

PRÉVOYANCE. Le Conseil d'État vient de rejeter le recours en annulation contre le décret sur le caractère collectif et obligatoire des régimes de protection sociale complémentaire. Analyse

Décret contesté, décret attaqué, mais décret validé !

Benoît Dorin, Avocat, cabinet Chassany Watrelot & Associés

Dix ans après son introduction parmi les conditions d'exonération sociale du financement patronal des régimes de protection sociale complémentaire¹, la notion de « *catégories objectives* » demeure très subjective. En témoigne le recours en annulation déposé en juin 2012 devant le Conseil d'État par la CGT et la CFE-CGC contre le décret n° 2012-25 du 9 janvier 2012.

Ce recours est venu alimenter le débat sans fin sur la définition du caractère collectif et obligatoire des régimes de protection sociale complémentaire, débat nourri par la doctrine, des circulaires parfois contradictoires, un dialogue compliqué avec la jurisprudence relative à l'égalité de traitement, et les premières décisions des tribunaux des affaires de sécurité sociale et cours d'appel.

Pour mettre un terme à ces attermoissements, la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011², a renvoyé au pouvoir réglementaire le soin de trancher la question.

À cette fin, le décret du 9 janvier 2012 :

- propose une nouvelle définition du caractère collectif, largement inspirée par la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'égalité de traitement (avant que le caractère spécifique de la protection sociale en la matière ne soit reconnu par les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 13 mars 2013³);

- liste les critères permettant de définir une catégorie « *objective* » de bénéficiaires;

- réaménage les dispenses d'affiliation.

Les confédérations requérantes avaient développé de nombreux arguments de forme comme de fond tendant à l'annulation du décret :

- Sur la forme (légalité externe), elles contestaient la validité de la procédure de consultation des organismes natio-

naux de sécurité sociale, en relevant des différences entre le projet soumis pour avis et le texte publié.

- Sur le fond (légalité interne), elles reprochaient au pouvoir réglementaire d'avoir empiété sur le territoire de la négociation collective, d'avoir, par manque de précision, mis à mal le principe de sécurité juridique et l'objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la norme, d'avoir violé l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale en permettant de créer des catégories contraires au caractère collectif, et enfin d'avoir méconnu le principe d'égalité.

Le Conseil d'État écarte tous ces arguments et confirme la validité du décret dans sa décision du 15 mai dernier. Plus que les motivations, qui demeurent assez générales (et ne seront pas détaillées systématiquement dans les développements qui suivent), c'est la validation même du décret qui constitue le principal apport de cette décision : désormais validé, le décret doit s'appliquer malgré les réticences de certains à se mettre en conformité avec ce texte. Si le principe est acquis, les modalités sont discutables. À cet égard, la décision du Conseil d'État apporte peu d'éléments nouveaux : la démarche du Conseil pour écarter le grief tenant à la violation de la loi est néanmoins instructive, mais la question des relations entre l'égalité et le caractère collectif, bouleversées par les arrêts du 13 mars 2013, reste posée malgré la réponse théorique donnée par le Conseil d'État. En tout état de cause, cette décision n'épuise pas un sujet dont certains développements nouveaux sont déjà annoncés.

VALIDITÉ

Désormais validé par le Conseil d'État, le décret du 9 janvier 2012 doit s'appliquer selon le calendrier prévu. Conformément à ses dispositions tran-

sitoires, il s'appliquera à l'ensemble des régimes de protection sociale complémentaire à compter du 1^{er} janvier 2014. Rappelons qu'il s'applique d'ores et déjà aux régimes mis en place depuis le 12 janvier 2012.

Cette décision intervient assez tardivement, le Conseil d'État ayant, semble-t-il, attendu la position de la Cour de cassation sur l'application du principe d'égalité de traitement en matière de protection sociale. La période transitoire est ainsi aux trois-quarts consommée.

Les entreprises qui espéraient une annulation du décret doivent désormais s'y conformer et procéder aux modifications plus ou moins importantes qu'il induit (définition des bénéficiaires, modification des garanties ou des cotisations, aménagements des cas de dispenses d'affiliation).

Compte tenu des délais nécessaires pour procéder à ces modifications, à sept mois du terme de la période transitoire⁴, il serait hasardeux de patienter encore, notamment dans l'espérance de la publication de la circulaire de la direction de la sécurité sociale que d'aucuns attendent comme le retour du printemps. Rappelons d'ailleurs que cette circulaire, si elle était publiée, et quelle que soit la pertinence des interprétations qu'elle livrerait, ne sera pas opposable aux cotisants qui pourront, au besoin, la contester⁵.

LÉGALITÉ

En dépit d'une définition plus exigeante du caractère collectif, imposant qu'un régime couvre l'ensemble des salariés ou « *une ou plusieurs catégories de salariés sous réserve que ces catégories permettent [...] de couvrir tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées* », les confédérations

syndicales reprochaient au décret de violer l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale et en particulier... le caractère collectif. En cause : le critère des tranches de rémunération fixées pour le calcul des cotisations de retraite complémentaire ARRCO et AGIRC⁶ qui, selon les organisations requérantes, aurait permis de sélectionner les salariés.

Le Conseil d'État estime au contraire que ce critère ne contrevient pas au caractère collectif « *s'agissant essentiellement de garanties destinées à atténuer l'écart existant entre le revenu dont disposait le salarié et le revenu de remplacement assuré par les régimes obligatoires de sécurité sociale* ».

Plus que la solution, c'est l'argument mis en avant par le Conseil qui est intéressant. L'utilisation des critères listés par le décret pour définir une catégorie de bénéficiaires ne suffit pas pour qu'un régime soit considéré comme collectif. Il doit aussi couvrir l'ensemble des salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard du risque concerné. L'identité de situation est présumée dans certaines hypothèses, elle doit être justifiée dans les autres⁷. L'une des interrogations pratiques soulevées par le décret porte sur la justification devant être apportée par l'entreprise lorsque celle-ci ne bénéficie pas du mécanisme de présomption. La motivation du Conseil d'État peut être perçue comme légitimant une justification par le taux de remplacement.

À l'inverse, on peut se demander si cette justification n'est pas épuisée par le recours possible au critère des tranches de rémunérations. Dans cette hypothèse, le taux de remplacement ne suffirait pas à justifier la mise en place d'un régime de retraite ou de prévoyance au bénéfice de certains salariés ayant des revenus élevés et déterminés à partir d'un autre critère.

ÉGALITÉ

Le décret avait explicitement rapproché le caractère collectif de l'égalité de traitement. Or, entre le moment où le recours a été déposé et la décision du Conseil d'État, la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'égalité de traitement en matière de protection sociale complémentaire a repris ses distances avec l'ombre maladroite qui s'était attachée à ses pas. En énonçant que le principe d'égalité de traitement ne s'appliquait qu'entre les salariés d'une même catégorie, la Cour de cassation a remis en cause l'économie du décret, voire entériné son obsolescence⁸.

Le Conseil d'État apporte une réponse théorique à cette difficulté en affirmant l'indépendance du droit de la sécurité sociale par rapport au droit du travail : les dispositions du décret « *n'ont ni pour objet, ni pour effet de déterminer les conditions de validité des accords ou décisions qui instituent [les garanties de retraite ou de prévoyance complémentaire] et sont sans incidence sur le contrôle de celles-ci par le juge* ».

Ainsi, selon le Conseil, le fait que l'utilisation de certains critères peut conduire à rompre l'égalité entre les salariés n'est pas de nature à remettre en cause la validité du décret lui-même, mais seulement la validité de l'accord ou de la décision instituant le régime. Cette position est discutable puisqu'une entreprise de bonne foi pourrait se voir reprocher par le juge du travail de s'être conformée au Code de la sécurité sociale.

En pratique, la difficulté demeure. En transposant la jurisprudence sur l'égalité de traitement, le décret avait fait des URSSAF et des juridictions de la sécurité sociale les juges – de fait – de l'égalité de traitement. Elles redeviennent les juges du seul caractère collectif. Mais alors que l'on pouvait s'attendre à ce qu'elles suivent les décisions des juges du travail, désormais, on peut se demander sur quelle référence elles s'appuieront pour mettre en œuvre un texte potentiellement plus restrictif que la jurisprudence de la Cour de cassation : les juges de la sécurité sociale exigeront-ils des entreprises une justification dont la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation peut les dispenser ?⁹

DIFFICULTÉS FUTURES

La décision du Conseil d'État ne clôt assurément pas le débat sur l'appréhension du caractère collectif et du caractère obligatoire des régimes de protection sociale. Plusieurs dif- ●●●

Cinq critères de catégories « objectives »

- 1° L'appartenance aux catégories de cadres et de non-cadres résultant de l'utilisation des définitions issues des dispositions des articles 4 et 4 bis de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 et de l'article 36 de l'annexe I de cette convention;
- 2° Les tranches de rémunérations fixées pour le calcul des cotisations aux régimes complémentaires de retraite;
- 3° L'appartenance aux catégories et classifications professionnelles définies par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels;
- 4° 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 de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels;
- 5° L'appartenance aux catégories définies clairement et de manière non restrictive à partir des usages constants, généraux et fixes en vigueur dans la profession.

●●● ficultés nouvelles s'annoncent déjà :

– en pratique, les entreprises devront faire face aux premiers redressements URSSAF fondés sur l'application du décret et aux contentieux qui s'ensuivront : on peut s'attendre à de nombreuses divergences d'interprétations entre les différentes URSSAF et entre les juridictions ;

– si la circulaire annoncée devait être publiée, elle apportera à son tour son lot de réponses et de questions (et fera peut-être l'objet de son propre recours en annulation) ;

– à peine validé, ce décret va devoir composer avec la loi de sécurisation de l'emploi qui sera prochainement promulguée : le texte du projet définitivement adopté par le Parlement le 14 mai, qui prévoit la généralisation de la couverture santé complémentaire, comporte quelques subtiles différences, notamment dans la mise en œuvre des dispenses d'affiliation pour les salariés déjà couverts par ailleurs : les décrets d'application de cette loi modifieront-ils le décret du 9 janvier 2012, ou viendront-ils le concurrencer ?

Mais au-delà de ce détail technique, cette loi pose la question plus générale de la remise en cause du régime social et du régime fiscal de la protection sociale complémentaire. Son article 2 commande en effet au Gouvernement un rapport à remettre au Parlement avant le 15 septembre 2014 sur les aides directes et indirectes accordées au financement de la complémentaire santé ainsi que sur la refonte de la fiscalité appliquée aux contrats : le pouvoir législatif tranchera-t-il ainsi le nœud gordien que le pouvoir réglementaire n'a pas su dénouer ? ■

1. Loi n° 2003-775, 21 août 2003 portant réforme des retraites, art. 113 entré en vigueur le 1^{er} janv. 2005 (déc. n° 2005-435, 9 mai 2005) avec une période transitoire courant jusqu'au 31 déc. 2008.

2. Loi n° 2010-15945, 20 déc. 2010.

3. Cass. soc., 13 mars 2013, n° 11-23.761 ; n° 10-28.022 ; n° 11-20.490.

4. Et à cinq mois de la date de dénonciation des contrats d'assurance.

5. Conformément à l'article L. 243-6-2 du Code de la sécurité sociale, ces circulaires ne sont opposables qu'aux URSSAF, à l'ACOSS et aux caisses générales de sécurité sociale.

6. Tranches 1 et 2 (ARRCO), tranches A, B et C (AGIRC).

7. CSS, art. R. 242-1-2.

8. P. Baron, « Égalité de traitement et protection sociale », *Semaine sociale Lamy* n° 1579, p. 5.

9. V. E. Graujeman citée dans « L'égalité sans le juge », *Semaine sociale Lamy* n° 1576, p. 13.

EXTRAITS DE L'ARRÊT

Sur la légalité interne du décret attaqué

4. **Considérant que** l'article R. 242-1-1, introduit dans le code de la sécurité sociale par le décret attaqué, fait figurer au nombre des critères à partir desquels une catégorie de salariés peut être définie « les tranches de rémunération fixées pour le calcul des cotisations aux régimes complémentaires de retraite » issus de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 ou de l'accord national interprofessionnel de retraite complémentaire du 8 décembre 1961 ; qu'il résulte des dispositions de cet article, ainsi que de l'article R. 242-1-2 également créé par le décret attaqué, que lorsque les garanties considérées bénéficient à l'ensemble des salariés relevant d'une même catégorie définie en fonction de ces tranches de rémunération, les contributions des employeurs destinées au financement de prestations de retraite supplémentaire, de prestations destinées à couvrir les risques d'incapacité de travail, d'invalidité, d'inaptitude ou la perte de revenus en cas de maternité ou, sous certaines conditions, de prestations destinées à couvrir le risque de décès peuvent bénéficier de l'exonération de cotisations sociales prévue par l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale ; qu'il en est de même pour les prestations destinées à couvrir des frais de santé ou une perte de revenu en cas de maladie, à condition que l'ensemble des salariés de l'entreprise soient couverts ; que, pour le financement d'autres prestations, si les garanties ne couvrent pas l'ensemble des salariés de l'entreprise, l'employeur doit être en mesure de justifier que la ou les catégories établies à partir de ce critère permettent de couvrir tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées ;

5. **Considérant que**, contrairement à ce que les confédérations requérantes soutiennent, les dispositions de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale n'imposent pas que les critères objectifs fixés par décret en Conseil d'Etat soient issus d'une négociation collective ; qu'elles ne sauraient utilement invoquer, eu égard à l'objet du décret attaqué, la méconnaissance du droit des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail au motif que la rémunération de chaque salarié fait l'objet d'un accord individuel entre celui-ci et son employeur ;

6. **Considérant que** le critère des tranches de rémunération fixées pour le calcul des cotisations aux régimes AGIRC et ARRCO, elles-mêmes fonction du plafond de la sécurité sociale, constitue un critère objectif, eu égard à son objet qui est de vérifier le caractère collectif des garanties pour le financement desquelles une exonération de cotisations sociales est accordée, s'agissant essentiellement de garanties destinées à atténuer l'écart existant entre le revenu dont disposait le salarié et le revenu de remplacement assuré par les régimes obligatoires de sécurité sociale ; que, par suite, il ne méconnaît pas l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale ;

7. **Considérant que** les dispositions critiquées, dont le seul objet est de définir les garanties de retraite ou de prévoyance complémentaire pour lesquelles les contributions des employeurs sont exclues de l'assiette des cotisations sociales, n'ont ni pour objet ni pour effet de déterminer les conditions de la validité des accords ou décisions qui les instituent et sont sans incidence sur le contrôle de celle-ci par le juge ; que le recours au critère des tranches de rémunération n'est pas, par lui-même, de nature à entraîner la méconnaissance du principe d'égalité par un accord ou une décision du chef d'entreprises ; que les confédérations requérantes ne sont donc pas fondées à soutenir que les dispositions qu'elles attaquent seraient contraires au principe d'égalité ;

8. **Considérant que** les articles R. 242-1-1 et R. 242-1-2 du code de la sécurité sociale disposent également que, pour bénéficier de l'exonération prévue par l'article L. 242-1, certaines des garanties de retraite ou de prévoyance complémentaires peuvent ne couvrir qu'une ou plusieurs catégories de salariés sous réserve que ces catégories, définies à partir des critères qu'il fixe, permettent « de couvrir tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées » ; que, contrairement à ce qui est soutenu, la seule circonstance que la notion d'activité professionnelle serait insuffisamment précise n'est pas de nature à caractériser une atteinte au principe d'égalité ;

► CE, 15 mai 2013, n° 357479