

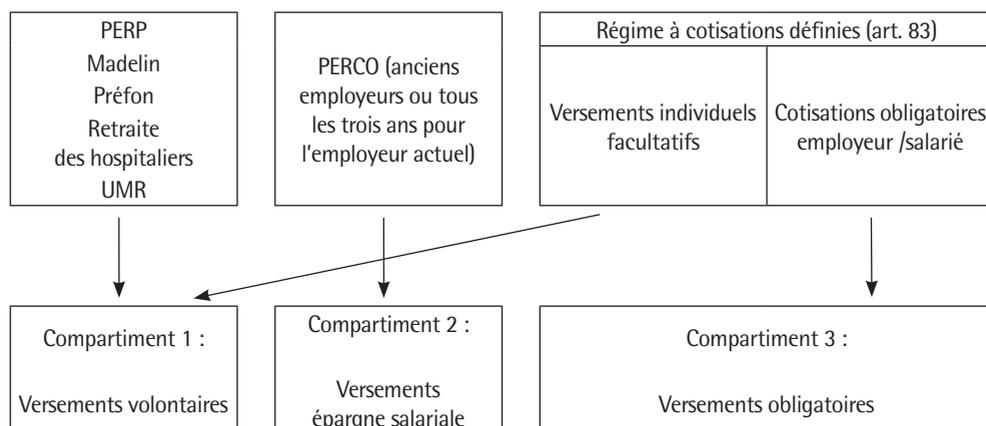
Chapitre IV

LA TRANSITION ENTRE LES ANCIENS PRODUITS ET LE PER

Section I - Les transferts individuels.....	267
Section II - Les transferts dans les régimes d'entreprise.....	268

Section I - Les transferts individuels

Pour faciliter l'essor du nouveau PER et permettre aux épargnants de bénéficier du nouveau corpus de règles qui lui est attaché, les transferts individuels des sommes actuellement épargnées sur les anciens produits de retraite sont organisés selon le schéma suivant (C. mon. fin., art. L. 224-40).



Dans le cas où le gestionnaire d'un ancien contrat « article 83 » n'est pas en capacité de distinguer les versements volontaires des versements obligatoires, la totalité des versements est assimilée à des versements obligatoires, et ainsi inscrits dans le nouveau PER au compartiment « Versements obligatoires » (compartiment 3), sauf si le titulaire est capable de justifier le montant des versements volontaires qu'il a effectués.

Avant tout transfert vers un PER individuel, le gestionnaire doit informer le titulaire des caractéristiques du plan et des différences entre le nouveau plan et l'ancien contrat. Cette information spécifique n'est pas prévue en cas de transfert vers un PER d'entreprise.

Section II - Les transferts dans les régimes d'entreprise

Les entreprises qui disposaient, antérieurement à la création du PER, de dispositifs de retraite pour leurs salariés tels qu'un PERCO ou un régime de retraite supplémentaire à cotisations définies (art. 83) n'ont aucune obligation impérative de transformer leurs régimes en produit « PACTE-compatible ». Cependant, il est opportun pour elles de s'interroger sur la pertinence de cette migration pour déterminer s'il est plus avantageux pour elle et ses salariés de conserver les anciens produits ou d'aller vers le nouveau PER.

À compter du 1^{er} octobre 2020, l'entreprise ne pourra plus mettre en place un PERCO ancien, ni un contrat « art. 83 ». Néanmoins, les dispositifs préexistants pourront continuer de fonctionner normalement, notamment, en accueillant de nouveaux adhérents, sans aucune limite de temps.

Cependant, la décision de conserver les anciens dispositifs ou de migrer vers les nouveaux doit être prise au regard de certains éléments :

- les souplesses apportées par la loi PACTE concerne uniquement le PER, elles ne s'appliquent pas aux anciens produits qui ne peuvent ainsi pas bénéficier de la possibilité de sortie en capital (notamment pour les versements individuels facultatifs sur un article 83), des transferts facilités, des cas de déblocages anticipés harmonisés, de l'option de déductibilité ou non à l'IR pour les versements volontaires ;
- à compter du 1^{er} octobre 2020, un salarié qui souhaiterait opérer un transfert depuis un ancien produit ne pourra le faire que vers un nouveau PER. Les quelques cas de transferts qui étaient auparavant possibles entre anciens produits ne s'appliqueront plus ;
- les contributions employeurs versées dans un article 83 restent soumises à un forfait social à 20 %, alors que les mêmes contributions versées dans un PERE obligatoire seront soumises à un forfait social à 16 %. S'agissant des anciens PERCO bénéficiant du forfait social à 16 % (PERCO +), ils bénéficient d'une période de trois ans durant laquelle le bénéfice du forfait social à 16 % est maintenu. À l'issue de cette période, si le PERCO n'évolue pas en PERE collectif, il perdra le bénéfice du forfait social à 16 %.

Au regard de ces quelques éléments, il est probable que les anciens produits perdent en attractivité face aux nouveautés offertes par le PER. Le taux réduit de forfait social sur les versements patronaux sur les PERE est naturellement un élément financier essentiel à prendre en compte. Cependant, pour les entreprises qui disposent de contrats « article 83 » anciens, bénéficiant de conditions assurancielles avantageuses (exemple : tables de mortalité garanties), la réflexion devra aller au-delà du seul élément relatif au forfait social. L'accompagnement par un conseil indépendant permettra de mesurer les avantages et inconvénients de chaque possibilité offerte à l'entreprise.

I - Transformation du PERCO et transfert collectif des avoirs

Une procédure de transformation simplifiée du PERCO en PERE collectif est prévue par l'article L. 224-40 V du Code monétaire et financier. Lorsque le PERCO actuel remplit certaines conditions, qui en réalité sont celles prévues pour le PERE collectif (gestion pilotée par défaut, modalité de délivrance à l'échéance, prise en charge des frais de gestion...), l'employeur peut décider que le PERCO devient un PERE collectif, après information et consultation du comité social et économique, dès lors que les signataires d'origine ne s'y opposent pas. La transformation ne devient effective qu'après information des bénéficiaires du plan portant

notamment sur les nouvelles dispositions fiscales relatives aux versements volontaires et aux cas de déblocage anticipé.

À défaut de pouvoir bénéficier de cette procédure simplifiée, le PERCO devra faire l'objet d'un avenant pour se transformer en PERE collectif ou bien être dénoncé pour qu'un nouveau plan soit mis en place.

La législation organise le transfert collectif des avoirs de l'ancien PERCO vers le nouveau PERE collectif (C. mon. fin art. L. 224-40 IV). Pour cela, l'employeur doit procéder selon les mêmes modalités que pour la mise en place du PERE collectif, en recherchant en priorité un accord collectif. Le transfert doit alors intervenir dans un délai de six mois. Les salariés doivent être informés des conséquences du transfert, des caractéristiques du nouveau PERE collectif et des différences entre le nouveau PERE collectif et le PERCO transféré.

Aucune procédure de transformation ni de transfert collectif des avoirs n'est prévu pour les régimes à cotisations définies « article 83 ».

II - Transfert en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur

L'article L. 224-12 du Code monétaire et financier prévoit qu'en cas de restructuration, notamment fusion, cession, absorption ou scission, rendant impossible la poursuite de l'ancien plan, les sommes peuvent être transférées dans le PERE de la nouvelle entreprise. L'article R. 224-7 complète en indiquant que le transfert est décidé par les signataires de l'accord ou l'employeur, lorsque le plan n'a pas été mis en place par accord. Si les signataires initiaux ne peuvent être réunis, le transfert peut être mis en place par accord avec le personnel ou les CSE concernés.

Les représentants du personnel doivent être informés de ce transfert.

Chapitre V

ENVIRONNEMENT SOCIAL ET FISCAL DE LA RETRAITE SUPPLÉMENTAIRE D'ENTREPRISE

Section I - Environnement social et fiscal du financement.....	271
Section II - Environnement social et fiscal des prestations.....	294

Section I - Environnement social et fiscal du financement

I - Environnement social du financement

Il s'agit ici de s'intéresser au régime social qui s'applique lorsque l'entreprise finance des dispositifs de retraite supplémentaire pour tout ou partie de ses salariés. En effet, pour inciter au développement de ces dispositifs facultatifs dans les entreprises, des régimes d'exonération de charges sociales sont prévus, sous réserve de respecter certaines conditions.

Ainsi, qu'il s'agisse des contributions patronales à un PER obligatoire (ou à un article 83) ou des versements employeur au PERE collectif (ou à un PERCO), un régime d'exonération est prévu par l'article L. 242-1 II 3° du Code de la Sécurité sociale pour les versements au PERCO/PERE collectif et par le II 4° pour le financement patronal d'un régime de retraite à cotisations définies (article 83)/PERE obligatoire. Lorsque l'on évoque un régime d'exonération de charges sociales, il est en premier lieu intéressant de s'interroger sur la délimitation du champ des charges sociales visé par celle-ci.

- **Cotisations de Sécurité sociale, contributions et taxes alignées** : les charges, contributions et taxes dont le financement des régimes est susceptible d'être exonéré sont celles dont l'assiette est alignée sur celle des cotisations de Sécurité sociale (les cotisations d'assurances sociales, d'accident du travail et d'allocations familiales), c'est-à-dire les contributions solidarité autonomie (loi n° 2004-626 du 30 juin 2004), la cotisation d'aide au logement (CSS, art. R. 834-8), le versement transport (CGCT, art. L. 2333-65 et L. 2531-3), l'assurance des créances des salariés (C. trav., art. L. 3253-18), la taxe d'apprentissage (CGI, art. 225 et 225 A) et sa contribution additionnelle, la participation à la formation continue (C. trav., art. L. 6331-1 et s.), la participation construction (CCH, art. 235 bis CGI et L. 313-1) et la taxe sur les salaires (CGI, art. 231).

Concernant les cotisations du régime général de la Sécurité sociale, leur assiette est définie à l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale par renvoi à l'assiette de la CSG définie à l'article L. 136-1-1. Les régimes d'exonération sont prévus au II 3° et 4° Concernant les cotisations du régime de la Mutualité sociale agricole, leur assiette est définie à l'article L. 741-10 du Code rural, par renvoi aux dispositions de l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale.

- **Cotisations d'assurance chômage** : depuis le 10 janvier 1992, les cotisations d'assurance chômage sont assises sur les rémunérations brutes plafonnées entrant dans l'assiette des cotisations de la Sécurité sociale. En conséquence, les contributions patronales versées pour financer un régime de retraite supplémentaire sont assujetties aux cotisations Pôle Emploi sur la même base que les cotisations de Sécurité sociale. Ainsi, l'exonération de cotisation à l'assurance chômage obéit aux mêmes conditions et limites que celles fixées par les Codes de la Sécurité sociale et rural. À noter que ces cotisations d'assurance chômage sont recouvrées par les URSSAF depuis le 1^{er} janvier 2011 (D. n° 2009-1708, 30 déc. 2009, JO 31 déc. 2009).
- **Cotisations aux régimes complémentaires obligatoires** : l'assiette des cotisations aux régimes complémentaires obligatoires visés par le Chapitre 1^{er} du Titre II du Livre IX du Code de la Sécurité sociale est définie par référence à celle des cotisations de Sécurité sociale (depuis le 1^{er} janvier 2019 : articles 30 et 31 de l'ANI du 17 novembre 2017 ; jusqu'au 31 décembre 2018 : article 12 de l'accord du 8 déc. 1961 ARRCO et article 5 de la CCN du 14 mars 1947 AGIRC) Ainsi, en cas de dépassement des limites d'exonération des charges sociales ou en cas de non-respect des conditions, la contribution patronale aux régimes de prévoyance complémentaire et de retraite supplémentaire est intégrée à l'assiette des cotisations des régimes de retraite complémentaire. Ce versement donne lieu à cotisation patronale et salariale et acquisition de points de retraite.

A – Les versements patronaux aux régimes de retraite supplémentaire à cotisations définies (art. 83/PERE obligatoire)

Le régime social du financement patronal à un régime de retraite supplémentaire à cotisations définies (art. 83) a été repris à l'identique pour le financement patronal au PERE obligatoire.

Le dispositif d'exonération sociale du financement patronal des régimes de retraite supplémentaire est prévu à l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale II 4° a). Ces régimes (financés en tout ou partie par l'employeur) bénéficient, sous réserve du respect de nombreuses conditions, d'un environnement social de faveur, qui avait été profondément modifié par la loi du 21 août 2003 (L. n° 2003-775, art. 113) dite « Fillon » puis aménagé par les lois de financement de la Sécurité sociale successives, dont celle pour 2011 (n° 2010-1594 du 20 déc. 2011) qui a renvoyé à un décret la définition des catégories respectant le caractère collectif du régime lorsqu'il ne s'applique pas à tous les salariés.

La définition des contributions finançant des régimes de retraite supplémentaire est très large. Elle est donnée par le ministère chargé de la Sécurité sociale dans une circulaire comme étant « toutes les sommes versées à un organisme habilité, destinées à financer des prestations de retraite supplémentaire et/ou de prévoyance complémentaire, quelle que soit leur dénomination (cotisations, dotations, subventions, appels de fonds ou refacturation...) » et qu'elles aient pour objet de financer la création de droits nouveaux ou de consolider des droits acquis (Fiche n° 1 de la circulaire DSS/5B/2009/32 du 30 janv. 2009 publiée au Bulletin officiel Santé-Protection sociale-Solidarités n° 2009/2 du 15 mars 2009, page 296, non modifiée par la circulaire DSS/5B/2013/344 du 25 septembre 2013).

Avant la loi Fillon, les contributions des employeurs au financement des régimes collectifs de retraite supplémentaire étaient exclues de l'assiette des cotisations de Sécurité sociale propre à chaque assuré pour une fraction n'excédant pas 85 % du plafond annuel de la Sécurité sociale (étaient comprises dans cette limite de 85 %, les contributions patronales destinées au financement des régimes complémentaires obligatoires ARRCO et AGIRC, des régimes de retraite supplémentaire et des régimes de prévoyance complémentaire).

La loi Fillon avait mis en place un dispositif d'exonération, applicable à compter du 1^{er} janvier 2005, sous réserve d'une période « transitoire ».

Depuis cette date, les régimes de retraite supplémentaire disposent de leur propre limite d'exonération, à condition néanmoins de respecter de strictes conditions, notamment celle relative au caractère collectif et à une adhésion obligatoire des salariés concernés.

Cependant, pour permettre un passage « en douceur » entre le système d'exonération antérieur à la loi Fillon et le dispositif permanent, une période transitoire avait été créée (jusqu'au 31 décembre 2008) permettant aux entreprises de continuer d'appliquer l'ancien système s'il s'avérait plus favorable que le nouveau. Ce laps de temps avait permis de modifier les régimes existants afin de se mettre en conformité avec les nouvelles conditions et limites d'exonération.

Plus récemment, le décret du 9 janvier 2012 (n° 2012-25, JO 11 janv. 2012) modifié le 8 juillet 2014 définissant les critères à respecter pour le caractère collectif de régimes catégoriels, ainsi que les dispenses possibles au caractère obligatoire de l'adhésion des salariés, a été publié et a fait l'objet d'une circulaire de la DSS (DSS/SD5B/2013/344 du 25 sept. 2013), modifiant deux des fiches de la circulaire du 30 janvier 2009.

1° Présentation générale des conditions de l'exonération sociale

Pour bénéficier de l'exonération prévue à l'article L. 242-1 II 4° du Code de la Sécurité sociale, les contributions patronales doivent financer des régimes qui respectent plusieurs conditions dont les principales sont le respect des caractères collectif et obligatoire. Ces conditions ont été précisées par décret (D. n° 2005-435 du 9 mai 2005, codifié aux art. D. 242-1 du Code de la Sécurité sociale et D. 741-39 du Code rural et de la pêche maritime pour le régime de la MSA. D. n° 2012-25 du 9 janvier 2012, modifié le 8 juillet 2014, codifié aux art. R. 242-1-1 et suivants du Code de la Sécurité sociale), avec des développements apportés par circulaires ministérielles (circ. n° DSS/5B/2009/32 modifiée en partie par la circulaire du 25 sept. 2013 et Q/R du 4 février 2014 et lettre circulaire ACOSS du 12 août 2015).

Les cinq conditions d'exonération présentées ci-dessous sont communes aux couvertures prévoyance, santé et retraite supplémentaire à cotisations définies.

– **Condition relative aux modalités de mise en place du régime dans l'entreprise** : les régimes doivent avoir été mis en place dans l'entreprise selon l'une des procédures visées à l'article L. 911-1 du Code de la Sécurité sociale, c'est-à-dire soit par convention ou accord collectif, soit à la suite de la ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise, soit par une décision unilatérale du chef d'entreprise constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé (V. Partie I, Chapitre II).

Cette condition ne permet donc plus aux entreprises de mettre en place des régimes de retraite en concluant simplement un contrat d'assurance (pratique relativement fréquente auparavant), si elles entendent bénéficier de l'exonération de leur financement patronal.

En conséquence, la mise en place de tout nouveau régime doit impérativement respecter le formalisme requis. De même, les anciens régimes existants avant la mise en place des nouvelles conditions d'exonération en 2003, qui résultaient souvent d'un usage, ont du faire l'objet d'une régularisation au travers de la remise d'un écrit à chaque intéressé, constatant l'existence du régime et ses caractéristiques (bénéficiaires, caractère collectif et obligatoire du régime, financement, etc.).

L'accord collectif, la ratification à la majorité ou la décision unilatérale doivent prévoir que le régime s'applique à l'ensemble des salariés ou à ceux de la catégorie objective visée. Ils doivent aussi contenir toutes les clauses obligatoires, et aucune de celles prohibées, prévues par le Livre IX du Code de la Sécurité sociale (disposition d'ordre public, CSS, art. L. 914-1).

Seul un accord collectif d'établissement permet de délimiter géographiquement le champ des bénéficiaires ou bien d'ajouter aux dispositions applicables au niveau général de l'entreprise.

Selon l'administration (circulaire DSS 5B/2009/32), lors d'un contrôle de l'organisme de recouvrement, l'entreprise doit produire, d'une part, l'acte fondateur et ses avenants – l'accord collectif et le récépissé de dépôt, ou bien le projet soumis à ratification et le procès verbal du vote, ou encore la copie de l'écrit constatant la décision unilatérale ainsi que la justification de la modalité de remise de celui-ci aux intéressés, d'autre part, le descriptif des éléments du système de garanties qui ne figureraient pas dans ces documents, par exemple le contrat d'assurance.

La Cour de cassation semble particulièrement attentive au respect du formalisme par les entreprises. En effet, dans une décision du 14 mars 2019, n° 18-12.380, elle a considéré de manière assez sévère que la modification de la répartition du financement entre l'employeur et les salariés du régime complémentaire santé n'ayant pas été portée à la connaissance de chaque salarié selon les modalités prévues à l'article L. 911-1 du Code de la Sécurité sociale, l'employeur ne pouvait pas prétendre à l'exonération des charges sociales de sa contribution à ce régime.

- **Condition relative à la nature des garanties** : elles doivent entrer dans le champ des couvertures collectives défini à l'article L. 911-2 du Code de la Sécurité sociale.
- **Condition relative à la couverture assurantielle** : les prestations doivent être versées par un organisme habilité. Les contributions sont exclues de l'assiette des charges sociales si elles financent des prestations complémentaires versées par l'un des organismes assureurs habilités : entreprise d'assurance relevant du Code des assurances, institution de prévoyance (ou union) régie par le Titre III du Livre IX du Code de la Sécurité sociale, ou mutuelle (ou union) relevant du Livre II du Code de la mutualité.
- **Respect du principe de non-substitution** : les dispositions sur l'exonération plafonnée de charges sociales sur les contributions patronales aux régimes de retraite supplémentaire « ne sont pas applicables lorsque lesdites contributions se substituent à d'autres éléments de rémunération au sens du présent article [CSS, art. L. 242-1], à moins qu'un délai de douze mois ne se soit écoulé entre le dernier versement de l'élément de rémunération en tout ou partie supprimé et le premier versement desdites contributions » (CSS, art. L. 242-1). Ainsi, à titre d'exemple, si l'employeur décide de financer un PERE obligatoire au bénéfice d'une catégorie de salarié à compter du 1^{er} mars 2020, il convient – pour que cette contribution patronale soit exonérée de charges sociales – de vérifier qu'aucun élément de rémunération en tout ou partie supprimé n'a été versé pour la dernière fois entre le 1^{er} mars 2019 et le 29 février 2020. Ce principe de non-substitution a une portée très large quant aux éléments de rémunération qui ne doivent pas être remplacés puisqu'il s'agit de tous ceux visés à l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale et par renvoi tous ceux visés à l'article L. 136-1-1 (et C. rur., art. L. 741-10).
- **Condition relative aux caractères collectif et obligatoire du régime** : Cette condition a été posée par la loi du 21 août 2003 (art. 113, codifié à l'art. L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale, alinéa 6). Le régime doit présenter un caractère collectif et obligatoire pour les salariés bénéficiaires. La loi de financement de la Sécurité sociale pour 2011, après plusieurs contentieux relatifs à l'appréciation du respect du caractère collectif, a complété le texte législatif pour renvoyer le soin à un décret de fixer les critères de définition d'une catégorie des salariés permettant de respecter le principe du collectif. En outre, les salariés visés par le régime doivent obligatoirement y être affilié, sauf quelques exceptions limitativement prévues par la réglementation. Le décret du 9 janvier 2012 modifié le 8 juillet 2014 établit la liste des critères permettant de définir une catégorie de salariés bénéficiaires, codifié à l'article R. 242-1-1 du Code de la Sécurité sociale.

Cette réglementation a eu pour objet de préciser les notions de catégories objectives de salariés suite à plusieurs contentieux (TASS Nanterre, 8 avr. 2010 ; TASS Bourg en Bresse, 10 janv. 2011, TASS Bobigny, 8 sept. 2011, et TASS Amiens, 22 oct. 2012, URSSAF de la Somme, Cour d'appel de Versailles, 20 déc. 2012 ; Cour d'appel de Paris, 16 mai 2013 ; Cass., 7 nov. 2013 n° 12-23.583) consécutifs à des redressements URSSAF fondés sur les interprétations administratives antérieures (Circulaire DSS 30 janvier 2009) et ainsi de permettre de sécuriser dans un certain nombre de cas (mais pas dans toutes les situations) la définition des catégories objectives de salariés et celle du caractère collectif d'un régime. Il est désormais plus aisé d'instituer certains régimes de protection sociale d'entreprise revêtant un caractère collectif et, ainsi, de limiter les risques de redressements URSSAF/MSA.

Le décret de 2012 est à ce titre empreint du courant jurisprudentiel de l'égalité de traitement qui prévalait alors (V. Partie I, Chap. II) et qui depuis a été particulièrement allégé en matière de protection sociale complémentaire par les arrêts de la Cour de cassation du 13 mars 2013. Il en résulte donc qu'en matière d'exonération sociale, les conditions relatives à l'égalité de traitement sont plus contraignantes qu'en droit du travail.

2° Focus sur le caractère collectif

a) Les critères de définition d'une catégorie objective

L'article R. 242-1-1 définit les critères permettant de déterminer une catégorie objective de salarié. Il est prévu que pour bénéficier de l'exclusion d'assiette des cotisations sociales, le financement patronal des garanties de protection sociale mentionnées à l'article L. 242-1 al. 6, mises en place conformément aux procédures de l'article L. 911-1, doivent couvrir l'ensemble des salariés. Le texte poursuit en indiquant qu'à défaut de couvrir tous les salariés, les garanties peuvent couvrir une ou plusieurs catégories de salariés à condition « de couvrir tous les salariés que leur activité professionnelle place dans une situation identique au regard des garanties concernées ».

Après cette référence au principe de l'égalité de traitement, l'article R. 242-1-1 alinéas 3 à 7 énumère donc les critères objectifs à partir desquels une catégorie peut être définie.

- 1^{er} critère : 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 AGIRC de 1947 et de l'article 36 de l'annexe I de cette convention.

Pour rappel :

- article 4 de la CCN 1947 : les ingénieurs et cadres au sens du droit du travail (recouvre également les VRP sous conditions). Quant aux mandataires affiliés au régime général, s'ils sont affiliés à l'AGIRC comme assimilés, ils ne sont pas des salariés ; ils ne sont donc pas une catégorie de salariés définie par le décret (V. infra) ;
- article 4 bis de la CCN 1947 : les employés, techniciens et agents de maîtrise, assimilés aux ingénieurs, obligatoirement affiliés à l'AGIRC (classés à partir d'une position déterminée) ;
- article 36 de l'annexe I : certains niveaux d'employés, techniciens et agents de maîtrise affiliés à l'AGIRC par extension réalisée par accord collectif ou ratification (par référence à une position hiérarchique).

- 2^e critère : les seuils de rémunération déterminés à partir de l'une des limites inférieures des tranches fixées pour le calcul des cotisations aux régimes complémentaires de retraite issus de la Convention AGIRC ou de la convention ARRCO. Sont visés les seuils des tranches A, B et C pour les cadres et de la tranche 2 pour les non-cadres ;

Impact de la fusion AGIRC/ARRCO : depuis le 1^{er} janvier 2019, les régimes de retraite complémentaire ARRCO et AGIRC ont fusionné en un seul. La CCN du 14 mars 1947 a donc disparu, ainsi remplacée par l'ANI du 17 novembre 2017 instituant le régime unifié AGIRC-ARRCO. Les références retenues pour définir une catégorie de salariés à partir des critères 1 et 2 ont donc techniquement disparues. Cependant, la Direction de la Sécurité sociale (DSS) a fait preuve de tolérance. En effet dans le prolongement du courrier qu'elle a adressé au CTIP en décembre 2018, la DSS a réitéré sa position auprès de l'ACOSS dans une lettre du 25 février 2019 concernant l'utilisation des critères 1^o et 2^o de l'article R. 242-1-1 du Code de la Sécurité sociale pour définir une catégorie objective en considérant que les références à la CCN AGIRC de 1947 et aux tranches de rémunération calculées en référence au montant du plafond de la Sécurité sociale, telles que détaillées dans la circulaire du 25 septembre 2013 continuent de satisfaire aux règles fixées pour l'appréciation du caractère collectif des régimes. Ainsi, pourront continuer à être utilisés pour définir une catégorie objective :

- le niveau de rémunération par rapport aux différents multiples du PASS ;
- l'appartenance au champ des articles 4 et 4 bis de la CCN AGIRC, repris dans l'article 2 de l'ANI du 17 novembre 2017 relatif à la prévoyance des cadres, mais aussi de l'article 36 de l'annexe 1.

La DSS a précisé également qu'il en est de même pour la simple référence à une affiliation ou, à une non-affiliation à l'AGIRC ou à l'ARRCO.

L'actualisation des dispositions des articles R. 242-1-1 et s. du Code de la Sécurité a vocation à intervenir selon la DSS dès que possible, « notamment au regard de l'aboutissement » des négociations que les partenaires sociaux envisagent de poursuivre, sauf erreur, sur le statut des cadres », négociations non encore abouties à ce jour.

Ces différentes lettres n'ayant aucune valeur juridique, il serait toutefois opportun que cette position soit reprise dans une véritable circulaire publiée.

- 3^e critère : la place dans les classifications professionnelles définies par les conventions de branche ou les accords professionnels ou interprofessionnels ;
- 4^e critère : 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 accords de branche, ou professionnels ou interprofessionnels ;
- 5^e critère : l'appartenance au champ d'application d'un régime légalement ou réglementairement obligatoire assurant la couverture du risque concerné, ou bien l'appartenance à certaines catégories spécifiques de salariés définies par les stipulations d'une convention collective, d'un accord de branche ou d'un accord national interprofessionnel caractérisant des conditions d'emploi, ainsi que l'appartenance aux catégories définies clairement et de manière non restrictive à partir des usages, constants, généraux et fixes en vigueur dans la profession.

Le dernier alinéa de l'article R. 242-1-1 précise 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 sous réserve de la possibilité d'introduire une condition d'ancienneté maximum pour l'accès aux couvertures : 12 mois maximum pour les prestations de retraite supplémentaire.

La circulaire de la DSS du 25 septembre 2013 est venue préciser les dispositions des articles R. 242-1-1 et suivants. Il est important de souligner que la doctrine exprimée dans cette circulaire est juridiquement rapportée puisque le décret de 2012, sur lequel elle porte, a été modifié par celui du 8 juillet 2014. L'ACOSS, dans sa circulaire du 12 août 2015, a cru bon d'indiquer que les précisions apportées par la circulaire ministérielle demeurent applicables dès lors qu'elles ne sont pas incompatibles avec les nouvelles dispositions du décret du 8 juillet 2014. Sachant qu'une circulaire de l'ACOSS n'a aucune valeur juridique, le lecteur comprendra que la sécurité juridique autour de ces problématiques est toute relative, ce qui n'est pas de nature à rassurer les entreprises.

Néanmoins, il reste utile de répertorier les apports intéressants des diverses circulaires.

Ainsi, la circulaire du 25 septembre 2013 confirme que les critères de définition d'une catégorie peuvent être combinés entre eux. Elle crée également des critères de définition de catégories objectives dits « en marge », c'est-à-dire qui n'avaient pas été prévus par le décret de 2012. Certains de ces critères « en marge » ont été intégrés dans le R. 242-1-1 par le décret du 8 juillet 2014.

Des développements sont faits sur chacun des critères de définition. Les précisions apportées concernant le critère n° 2 (seuils de rémunération) sont intéressants car ils ouvrent la possibilité d'utiliser le seuil de 2 et 3 plafonds de la Sécurité sociale pour définir une catégorie objective. Concernant le critère n° 3, l'administration développe une doctrine assez restrictive alors que le texte réglementaire est large. Selon la DSS, le critère 3 s'entend du premier niveau de classification des salariés défini dans la convention de branche.

Le dernier alinéa de l'article R. 242-1-1 prohibe l'utilisation de certains critères pour définir une catégorie :

- le temps de travail ;
- la nature du contrat ;
- l'âge ou l'ancienneté.

L'administration a apporté un tempérament à ces interdictions en précisant que via l'utilisation du critère n° 5, il peut s'avérer qu'en pratique, une catégorie ne regroupe que des CDD dès lors qu'elle est définie à raison des usages constants, généraux et fixes en vigueur dans la profession.

Concernant l'ancienneté, les dispositions réglementaires admettent elles-mêmes une exception à cette prohibition puisque l'accès aux garanties peut être réservé à des personnels comptant une durée d'ancienneté de 12 mois pour la retraite supplémentaire et la prévoyance.

En matière de retraite supplémentaire, certaines spécificités sont admises :

- le versement des prestations peut être réservé à partir d'un âge minimal quand ce paramètre est en rapport direct avec l'objet de la garantie, par exemple celle de retraite supplémentaire qui conditionne le paiement à ce que l'intéressé ait atteint l'âge de la retraite ;
- par tolérance, il est admis que l'accès à un dispositif de retraite supplémentaire peut être limité en-deçà d'un certain âge, dans le cas où ce régime remplace un régime préexistant en cours de fermeture, par exemple dans le cas d'un régime de retraite à cotisations définies qui fait suite à la fermeture d'un régime à prestations définies. Mais il doit être démontré que la couverture des salariés proches de la retraite n'est pas avantageuse en termes de droits supplémentaires et il incombera à l'employeur de produire des éléments de preuve permettant de justifier l'exclusion des salariés concernés ;
- de même, un critère lié à la date d'embauche pourra être admis dans le contexte de la fermeture d'un système de garantie de retraite qui a pour objet de permettre à l'employeur de se conformer aux conditions d'exclusion d'assiette. Lorsque le régime préexistant est maintenu aux personnes embauchées avant la date de fermeture, le nouveau régime peut, sans remise en cause du caractère collectif, être réservé aux personnes embauchées à compter de sa mise en place postérieure à la fermeture de l'autre régime. Dans ce cas le financement des deux systèmes peut donner lieu au bénéfice de l'exonération de charges sociales.

Il est à noter que la catégorie des cadres dirigeants au sens de l'article L. 3111-2 al. 2 du Code du travail, qui était auparavant admise (Circulaire DSS du 30 janvier 2009) et était réapparue dans la dernière version du projet de décret n'a, au final, pas été maintenue dans le texte promulgué. Or, d'évidence, cette population de cadres est pourtant une réelle catégorie dans l'entreprise pour laquelle n'est pas illogique la création de régimes spécifiques. Cette disparition d'une catégorie définie par la loi de la liste des critères antérieurement autorisés a posé des problèmes pour la survie de certains régimes couvrant précisément cette population, qui ont donc fait l'objet d'évolutions importantes.

La question de l'affiliation aux régimes des mandataires sociaux et de l'exonération du financement de leur couverture par l'entreprise a également fait l'objet de nombreux développements de l'Administration et a donné lieu à de nombreux contentieux.

La circulaire DSS du 25 septembre 2013 aborde cette question, qui en pratique est essentielle car de nombreux redressements sont opérés sur ce sujet. Le mandataire social n'étant pas un salarié au sens du droit du travail, sa situation n'a pas vocation à être traitée dans l'acte fondateur qui lie l'employeur à ses salariés. En effet, le bénéfice des couvertures ne peut lui être octroyé que par l'organe compétent de la société en suivant une procédure propre, laquelle varie d'ailleurs selon la forme sociale, le cumul ou non avec un contrat de travail, l'ampleur de la garantie et selon que la société est ou non cotée sur un marché réglementé (V. Chapitre VI., de la présente partie). En conséquence, les procédures concernant les salariés et celles des mandataires sociaux sont parallèles et n'ont pas vocation à s'entremêler. Il paraît donc juridiquement illogique de vouloir faire « entrer » à tout prix le mandataire dans une catégorie de salariés. Il n'est pas admis par la circulaire de la DSS qu'un mandataire puisse bénéficier (dans les conditions strictement identiques à celles des salariés) d'un régime mis en place pour n'importe quelle catégorie de salariés définie conformément aux nouvelles dispositions réglementaires. Nous ne partageons pas cette analyse administrative.

En ultime, c'est la Cour de cassation qui détermine si un critère utilisé pour définir une catégorie est objectif. À titre d'exemple, elle a validé un redressement au motif que les modalités de rémunération des salariés d'une entreprise (les cadres, les ouvriers chantiers et les ouvriers ateliers de préfabrication regroupés sous l'intitulé « ouvriers travaillant à la tâche », les employés du siège hors ateliers de préfabrication et hors chauffeurs sous celui de « autres salariés ») ne constituent pas un critère objectif de nature à fonder des catégories distinctes au sens de l'article L. 242-1 du Code de la Sécurité sociale (Cass. Civ. 2^e, 14 fév. 2019, n° 18-11.100).

b) Présomptions de catégories objectives (CSS, art. R. 242-1-2)

Pour tenir compte du courant jurisprudentiel antérieur relatif à l'égalité de traitement, l'article R. 242-1-1 du Code de la Sécurité sociale prévoit que les garanties peuvent ne couvrir qu'une catégorie de salariés à