

1228 Les nouvelles catégories objectives en protection sociale complémentaire

D. n° 2021-1002, 30 juill. 2021

Xavier PIGNAUD,
avocat associé, Rigaud Avocats
Thomas GERARD,
avocat manager, Rigaud Avocats



La fusion des régimes de retraite complémentaire AGIRC et ARRCO a rendu obsolètes les références aux anciens textes conventionnels s'agissant de la définition, dans le Code de la sécurité sociale, des critères permettant de constituer des catégories objectives de salariés. L'adaptation formelle de ces références était donc attendue. Le décret n° 2021-1002 du 30 juillet 2021 adapte et actualise les deux premiers et principaux critères fixés par l'article R. 242-1-1 du Code de la sécurité sociale. Il institue par ailleurs une période transitoire s'achevant le 31 décembre 2024, pour permettre aux entreprises et aux branches professionnelles de se mettre en conformité.

Depuis la loi portant réforme des retraites du 21 août 2003¹, les contributions patronales destinées à financer un régime de protection sociale complémentaire (frais de santé, prévoyance dite « lourde », retraite supplémentaire à cotisations définies) doivent notamment, pour être exclues de l'assiette des cotisations sociales, présenter un caractère collectif. Le sens donné à cette notion a été précisé, en 2012², à l'article R. 242-1-1 du Code de la sécurité sociale³.

Ainsi, le dispositif doit couvrir l'ensemble des salariés de l'entreprise. Il peut également ne couvrir qu'une ou plusieurs catégories objectives d'entre eux. Dans ce cas, la ou les catégories de bénéficiaires doivent impérativement être déterminées à partir de l'un des cinq critères prévus par l'article R. 242-1-1 du Code de la sécurité sociale. Or, depuis leur création, les deux premiers et principaux critères (le critère 1 sur l'appartenance aux catégories « cadres » et « non cadres », et le critère 2 sur les tranches de rémunération) se

réfèrent expressément aux stipulations de la convention collective nationale AGIRC du 14 mars 1947⁴ et de l'accord national interprofessionnel ARRCO du 8 décembre 1961⁵.

Suite à la fusion AGIRC-ARRCO au 1^{er} janvier 2019, l'adaptation des critères 1 et 2 était donc nécessaire et attendue⁶. Le décret n° 2021-1002 du 30 juillet 2021⁷ opère le remplacement des anciennes références conventionnelles par les nouvelles tout en instaurant une période transitoire.

1. Une adaptation nécessaire et attendue

A. - Impacts de la fusion AGIRC-ARRCO sur les régimes

Souvent, les employeurs et les partenaires sociaux mettent en place des régimes de protection sociale complémentaire qui

1. L. n° 2003-775, 21 août 2003, art. 113 : JO 22 août 2003.

2. D. n° 2012-25, 9 janv. 2012, relatif au caractère collectif et obligatoire des garanties de protection sociale complémentaire : JO 11 janv. 2012.

3. Sur la notion de caractère collectif avant l'instauration de l'article R. 242-1-1 dans le Code de la sécurité sociale : Ph. Coursier, Du caractère collectif d'un régime excluant pourtant certaines catégories objectives de personnels : Gaz. Pal. 25 mars 2014, n° 084.

4. CCN de retraites et de prévoyance des cadres, 14 mars 1947.

5. Accord national interprofessionnel de retraite complémentaire, 8 déc. 1961.

6. O. Anfray, Redressements Urssaf en matière de protection sociale complémentaire, panorama de jurisprudence : JCP S 2021, 1091.

7. D. n° 2021-1002, 30 juill. 2021, relatif aux critères objectifs de définition des catégories de salariés bénéficiaires d'une couverture de protection sociale complémentaire collective : JO 31 juill. 2021.

s'adressent, indifféremment, à l'ensemble des salariés de l'entreprise. Néanmoins, certaines distinctions peuvent subsister afin de tenir compte du fait que les salariés d'une même entreprise ne sont pas nécessairement placés dans une situation identique au regard des garanties (degré d'exposition aux risques, niveau de rémunération...). Ces distinctions ont été consacrées par les pouvoirs publics dans le cadre de la définition des conditions d'exclusion d'assiette des cotisations de sécurité sociale applicables au financement patronal des dispositifs. Précisément, le décret du 9 janvier 2012 s'est inspiré des critères établis par les régimes de retraite complémentaire AGIRC et ARRCO pour déterminer les contours des catégories objectives de salariés. Ainsi, les deux premiers critères de l'article R. 242-1-1 du Code de la sécurité sociale ont permis de distinguer les salariés :

– [Critère 1] selon la distinction générale qui existait entre les « cadres » affiliés à l'AGIRC (c'est-à-dire les travailleurs relevant de l'article 4 de la convention AGIRC et, le cas échéant, les salariés assimilés cadres au sens de l'article 4 bis et de l'article 36 de l'annexe I⁸ de cette convention), et les « non-cadres » affiliés à l'ARRCO, et/ou ;

– [Critère 2] par référence avec les tranches de rémunération servant à définir l'assiette des cotisations aux régimes de retraite complémentaire.

L'utilisation de ces deux critères a toutefois été remise en cause à l'occasion de la fusion AGIRC-ARRCO. En effet, depuis le 1^{er} janvier 2019, les stipulations de la convention AGIRC et de l'accord ARRCO ont été « annulées et remplacées »⁹. Dès lors, les références à ces textes conventionnels ont disparu de l'ordonnancement juridique et sont devenues obsolètes. Or, les entreprises ont généralement eu recours à l'utilisation de ces deux principaux critères, dans la mesure où ils bénéficient, quel que soit l'objet des garanties, d'une présomption de conformité¹⁰.

B. - Risques induits pour les entreprises

Dès 2018, deux difficultés soulevées par cette « disparition » avaient été identifiées¹¹. Rappelons que le texte vise « l'appartenance » à des catégories cadres et non-cadres résultant de l'utilisation des « définitions » issues des articles 4, 4 bis et 36 annexe I de la convention AGIRC.

Sur le plan du droit du travail tout d'abord, le risque est que des salariés estiment que l'existence même de certaines catégories de bénéficiaires – ou *a minima* la possibilité d'appartenir juridiquement à celles-ci – a été, de fait, remise en cause.

À titre d'illustration, tous les régimes qui sont réservés par l'acte de droit du travail qui les formalise à la catégorie des « salariés affiliés à l'AGIRC », ou encore à la catégorie des salariés relevant des « articles 4, 4 bis et 36 annexe I », visent une catégorie qui n'existe plus d'un point de vue juridique et à laquelle il est donc désormais impossible d'appartenir. En pratique, puisqu'ils relèvent désormais d'un seul et même régime de retraite complémentaire, les salariés pourraient estimer ne plus être valablement affiliés à ces dispositifs.

Parallèlement, sur le plan du droit des prélèvements sociaux, les critères 1 et 2, qui résultent de l'article R. 242-1-1 du Code de la

sécurité sociale, ne pouvaient plus être utilisés, sans risque, pour bénéficier du traitement social de faveur. En effet, les textes sur lesquels ils se fondent expressément n'existent plus. Les URSSAF auraient pu considérer que l'utilisation de ces deux critères après le 1^{er} janvier 2019 (notamment en cas de création d'un nouveau régime) remettait en cause l'éligibilité du dispositif au cadre social de faveur en raison de la « caducité » des textes réglementaires.

C. - Statu quo sur le plan URSSAF

Consciente de la problématique, l'Administration a rapidement toléré que les catégories existantes ou créées postérieurement au 1^{er} janvier 2019, sur la base des anciens textes conventionnels, continuent de satisfaire à l'exigence du caractère collectif et sans remettre en cause l'éligibilité du dispositif au régime social de faveur. Ainsi, dans un courrier daté du 13 décembre 2018¹², la Direction de la sécurité sociale a précisé que la caducité des anciens textes conventionnels « doit être vue comme sans impact » sur les exemptions de l'assiette des cotisations sociales.

Mais cette position est sans effet dans les rapports entre l'employeur et les salariés, de sorte qu'elle n'apporte pas de réponse à la question de droit du travail liée à la fusion des régimes AGIRC et ARRCO. L'utilisation par les entreprises des critères 1 et 2 ne pouvait ainsi pas être pérenne et une réécriture des dispositions de l'article R. 242-1-1 s'imposait. La Direction de la sécurité sociale avait d'ailleurs précisé, dans son courrier de 2018, que « l'actualisation formelle des références figurant à l'article R. 242-1-1 du Code de la sécurité sociale a vocation à être effectuée dès qu'il sera possible, notamment au regard de l'aboutissement des négociations (...) sur le statut des cadres », confirmant par là même que la disparition des anciennes références à l'AGIRC et à l'ARRCO n'était pas sans soulever des difficultés. Les négociations sur le statut des cadres ont depuis abouti à la conclusion d'un accord national interprofessionnel, le 28 février 2020¹³. Cet accord n'apporte pas de définition nationale univoque de la notion de « cadre ». Il rappelle cependant que les définitions issues des anciens articles 4 et 4 bis de l'ancienne convention collective nationale AGIRC ont été reprises, par l'accord national interprofessionnel du 17 novembre 2017 sur la prévoyance des cadres.

2. Actualisation des anciennes références à l'AGIRC et à l'ARRCO

A. - Objectifs du décret du 30 juillet 2021

Le décret du 30 juillet 2021 tire les conséquences de la fusion AGIRC-ARRCO et permet de mettre un terme aux difficultés précédemment évoquées.

Il s'agit d'une actualisation *a minima*, principalement centrée sur les critères 1 et 2 les plus utilisés par les entreprises. Les autres critères (3 à 5¹⁴), qui ne font pas référence à la convention de 1947 et à l'accord de 1961, ne sont pas modifiés.

Le décret adapte et actualise les anciennes références figurant aux articles R. 242-1-1 et R. 242-1-2¹⁵ du Code de la sécurité sociale,

8. Aux termes de l'article 36 de l'annexe I de la convention AGIRC, les salariés qui atteignent un certain niveau hiérarchique pouvaient être affiliés à l'AGIRC, dans le cadre d'une « extension ».

9. ANI instituant le régime AGIRC-ARRCO de retraite complémentaire, 17 nov. 2017, art. 155.

10. Selon l'article R. 242-1-2 du Code de la sécurité sociale, en matière de remboursement de « frais de santé », prévoyance et retraite supplémentaire, lorsque les catégories de bénéficiaires sont établies à partir des critères n° 1 à 2, elles sont présumées valables.

11. D. Rigaud, A. Seguin, *Prévoyance et retraite : des régimes et des catégories objectives en danger* : SSL 2018, n° 1825.

12. Courrier, 13 déc. 2018, de la Direction de la sécurité sociale au Centre technique des institutions de prévoyance (CTIP). Cette position a été renouvelée, en des termes proches, dans un autre courrier daté du 25 février 2019 (lequel pouvait néanmoins être lu, de manière restrictive, comme concernant uniquement les régimes de retraite supplémentaire).

13. JCP S 2020, act. 115. – JCP S 2020, act. 267.

14. À savoir, le critère 3 : « catégories des conventions collectives », le critère 4 : « sous-catégories des conventions collectives » et le critère 5 : « catégories issues d'usages ».

15. Ce texte fixe notamment les présomptions de validité attribuées aux critères 1, 2 et 3 (sur ce dernier, pour la retraite supplémentaire uniquement).