

1160

# Le renouveau des contentieux du droit de protection sociale complémentaire

**David RIGAUD,**

*docteur en droit, avocat associé, cabinet Rigaud Avocats*

et

**Élisa DECHORGNAT,**

*avocat, cabinet Rigaud Avocats*



Historiquement peu développés, les contentieux en droit de la protection sociale complémentaire connaissent depuis quelques années une forme de renouveau. L'analyse de ce phénomène à travers l'exemple des contentieux relatif au traitement social du financement des régimes de retraite et de prévoyance d'entreprise est, à ce sujet, particulièrement éclairant.

**1 - Introduction.** – Pendant de nombreuses années, les contentieux en droit de la protection sociale complémentaire (ci-après PSC) ont peu alimenté la chronique judiciaire et les pages des revues juridiques. Plusieurs explications, non exhaustives, peuvent être données. La principale provient, selon nous, de la technicité de la matière qui éloigne l'intérêt des acteurs concernés (notamment les spécialistes du droit du travail). Ainsi, très peu d'universitaires, d'avocats (notamment ceux défendant les intérêts des salariés), de juges ou d'étudiants s'y étaient spécialisés. Les quelques publications et débats, sur une matière en construction qui pose depuis son origine tant de questions, ne suffisaient pas à faire émerger un contentieux pourtant nécessaire dès lors qu'il aurait apporté des réponses aux nombreuses questions que les spécialistes se posent. Illustration flagrante en est donnée par un différend emblématique : alors que la question était essentielle, il aura fallu attendre 20 ans pour savoir comment les assureurs devaient précisément maintenir une couverture santé pour les retraités<sup>1</sup>.

Mais les choses sont en train de changer. Ici encore, plusieurs explications peuvent être, selon nous, données. Parallèlement à la spécialisation accrue des intervenants, de nouveaux acteurs sont apparus sur la scène et ont bouleversé l'ordre établi. Tel est le cas des Urssaf, chargées fort logiquement de vérifier si les conditions du traitement social favorable du financement de la protection sociale complémentaire sont respectées. Leur regard neuf a changé l'approche des profession-

nels sur la question des « catégories objectives ». Depuis la loi Fillon de 2003, leurs contrôles ont ainsi obligé les entreprises et leurs conseils à investir cette matière délaissée, aux responsabilités et conséquences financières potentiellement très importantes.

Mais l'augmentation des enjeux<sup>2</sup> et des besoins<sup>3</sup> a aussi largement contribué à l'essor de nouvelles questions. Enfin, les évolutions du droit en général et de celui de la protection sociale en particulier ont considérablement stimulé les créativité. Le législateur et les pouvoirs publics y ont joué un rôle majeur : la multiplication des réformes de protection sociale à un rythme effréné (pour ne citer qu'elles : réformes des retraites de 2003, 2010 et 2014, généralisation de la couverture santé en 2013, fusion de l'Agirc et de l'Arcco en 2019, réformes des contrats frais de santé responsables en 2004, 2014 et 2019...) et l'explosion subséquente des textes d'application (lois, décrets, arrêtés, et circulaires des Administrations concernées) ont créé de très nombreuses incertitudes juridiques. L'instabilité du droit du travail (par exemple, les débats relatifs à l'égalité de traitement), si souvent décriée par les spécialistes, a également eu des effets délétères en matière de protection sociale complémentaire.

**2 -** Ces situations ont conduit à un renouveau des contentieux du droit de la protection sociale complémentaire. Il peut être intéressant d'illustrer ce phénomène à partir d'exemples tirés de l'une des branches majeures de droit qui participe de cette matière : le droit des cotisations et contributions sociales.

Un rappel en guise de préambule : si, en principe, le financement par l'employeur du régime de protection sociale complémentaire de

**NdA** : cet article reprend partiellement une intervention effectuée dans le cadre du colloque « Les contentieux du travail » organisé par le Laboratoire de droit social de l'université Paris II Panthéon-Assas et s'étant tenu au Sénat le 5 avril 2019. Les auteurs tiennent à en remercier les organisateurs et le professeur Pierre-Yves Verkindt.

1. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 févr. 2008, n° 06-15.006 et CA Lyon, 13 janv. 2009, n° 2003-4547.

2. Montant des redressements Urssaf ou conséquences des contentieux collectifs aux effets systémiques, engagés par les salariés ou leurs représentants.  
3. Schématiquement : désengagement progressif des protections sociales de base associé en parallèle à l'augmentation des dépenses en matière de la protection sociale en général.

ses salariés constitue une rémunération soumise à cotisations et contributions sociales, le législateur a prévu, par exception, un traitement social favorable dès lors que ces dispositifs respectent certaines conditions. Le caractère collectif du régime (1) ainsi que le respect d'un certain formalisme des actes de droit du travail et d'assurances (2) peuvent ainsi devoir être impérativement respectés. Le contenu des régimes doit également faire l'objet d'une attention particulière (3). À défaut, les conséquences peuvent être sévères et entraîner la requalification en salaire de la part patronale du financement de ces régimes de PSC.

## 1. Le caractère collectif des régimes

**3** - Les régimes de protection sociale complémentaire mis en place au sein de l'entreprise doivent bénéficier soit à l'ensemble des salariés, soit à une ou plusieurs catégories d'entre eux définies au regard de critères autorisés par la réglementation. La contribution patronale et le niveau des garanties doivent, en principe, être identiques pour les salariés concernés. Dans ce cadre, s'est notamment posée la question de savoir si certaines règles impératives de droit du travail pouvaient avoir des conséquences en droit de la protection sociale complémentaire. Plus précisément, un régime de retraite ou de prévoyance d'entreprise comportant des dispositions entraînant des discriminations ou ne respectant pas des dispositions d'ordre public peut-il entraîner une requalification par les Urssaf ? Ces organismes sont-ils compétents pour contrôler, voire redresser de tels dispositifs ou doivent-ils se limiter à vérifier les conditions uniquement posées par les textes de sécurité sociale ? La Cour de cassation a indirectement répondu à cette question en approuvant, dans un arrêt du 20 décembre 2018, l'analyse d'une cour d'appel qui avait considéré que, « même si l'Urssaf n'est pas le gendarme des discriminations, il entre nécessairement dans ses prérogatives de réintégrer dans l'assiette [des cotisations de sécurité sociale les contributions de l'employeur au financement d'un régime de retraite supplémentaire] lorsque leur affectation est contraire aux dispositions législatives et réglementaires ayant un caractère d'ordre public ». Tel est le cas, selon la deuxième chambre civile, lorsque le financement du régime de PSC perd sa nature collective en raison de son caractère discriminatoire en étant par exemple basé sur un critère d'âge du salarié au moment de l'embauche ou limité aux seules personnes de nationalité française<sup>4</sup>. L'Urssaf se voit ainsi apparemment reconnaître une compétence large en matière de vérification des régimes mis en place. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un arrêt de principe, dont la solution reste donc à confirmer, cet arrêt constitue sans nul doute un premier signal fort ouvrant la voie aux unions pour contrôler le respect de dispositions d'ordre public par les régimes mis en place au sein des entreprises. La solution retenue par la Cour de cassation pourrait être lourde de conséquences tant les dispositions relatives aux discriminations peuvent être un sujet délicat à appréhender, notamment par des organismes qui ne sont pas, par principe, spécialistes de droit du travail. Reprenons le cas de figure analysé dans l'arrêt en cause. En application des règles fixées par le Code du travail, les différences de traitement en fonction de l'âge « ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime »<sup>5</sup>. À l'analyse, le droit du travail est, sur cette question de l'âge, pragmatique. Au cas particulier de la protection sociale complémentaire, le critère d'âge peut constituer un facteur important à prendre en compte dans le cadre des régimes de retraite ou de préretraite supplémentaire d'entreprise,

par exemple. Il peut apparaître ainsi utile de fixer un taux de cotisation inférieur dans les premières années de la relation de travail (pour préserver une meilleure rémunération nette à ce stade) pour le faire progresser ensuite tout au long de la carrière. En droit de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne a ainsi directement validé ce type de mécanisme en considérant que le principe de non-discrimination ne s'oppose pas à un régime professionnel de retraite en vertu duquel un employeur verse des cotisations de retraite en fonction de l'âge dès lors que la différence de traitement fondée sur l'âge qui en découle est appropriée et nécessaire pour atteindre un objectif légitime<sup>6</sup>. En droit interne, la Direction de la sécurité sociale reconnaît par exemple que, « à titre de tolérance, il sera admis que l'accès à un dispositif de retraite supplémentaire puisse être limité en deçà d'un certain âge dans le cas particulier où ce dispositif remplace un régime préexistant en cours de fermeture »<sup>7</sup>. Dans le contentieux en cause, ces points ont-ils été parfaitement et pleinement évoqués lors de la phase contradictoire et de contrôle par l'Urssaf puis lors des recours gracieux et contentieux ?

Force est de constater que cette source de contentieux n'est pas près de se tarir. Les acteurs du marché sont, en effet, dans l'attente de la parution d'un décret qui remettra à plat certaines catégories objectives devenues obsolètes depuis la fusion Agirc-Arrco<sup>8</sup>...

## 2. Le formalisme des régimes

**4** - L'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale prévoit que les régimes de protection sociale complémentaire sont mis en place dans l'entreprise par un acte de droit du travail, qui peut prendre la forme d'un accord collectif, d'un accord référendaire ou encore d'une décision unilatérale. La mise en œuvre concrète du régime suppose ensuite la conclusion d'un contrat entre l'employeur et l'organisme assureur. Que se passe-t-il si l'acte de droit du travail et le contrat d'assurance, qui évoluent nécessairement au cours de leur vie (par exemple au niveau des cotisations ou des garanties) ne sont pas strictement identiques ? Cette situation peut-elle entraîner la requalification de la part patronale du financement du régime ? La question est loin d'être théorique en pratique tant, en matière de régime de frais de santé notamment, les régimes doivent chaque année s'adapter aux nouvelles contraintes légales ou aux évolutions de la sinistralité par exemple.

La deuxième chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée sur le cas de la modification de la répartition du financement entre l'employeur et le salarié d'un régime complémentaire de frais de santé mis en place par décision unilatérale. La Cour a estimé qu'une telle modification aurait dû « être portée à la connaissance de chacun des salariés selon les modalités prévues par l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale » et qu'à défaut, la société ne pouvait pas prétendre à la déduction de l'assiette des cotisations sociales de sa contribution au financement du régime<sup>9</sup>. L'entier financement du régime a été, dans cette hypothèse, redressé. Une telle décision invite les entreprises à exercer un contrôle renforcé de la symétrie entre leurs actes de droit du travail et leurs contrats avec l'organisme assureur, les Urssaf pouvant être tentées pour l'avenir, outre la symétrie du financement

4. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 déc. 2018, n<sup>o</sup> 17-27.021 : JurisData n<sup>o</sup> 2018-023676 ; JCP S 2019, 1034, note A. de Louwigny.

5. C. trav., art. L. 1133-2 et, pour une application jurisprudentielle en matière de retraite, V. notamment Cass. soc., 30 sept. 2013, n<sup>o</sup> 12-14.752 : JurisData n<sup>o</sup> 2013-021256.

6. CJUE, 2<sup>e</sup> ch., 26 sept. 2013, aff. C-476/11, HK Denmark c/ Experian A/S : JurisData n<sup>o</sup> 2013-032319 ; Europe 2013, 481, note L. Driguez.

7. Circ. n<sup>o</sup> DSS/SD5B/2013/344, 25 sept. 2013, relative aux modalités d'assujettissement aux cotisations et contributions de sécurité sociale des contributions des employeurs destinées au financement de prestations de retraite supplémentaire et de prévoyance complémentaire.

8. A. Seguin et D. Rigaud, *Prévoyance et retraite : des régimes et des catégories objectives en danger* : SSL, 27 avr. 2018, n<sup>o</sup> 1825.

9. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 mars 2019, n<sup>o</sup> 18-12.380 : JurisData n<sup>o</sup> 2019-003684 ; JCP S 2019, 1156, note Y. Bessonmat.

comme en l'espèce, d'étendre le raisonnement à la symétrie des garanties...

### 3. Le contenu des régimes

5 - En matière de retraites supplémentaires, au côté des régimes à cotisations définies par lesquels l'employeur s'engage sur le niveau du financement du régime, peuvent également être mis en place des régimes de retraite à prestations définies, appelés dans certaines hypothèses « retraites chapeau ». Le législateur, à la suite de divers scandales les affectant, a progressivement souhaité limiter le recours à ces dispositifs en instaurant, notamment, des contributions pesant sur les bénéficiaires des rentes<sup>10</sup>. Selon les textes applicables et par le jeu de renvois, ces contributions salariales sont uniquement dues si le bénéfice de ces régimes de retraites supplémentaires à prestations définies est subordonné à l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise. Pour éviter d'avoir à payer ces contributions, un nombre très important d'anciens salariés ont multiplié les contentieux aux fins de faire juger que leur régime ne comportait pas cette condition d'achèvement de carrière. Cette stratégie, qui leur permet de manière fort opportuniste de bénéficier de tous les avantages du système (pas de cotisations et contributions salariales concernant le financement à l'entrée du régime) sans les inconvénients (traitement social de droit commun des pensions versées en sortie), met en grand danger leurs anciens employeurs qui ont financé pendant des années les dispositifs et qui, par un effet indirect non souhaité, pourraient voir le financement de leur régime requalifié. La Cour de cassation a récemment eu l'occasion de se prononcer sur cette condition. Elle a estimé que le régime de retraite supplémentaire, dont le règlement pose le principe de présence dans l'entreprise mais prévoit une exception à cette règle en vue du maintien des droits de certains salariés licenciés, n'est pas subordonné à l'achèvement de la carrière dans l'entreprise. Elle en a déduit que la pension de retraite supplémentaire dont bénéficient ces anciens salariés ne doit pas être soumise à la contribution à la charge des bénéficiaires prévue à l'article L. 137-11-1 du Code de la sécurité sociale<sup>11</sup>.

Il est fort à parier que la réforme de ces régimes de retraite chapeau, initiée par la loi Pacte<sup>12</sup>, ne sera pas de nature à endiguer de tels

contentieux dès lors que le nouveau régime juridique envisagé devrait non seulement ne pas supprimer ces cotisations sur les rentes mais au contraire les confirmer pour l'avenir dans le cadre des nouveaux dispositifs à prestations définies.

**6 - Conclusion.** – Les risques évoqués précédemment ne sont malheureusement pas nouveaux. Les spécialistes des contrôles Urssaf, de la jurisprudence en matière d'exclusion des cotisations de sécurité sociale en général et en matière de financement de la protection sociale complémentaire en particulier savent que les juridictions, au premier rang desquelles la Cour de cassation, font preuve d'une vigilance importante et constante en la matière<sup>13</sup>. Les récentes décisions commentées dans cette étude ne font que confirmer les craintes de cotisants quant aux raisonnements juridiques tenus par les Urssaf et les juridictions. À l'avenir, les entreprises devront renforcer leur attention dès lors que, outre le cadre général précité, le législateur et les pouvoirs publics demandent de plus en plus expressément le respect des conditions posées ou d'un formalisme spécifique. Ainsi, au cas particulier de la réforme dite du « 100 % santé », l'article 51 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2019<sup>14</sup> prévoit expressément que les accords d'entreprise et les décisions unilatérales doivent être adaptés pour mettre les régimes en conformité avec cette réforme. Si une lettre de la Directrice de la sécurité sociale datant de fin 2018<sup>15</sup> accepte, « du fait des délais inhérents aux processus respectifs applicables », temporairement et à titre de tolérance, que les écarts constatés au 1<sup>er</sup> janvier 2020 entre les stipulations de l'accord et celles des contrats d'assurance ne fassent pas l'objet de redressement, un projet de circulaire commentant ce texte de loi confirme la nécessaire obligation d'adaptation à terme.

Plus généralement, les évolutions en cours de l'ensemble des branches du droit relatives à la protection sociale complémentaire confirment, si besoin était, le renouveau des contentieux en cette matière.

**MOTS-CLÉS :** *Contentieux de la sécurité sociale - Protection sociale complémentaire - Renouveau*

10. CSS, art. L. 137-11-1.

11. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 juill. 2018, n° 17-22.521.

12. L. n° 2019-486, 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, art. 197 : JO 23 mai 2019, texte n° 2 ; V. JCP S 2019, 1157, étude B. Teyssié ; Réforme destinée notamment à respecter les termes de la directive

européenne 2014/50/UE relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les Etats membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension de retraite.

13. Pour une illustration en matière de protection sociale complémentaire excluant l'application d'un traitement social de faveur, V. CA Versailles, 14 juin 2012, n° 12/02764 confirmée par Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 nov. 2013, n° 12-23.583 : *JurisData* n° 2013-025171.

14. L. n° 2018-1203, 22 déc 2018.

15. *Courrier DSS*, 13 déc. 2018.