour les autres prestations, notamment pour les frais de santé).

En outre, comment traiter certaines situations non visées par le décret, notamment les « groupes fermés » que l'entreprise peut être contrainte de constituer du fait de son histoire, d'opérations de fusion-absorption ou même en application de dispositions légales ou réglementaires?

Espérons que l'administration apportera un peu de souplesse sur ce point dans la circulaire qui devrait commenter prochainement ce décret.

■ **Les nouveaux critères vs. ceux prévus par la circulaire DSS du 30 janvier 2009**

La liste du décret ne reprend pas certains des critères qui figuraient dans la circulaire de 2009. C'est le cas en particulier de la notion de cadres dirigeants au sens de l'article L.3111-2 du code du travail.

A l'inverse, elle accueille **de nouveaux critères** qui étaient auparavant exclus (tranches de rémunération/classifications conventionnelles) et intègre ainsi l'apport des premières décisions des juridictions de la sécurité sociale.

b. La présomption de situation identique

L'utilisation de l'un des 5 critères prévus par le décret ne suffit pas pour considérer que le caractère collectif du régime est respecté.

Le décret ajoute une autre condition inspirée de la jurisprudence de la Cour de Cassation relative au principe d'égalité de traitement : la catégorie doit permettre « de couvrir tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées ».

Afin de prendre en compte la difficulté, pour les Urssaf, d'apprécier le respect de cette condition et l'insécurité susceptible d'en résulter pour les entreprises, le décret prévoit qu'elle est « considérée » satisfaite dans certaines situations.

Cette « présomption de situation identique » ne joue que **pour certaines garanties** lorsqu'elles bénéficient à **certaines catégories de salariés**. En outre, pour certaines garanties, la présomption ne s'applique que si l'ensemble des salariés de l'entreprise sont couverts (autrement dit, les garanties peuvent être différentes pour une catégorie de salariés mais tous les salariés de l'entreprise doivent bénéficier du type de garanties concernées).

Le tableau ci-dessous récapitule ces différentes situations (attention : la légende est en couleur –feux rouge/jaune/vert).

Garanties Critères définissant la catégorie	Retraite supplémen- -taire	Décès isolé	Incapacité de travail/Invalidité/Inaptitude Décès associé à au moins l'un de ces 3 risques Perte de revenu en cas de maternité	Frais de santé Perte de revenu en cas de maladie
1° Appartenance aux catégories de cadres et de non-cadres (définies par référence aux dispositions de la convention AGIRC)		 uniquement pour les cadres		
2° Tranches de rémunérations fixées pour le calcul des cotisations aux régimes de retraites complémentaires ARRCO et AGIRC				
3° Appartenance aux catégories et classifications professionnelles définies par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels				
4° Niveau de responsabilité, le type de fonctions ou le degré d'autonomie dans le travail des salariés correspondant aux sous-catégories fixées par les conventions ou accord de branche, professionnels ou interprofessionnels				
5° Appartenance aux catégories définies clairement et de manière non restrictive à partir d'usages constants, généraux et fixes en vigueur dans la profession				



=> **bénéfice de la présomption** : les garanties sont considérées comme couvrant l'ensemble des salariés placés dans une situation identique au regard des garanties mises en place



=> **bénéfice de la présomption sous condition** : les garanties sont considérées comme couvrant l'ensemble des salariés placés dans une situation identique au regard des garanties mises en place, **à condition que l'ensemble du personnel soit couvert**



=> **absence de présomption** : l'employeur devra pouvoir justifier que la ou les catégories permettent de couvrir tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées.

▪ Portée pratique de la présomption

La présomption dispense les entreprises de justifier, **vis-à-vis de l'Urssaf**, que la ou les catégories permettent de couvrir tous les salariés placés, du fait de leur activité professionnelle, dans une situation identique au regard des garanties concernées.

Au contraire, lorsque la présomption ne joue pas, l'employeur devra être en mesure d'apporter cette justification.

Attention : Cette présomption a été instituée par un texte relatif aux règles d'exonération des cotisations sociales.

Elle ne devrait donc pas s'imposer au juge du droit du travail qui serait amené à apprécier le bien-fondé de la catégorie **au regard du principe d'égalité de traitement**.

Rappelons que la Cour de Cassation applique désormais ce principe de façon très stricte : toute différence de traitement entre des salariés placés dans une situation identique doit être justifiée par une raison objective, pertinente et contrôlable. La seule différence de catégorie professionnelle (notamment entre cadres et non cadres) n'est en elle-même pas suffisante pour justifier l'octroi d'avantages catégoriels, même si cette différence est prévue par une convention ou un accord collectif.

La présomption de situation identique ne devrait pas dispenser les entreprises de toute justification, en droit du travail, de la différence de traitement instituée.

On peut néanmoins penser – et espérer – qu'elle sera considérée par le juge comme un indice du bien-fondé de cette différence (puisque, pour le pouvoir réglementaire, les salariés de la catégorie concernée auront été considérés comme placés dans une situation identique au regard des garanties en cause).

❗ Il est en tout état de cause conseillé - que la présomption de situation identique soit ou non applicable - de formaliser, dans l'acte fondateur du régime (décision unilatérale, accord collectif ou référendum) les raisons pour lesquelles les garanties sont réservées à la catégorie bénéficiaire concernée.

▪ Caractère simple ou irréfragable de la présomption ?

Le texte ne précise pas si la présomption est simple ou irréfragable, c'est-à-dire si elle peut ou non être renversée par l'Urssaf. Cette dernière pourrait-elle par exemple combattre la présomption lorsque la catégorie a été définie aux seules fins de privilégier certains « happy few »? En tout état de cause, il incomberait alors à l'Urssaf d'en apporter la preuve.

c. Principe d'uniformité des garanties et des contributions

Le décret précise que les garanties, ainsi que les taux ou montants des contributions patronales doivent être identiques pour tous les salariés, ou pour tous ceux relevant d'une même catégorie.

Quelques exceptions sont toutefois admises :

- Le décret autorise la mise en place **de garanties de prévoyance complémentaire** plus favorables au bénéfice de certains salariés en fonction **des conditions d'exercice de leur activité**.
- En ce qui concerne les cotisations, le décret reprend les exceptions auparavant prévues par la circulaire de 2009 :
 - a) L'employeur peut prendre en charge la cotisation salariale des salariés à temps partiel ou des apprentis, dès lors que leur contribution représente au moins 10% de leur rémunération brute ;
 - b) L'employeur peut moduler les contributions de prévoyance complémentaire selon la composition du foyer du salarié ;
 - c) En matière de retraite supplémentaire, incapacité, invalidité ou inaptitude, le régime peut prévoir des taux croissants en fonction de la rémunération, à condition que cette progression soit également appliquée aux cotisations salariales.
- Enfin le décret confirme la possibilité de prévoir des garanties **supplémentaires** facultatives (au choix du salarié) sans que cela ne remette en cause les exonérations dont bénéficie le régime. Mais l'éventuel financement patronal de ces garanties optionnelles doit être inclus dans l'assiette des cotisations sociales (seule la part patronale finançant le « tronc commun » obligatoire est exonérée).
- En revanche le décret ne précise pas s'il est possible de moduler les garanties à l'intérieur d'une même cotisation (« **cafeteria plan** »).

2. Caractère obligatoire du régime (nouvel article R.242-1-6 du code de la sécurité sociale)

Le nouvel article R.242-1-6 du Code de la sécurité sociale permet aux salariés, dans certaines situations limitativement énumérées et sous certaines conditions, d'être dispensés d'adhésion, sans remise en cause du caractère obligatoire du régime.

Les dispenses d'affiliation autorisées varient selon le mode de mise en place du régime dans l'entreprise (accord collectif, référendum ou décision unilatérale) et selon la nature des garanties.

Le décret prévoit ainsi :

a) une dispense d'affiliation ne pouvant être instituée que lorsque le régime (quelles que soient les garanties) résulte d'une décision unilatérale de l'employeur, au profit des salariés embauchés avant la mise en place du régime.

A noter que contrairement aux dispositions de l'article 11 de la « loi Evin » du 31 décembre 1989 dont elle semble s'inspirer, cette dispense n'est pas subordonnée à l'existence d'une cotisation salariale et s'applique donc aux régimes intégralement financés par l'entreprise.

b) les dispenses d'affiliation réservées aux régimes mis en place par convention, accord collectif ou référendum (quelles que soient les garanties) et qui peuvent être instituées au profit :

- i. des salariés et des apprentis bénéficiaires d'un contrat **d'une durée au moins égale à 12 mois**, sous réserve de justifier par écrit d'une couverture individuelle souscrite par ailleurs pour le même type de garanties ;
- ii. des salariés et des apprentis bénéficiaires **d'un contrat d'une durée inférieure à 12 mois** (même s'ils ne bénéficient pas d'une couverture individuelle souscrite par ailleurs) ;
- iii. des salariés à temps partiel et apprentis dont l'adhésion au régime les conduirait à s'acquitter d'une cotisation au moins égale à 10% de leur rémunération brute.

Ces 3 cas de dispense peuvent être prévus quelle que soit la date d'embauche des salariés concernés.

c) les dispenses spécifiques aux régimes de « prévoyance complémentaire », quel que soit l'acte juridique à l'origine du régime.

Sont concernés :

- i. les salariés bénéficiaires, au moment de la mise en place du régime ou de leur embauche, (i) de la couverture maladie universelle complémentaire prévue par l'article L. 861-3 du Code de la sécurité sociale, (ii) de l'aide à l'acquisition d'une complémentaire santé prévue à l'article L. 863-1 du Code de la sécurité sociale, (iii) ou d'une assurance individuelle frais de santé. La dispense ne peut jouer que jusqu'à l'échéance du contrat individuel.
- ii. les salariés bénéficiant, y compris en tant qu'ayants droit, d'une couverture collective relevant d'un dispositif de prévoyance complémentaire conforme à un de ceux fixés par arrêté du ministre chargé de la sécurité sociale (arrêté à paraître).

Ces cas de dispense peuvent être prévus quelle que soit la date d'embauche des salariés concernés

❗ Dans tous les cas :

- ✓ **Les dispenses d'adhésion doivent être expressément prévues dans l'acte juridique à l'origine du régime** (accord collectif, accord référendaire ou décision unilatérale de l'employeur) ;
- ✓ L'employeur doit être en mesure de produire la demande de dispense des salariés concernés.

3. Période transitoire (article 2 du décret)

Le décret est applicable aux nouveaux régimes qui seront mis en place à compter de sa publication.

En revanche, une période transitoire a été prévue pour les régimes existants, c'est-à-dire ceux mis en place avant le 11 janvier 2012 et qui bénéficiaient à cette date des exonérations de cotisations.

Si ces régimes ne sont pas conformes aux prescriptions du nouveau décret, ils continueront toutefois à bénéficier de ces exonérations **jusqu'au 31 décembre 2013**.

Les entreprises ont donc jusqu'à cette date pour mettre leurs régimes en conformité avec le nouveau décret. Il n'est nul besoin de se presser d'autant qu'elles ont intérêt à attendre les précisions qui devraient être prochainement apportées par l'administration sur ce nouveau texte.



Elisabeth GRAUJEMAN

elisabeth.graujeman@cwassocies.com

Yoan BESSONNAT

yoan.bessonnat@cwassocies.com

Jean-Sébastien DEROULEZ

jeansebastien.deroulez@cwassocies.com

Benoit DORIN

benoit.dorin@cwassocies.com

Tél. : + 33 (0)1 44 34 84 84