

La lettre d'information d'Harmonie Mutualité aux entreprises

Flash info juridique N° spécial - Octobre 2009

► Le traitement social des régimes de prévoyance et de retraite

La Direction de la Sécurité sociale (DSS) a publié, le 30 janvier 2009, une nouvelle circulaire commentant le traitement social du financement patronal des régimes de prévoyance complémentaire et de retraite supplémentaire. Ce texte abroge les précédentes circulaires de 2005 et 2006 et contient de nombreuses "précisions" qui constituent autant de pièges pour les entreprises.

Dans ces circonstances, les régimes conformes aux anciennes circulaires, mais non à la nouvelle, doivent-ils être modifiés ? La réponse est positive. Ces entreprises bénéficient donc d'un "délai de mise en conformité", jusqu'au **31 décembre 2009**, pour modifier leurs dispositifs et éviter tout risque Urssaf.

Parmi les conditions d'exonération communes² aux régimes de prévoyance³ et de retraite⁴ nous reviendrons sur celles qui, d'expérience, posent le plus de difficultés, à savoir : la mise en place des régimes et leur caractère collectif et obligatoire. Pour chacun de ces thèmes, nous avons également pris le parti de ne traiter que des questions les plus récurrentes.

La mise en place des régimes

Les régimes de prévoyance et de retraite doivent être mis en place par convention ou accord collectif, référendum ou, décision unilatérale de l'employeur, matérialisée dans un écrit remis à chaque salarié concerné.

1. Circulaire n° DSS/5B/2009/32 du 30 janvier 2009

2. A savoir : la mise en place du régime par un acte de droit du travail, le versement de prestations complémentaires par un organisme habilité, la non-substitution à un élément de rémunération, et les caractères collectif et obligatoire du régime

3. Les régimes de remboursement de frais médicaux doivent également respecter le cahier des charges des contrats dits "responsables", ce qui suppose que certaines prestations soient prises en charges et que d'autres, au contraire, ne le soient pas.

4. Il existe également des conditions d'exonération spécifiques applicables aux régimes de retraite supplémentaires.



• Les clauses d'ordre public

Les actes de mise en place des régimes de protection sociale complémentaire doivent comporter un certain nombre de clauses d'ordre public⁵. La dernière circulaire précise que, pour les référendums et les décisions unilatérales, l'absence de ces clauses entraîne la **nullité de l'acte** et donc la **remise en cause du traitement social de faveur**. En revanche, les conventions et accords collectifs ne seraient pas soumis à cette exigence.

Même si cet apport de la nouvelle circulaire est critiquable, les entreprises qui n'en tiendraient pas compte prennent un risque vis-à-vis de l'Urssaf alors même que celui-ci pourrait être évité. En outre, malgré les arguments que nous pourrions développer, cette question n'a, à notre connaissance, jamais été soumise aux juridictions. La prudence est donc préférable.

• Les régimes d'établissement

La Direction de la Sécurité sociale prohibe les accords collectifs d'entreprise qui concerneraient une partie seulement des établissements d'une société ou organiseraient des régimes différents selon les établissements.

En revanche, elle autorise les entreprises à instaurer des différences entre établissements si la convention ou l'accord collectif est négocié au niveau de l'établissement concerné.

Faute de respecter cette position de la DSS, les entreprises

s'exposent à un risque important de redressement. Bien que ces redressements puissent, dans certains cas, être contestés. En effet, la Haute juridiction a admis, lors de contentieux relatifs au principe d'égalité de traitement entre les salariés, la possibilité de créer des distinctions entre établissements par accord d'entreprise.

Le caractère collectif du régime

Les garanties de prévoyance complémentaire et de retraite supplémentaire doivent revêtir un caractère collectif.

A ce sujet, est-il envisageable que la DSS reconnaisse le caractère collectif de "groupes fermés" créés à la suite de **fusions** ? L'analyse de la circulaire nous conduit à penser que non. Malheureusement, la DSS ne précise absolument pas les délais dans lesquels les entreprises doivent harmoniser différents dispositifs. Une solution pourrait, selon nous, consister à se référer aux règles applicables en droit du travail. Ainsi, pour les régimes mis en place par accord collectif, les entreprises devraient pouvoir mettre en avant les délais prévus par le code du travail pour procéder à l'harmonisation⁶. En revanche, pour les régimes mis en place par référendum ou décision unilatérale, l'harmonisation la plus rapide est à préconiser puisque le code du travail ne contient aucune règle spécifique.

Le caractère obligatoire du régime

Seules les contributions des employeurs finançant des régimes obligatoires pour les salariés peuvent bénéficier d'une exclusion d'assiette des cotisations de Sécurité sociale.

• Les salariés à temps très partiel et les apprentis

Ces personnes doivent, par principe, adhérer au régime comme tout autre salarié. Le problème réside dans la charge que peut représenter, pour ces catégories de personnel, le financement d'un régime de prévoyance et/ou de retraite. La circulaire prévoit donc que, lorsque la part salariale de cotisations est au moins égale à 10 % de la rémunération du salarié, il est possible d'organiser la prise en charge intégrale de la cotisation par l'employeur ou de donner la faculté, au salarié, de refuser d'adhérer au régime.

• Les salariés titulaires d'un contrat de travail à durée déterminée (CDD)

Auparavant, tous les salariés en CDD pouvaient refuser d'adhérer au dispositif. Désormais, la dispense est "*de droit*", **pour les CDD d'une durée de moins de 12 mois**. Le salarié n'a donc pas à justifier d'une autre couverture. En revanche, **pour les CDD de plus de 12 mois**, les salariés doivent justifier d'une **couverture** souscrite par ailleurs. Sur ce point précis, il est donc nécessaire dans bien des cas de modifier les actes de droit du travail établis avant la circulaire.

• Les facultés de non adhésion du salarié et de ses ayants-droit :

Non adhésion des salariés

Les salariés présents au jour d'une mise en place par accord collectif ou référendum ont la faculté de ne pas adhérer au dispositif, s'ils peuvent justifier :

- d'une autre couverture collective obligatoire (la faculté de non adhésion dure le temps de la couverture) *ou*,
- d'une autre couverture individuelle (la faculté de non adhésion dure jusqu'à la prochaine échéance du contrat individuel).

Non adhésion des ayants-droit couverts à titre obligatoire

Le salarié peut solliciter une couverture "isolée", s'il justifie annuellement que son ayant-droit :

- est couvert par ailleurs à titre collectif et obligatoire *ou*,
- est un fonctionnaire ou un agent public couvert par un dispositif relevant du décret du 19 septembre 2007 relatif à la participation de l'Etat et de ses établissements publics au financement de la protection sociale complémentaire de leur personnel.

Les couples salariés dans la même entreprise

Lorsqu'il existe une cotisation "famille", l'un des membres du couple doit être affilié en propre tandis que l'autre le sera en qualité d'ayant-droit.



La portabilité des droits en matière de prévoyance

Le 11 janvier 2008, les partenaires sociaux ont conclu un accord national interprofessionnel (ANI) dont l'article 14 organise un mécanisme de portabilité des garanties "frais de santé" et prévoyance "lourde" (incapacité, invalidité, décès). Cet accord a fait l'objet de plusieurs avenants :

- le premier et le second ont reporté la date d'entrée en vigueur du dispositif jusqu'au 1^{er} mai 2009 puis jusqu'au 1^{er} juillet 2009⁷ ;
- le troisième, daté du 18 mai 2009, modifie le dispositif initialement envisagé, celui-ci se révélant difficilement applicable.

L'employeur doit organiser cette portabilité au bénéfice de ses anciens salariés dès lors **que deux conditions** sont remplies :

- la rupture du contrat de travail ne doit pas être consécutive à une faute lourde. Ainsi, sont notamment visés, la démission légitime, la rupture conventionnelle du CDI, la rupture de période d'essai ou encore le terme du CDD.
- la rupture du contrat doit donner lieu à une prise en charge par le régime d'assurance chômage.

Le maintien de **garanties** concerne à la fois les garanties "**frais de santé**" et **prévoyance "lourde"**.

L'objectif initial était de maintenir les garanties

prévoyance aux anciens salariés pour une durée en fonction de celle de leur indemnisation chômage. Face à la complexité de la mise en oeuvre de cette mesure, les partenaires sociaux ont, dans l'avenant n° 3 à l'ANI, fixé **la durée du maintien de garantie** en fonction de celle du dernier contrat de travail.

Faute d'organiser cette portabilité des droits de leurs anciens salariés, les entreprises s'exposent, par exemple, à ce que les ayants droit d'un salarié décédé après la rupture de son contrat de travail réclament le versement d'un capital décès à hauteur des garanties instituées pour les salariés en activité.

Autrement dit, si l'entreprise ne s'organise pas, elle sera son propre assureur.

Le financement du dispositif doit être assuré :

- soit "*conjointement par l'ancien employeur et l'ancien salarié dans les mêmes proportions qu'antérieurement*";
- soit "*par un système de mutualisation*" organisé dans un accord collectif et, à défaut d'accord collectif par référendum ou décision unilatérale ;
- Enfin, l'un des apports de l'avenant n° 3 est d'ouvrir à l'ancien salarié la faculté de "**renoncer au maintien de ces garanties**" de façon définitive et globale (prévoyance et santé).

5. Les clauses d'ordre public :

- le quinquennal de l'organisme assureur et/ou de l'intermédiaire (Article L. 912-2 du code de la Sécurité sociale) ;
- pour les régimes "incapacité, invalidité, décès", l'acte doit organiser, en cas de changement d'organisme assureur, la revalorisation de certaines prestations et bases de calcul, ainsi que le maintien de la garantie décès (Article L. 912-3 du code de la Sécurité sociale) ;
- pour les régimes de retraite prévoyant l'attribution d'une pension de réversion, une clause doit préciser les modalités de répartition de cette pension, entre le conjoint survivant et le ou les ex-conjoints non remariés (Article L. 912-4 du code de la Sécurité sociale).

6. Les entreprises bénéficient d'un délai de 12 mois à l'issue d'un délai de préavis de 3 mois soit 15 mois au total (sauf stipulation différente dans l'accord collectif concerné).

7. Nous attirons votre attention sur le fait que ces dates soulèvent des difficultés juridiques si les entreprises sont directement concernées par des accords signés par le MEDEF, la CGPME ou l'UPA ou qu'une extension est nécessaire.



Le maintien de la couverture "frais de santé" des anciens salariés

L'article 4 de la loi "Evin"⁸ impose aux organismes assureurs d'organiser, dans le cadre du contrat collectif dont bénéficient les salariés, les modalités de maintien de la couverture "frais de santé" au bénéfice, lorsqu'ils le demandent, de certains anciens salariés et des ayants droit du salarié décédé. La question s'est posée de savoir si ce texte imposait un maintien, identique ou similaire, des garanties offertes aux salariés. La Cour de cassation, puis une Cour d'Appel⁹ (à la suite d'un renvoi après cassation) ont récemment tranché ce débat.

De façon synthétique, une société avait conclu, en faveur de ses cadres, un avenant relatif aux garanties de "frais de santé" dénommé "santé 1000". Cet avenant organisait également les modalités de maintien des garanties aux anciens salariés, sur la base du "régime le plus proche". Licencié quelques années plus tard, un salarié sollicite le maintien de la couverture "santé 1000" à titre individuel. L'assureur lui propose, en réponse, un contrat "santé 500", comprenant des garanties quasiment identiques au contrat précédent.

La Cour de cassation¹⁰ a considéré qu'il ne pouvait être dérogé par voie de convention à l'article 4, qui est d'ordre public et qui prévoit "le maintien à l'ancien salarié (...) de la couverture résultant de l'assurance de groupe souscrite par l'employeur". La Cour de cassation a commenté cet arrêt dans son rapport annuel en indiquant qu'elle avait tranché le litige dans le sens d'un maintien à l'identique de la couverture santé à l'ancien salarié.

Sur renvoi après cassation, la Cour d'appel de Lyon¹¹ a confirmé cette position en condamnant la mutuelle à proposer à l'assuré le contrat qui était en vigueur dans l'entreprise lorsque son contrat de travail a pris fin, peu important à cet égard que ce contrat ne soit plus commercialisé ou que l'ancien salarié bénéficie d'une garantie supérieure à celle dont il aurait bénéficié en tant que salarié.

Les attentes des actifs et des anciens salariés en matière de couverture santé étant différentes, elles ont conduit à une demande d'adaptation de l'article 4 de la loi Evin ou de son décret d'application auprès des pouvoirs publics.

8. Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989

9. Cour d'appel compétente à la suite d'un renvoi après cassation

10. Cass. Civ. 2ème, 7 février 2008, pourvoi n° 06-15.006

11. Cour d'Appel de Lyon, 13 janvier 2009, Mutuelle Micils c/ Monsieur Azoulay

CONTACTS HARMONIE PLUS

- Pour plus d'information sur les articles contacter votre conseiller.
- Pour toute remarque ou suggestion sur la publication :
Ingrid Aubry : 02 41 96 79 23 - ingrid.aubry@harmonie-mutualite.fr

