

PROTECTION SOCIALE COMPLÉMENTAIRE. Analyse de l'instruction du 17 juin 2021 qui précise les modalités d'appréciation du caractère collectif et obligatoire en cas de suspension du contrat de travail.

Le bénéfice des régimes de protection sociale complémentaire pour les salariés dont le contrat de travail est suspendu

Xavier Pignaud, Avocat associé, Rigaud Avocats et **Laurent Benarroche**, Juriste, Rigaud Avocats

1. *Activité partielle, plan jeunes, aides... L'État a mobilisé plus de 50 milliards pour sauver l'emploi, Le Figaro, 19 mai 2021.*
2. *Inst. n° DSS/3C/5B/2021/127 du 17 juin 2021 relative au traitement social du financement patronal de la prévoyance complémentaire collective et obligatoire en cas de suspension du contrat de travail. Le présent article vise à présenter cette circulaire du 17 juin 2021, mais n'a pas vocation à évoquer le cas spécifique et d'ordre public, prévu par l'article 14 de la loi n° 2021-1040 du 5 août 2021, du maintien du bénéfice des garanties de protection sociale complémentaire en cas de suspension non indemnisée du contrat de travail de certains salariés soumis à une obligation vaccinale.*
3. *L. n° 2003-775, 21 août 2003 portant réforme des retraites.*
4. *Circ. n° DSS/SD5B, n° 2013-344 25 sept. 2013. ●●●●●*

Au plus fort de la crise sanitaire, en avril 2020, jusqu'à 8,4 millions de salariés ont été concernés par le dispositif d'activité partielle, et 2,3 millions l'étaient toujours en mars 2021¹. Durant cette période singulière, s'est notamment posée la question du maintien des régimes de protection sociale complémentaire pour ces salariés. Ce sujet, appréhendé jusqu'alors par la doctrine administrative sous l'angle des conditions encadrant le bénéfice du cadre social de faveur, pouvait donner lieu à différentes interprétations et a nécessité la mise en place d'un régime dérogoire temporaire par le législateur.

Celui-ci ayant pris fin, il est apparu nécessaire à l'administration d'actualiser sa doctrine, en tenant compte des enseignements de la crise sanitaire. C'est l'objet de l'instruction du 17 juin 2021, publiée le 30 juin, concernant le maintien des régimes de protection sociale complémentaire en cas de suspension du contrat de travail².

Avant de nous intéresser aux apports et obligations issus de cette nouvelle instruction, il nous semble utile de revenir brièvement sur les différentes étapes de la construction de cette condition du traitement social « de faveur ».

1 RAPPEL HISTORIQUE

Nous aborderons les situations « classiques » de suspension du contrat de travail avant de revenir brièvement sur celle récente et « inhabituelle » du recours massif à l'activité partielle.

► Situations « classiques » de suspension du contrat de travail

• Depuis la loi du 21 août 2003³, les régimes de protection sociale complémentaire doivent notamment, pour bénéficier du traitement social « de faveur », être à la fois collectifs et obligatoires.

Comme le rappelle la Direction de la sécurité sociale⁴, l'instauration de ces critères, en 2003, avait pour objectif « d'assurer le développement de garanties de retraite supplémentaire et de prévoyance complémentaire au profit des salariés ». Restait à voir ce qu'impliquaient concrètement ces conditions dans les hypothèses de suspension du contrat de travail.

La doctrine administrative⁵ a, dans un premier temps, retenu une interprétation assez « large »

du caractère collectif et obligatoire. Elle considérerait en effet que la suspension du contrat de travail impliquait le maintien, d'une part, du bénéfice du régime (quelle que soit la cause de cette suspension) et, d'autre part, de manière temporaire, de la contribution de l'employeur dès lors que l'absence du salarié ne résultait pas de « *convenances personnelles* ».

Cette lecture partait d'une bonne intention : assurer au salarié qui « subit » un arrêt de travail, par hypothèse pour des raisons indépendantes de sa volonté, le maintien des garanties de protection sociale complémentaire et du financement patronal y afférent. Toutefois, cette approche théoriquement séduisante pouvait se heurter à des difficultés pratiques : dans l'hypothèse où un salarié absent ne percevait aucune indemnisation, comment précompter, en paie, la part salariale de la cotisation servant au financement du régime et la CSG-CRDS ?

• Prenant acte de ces problématiques concrètes, l'administration a rapidement abandonné cette lecture pour retenir, dès 2008⁶, une distinction « *opérationnelle* » « *selon que la période de suspension du contrat de travail donne lieu ou non à une indemnisation* » par l'employeur.

Ainsi, désormais, les régimes doivent être maintenus au profit des salariés dont le contrat de travail est suspendu pour la période au titre de laquelle ils bénéficient d'un maintien de salaire, total ou partiel, ou d'indemnités journalières complémentaires financées au moins pour partie par l'employeur. Dans cette hypothèse, la participation patronale doit être versée au profit de ces salariés absents, sauf à ce que le régime prévoit un maintien de garantie gratuit.

L'administration apporte également des précisions concernant le calcul de la part patronale ainsi maintenue, puisqu'elle indique que cette participation est calculée selon les règles prévues par le régime pour la catégorie de personnel dont relève le salarié (même assiette, même taux ou montant) ou, le cas échéant, sur le maintien total ou partiel et les indemnités journalières complémentaires financées par l'employeur. De son côté, le salarié doit également acquitter la part salariale calculée selon les règles prévues par le régime, sauf, ici encore, si le maintien de garantie est gratuit.

Il n'y a donc plus lieu d'opérer de distinction selon la cause de suspension du contrat de travail. Par cette nouvelle lecture plus pragmatique, les difficultés susmentionnées ont donc été prises en compte. C'est ce compromis entre protection du salarié et réalité pratique qui a été retenu et qui perdure depuis.

• Cette distinction a, par la suite, été reprise en 2009⁷ dans une doctrine opposable aux Urssaf.

Ainsi, en synthèse, dans la fiche n° 7 de la circulaire du 30 janvier 2009, la Direction de la sécurité sociale reprend quasiment à l'identique

les précisions apportées en 2008 s'agissant des salariés pour lesquels la période de suspension du contrat de travail donne lieu à une indemnisation.

Elle indique, dans l'hypothèse où la période de suspension du contrat de travail n'est pas indemnisée, que le bénéfice de l'exclusion d'assiette ne peut être remis en cause au motif que le dispositif n'organiserait pas le maintien des garanties au profit des salariés absents, et ce que cette absence s'explique par des raisons médicales ou non. Si les garanties et la contribution de l'employeur sont malgré tout maintenues, encore faut-il, pour pouvoir déterminer la limite d'exonération, reconstituer une rémunération.

Dans ce cas, l'administration admet, par simplification, que la rémunération mensuelle à prendre en compte dans le calcul de la limite d'exonération soit égale au montant moyen des rémunérations perçues au cours des douze mois précédant l'arrêt de travail.

• Enfin, en 2011⁸, l'Acos (aujourd'hui Urssaf Caisse nationale) a apporté des précisions relatives au périmètre de cette « *obligation de maintien* ». En effet, l'administration prévoit dans un *Questions/Réponses* que cette situation vise les salariés dont le contrat de travail est suspendu, quelle qu'en soit la cause, et qui bénéficient de la part de leur employeur d'un revenu, « *quelle qu'en soit la nature (revenu d'activité ou de remplacement)* ».

Elle illustre ses propos en visant notamment, en exemple, « *la suspension du contrat de travail [...] en cas de chômage partiel* ». C'est justement ce cas précis qui va nous intéresser.

► Situation « inhabituelle » de suspension du contrat de travail : crise sanitaire et recours massif à l'activité partielle

• Parmi les conséquences du recours inédit et massif à l'activité partielle lors de la crise sanitaire, on peut noter la naissance de nombreuses interrogations relatives au maintien des garanties de protection sociale complémentaire (faut-il les maintenir ?), à ses modalités (quelle assiette des cotisations et des prestations retenir ?) et à ses conséquences « Urssaf ».

Pour faire face à cette situation inhabituelle, des précisions législatives ou réglementaires étaient nécessaires afin de compléter un régime juridique issu, comme nous l'avons vu, de doctrines administratives datées, pour la plus récente, de 2011 et traitant le sujet, par hypothèse, uniquement au plan du droit des charges sociales. ●●●

Désormais, les régimes doivent être maintenus au profit des salariés dont le contrat de travail est suspendu pour la période au titre de laquelle ils bénéficient d'un maintien de salaire, total ou partiel, ou d'indemnités journalières complémentaires financées au moins pour partie par l'employeur

●●●●● 5. Lettre-circ. Acoss n° 2007-118, 29 août 2007 diffusant une lettre ministérielle du 3 août 2007.

6. Lettre-circ. Acoss n° 2008-014, 22 janv. 2008 diffusant une lettre ministérielle du 31 décembre 2007.

7. Circ. n° DSS/5B/2009/32, 30 janv. 2009 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. Lettre-circ. Acoss n° 2011-000036, 24 mars 2011 concernant le régime social des contributions patronales de retraite et de prévoyance, « Question/Réponse » n° 48.

L'administration a donc souhaité pérenniser les solutions retenues à l'occasion de la crise sanitaire, en incitant les entreprises à maintenir les dispositifs de protection sociale complémentaire en cas de suspension du contrat de travail causée par un « motif économique »

9. L. n° 2020-734,
17 juin 2020 relative
à diverses dispositions
liées à la crise sanitaire,
à d'autres mesures
urgentes ainsi qu'au re-
trait du Royaume-Uni
de l'Union européenne.

10. Instr. min.
n° SS/3C/5B/2020/197,
16 nov. 2020 relative
à l'application du
maintien de certaines
garanties de protection
sociale complémentaire
collectives aux salariés
placés en activité partielle
en conséquence de
l'épidémie de Covid-19.

11. X. Pignaud, *Maintien des garanties de protection sociale complémentaire des salariés en activité partielle et Covid-19, Semaine sociale Lamy, n° 1913, p. 5.*

12. Dans sa version initiale, ces dispositions devaient s'appliquer jusqu'au 31 décembre 2020. Cette date a été repoussée par l'article 8 de la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.

13. Cf. Circ., 30 janv. 2009 susvisée.

14. Pour une illustration d'un redressement Urssaf en cas de financement patronal afférent à un régime maintenu à titre facultatif au profit des salariés en congé parental : CA Aix-en-Provence, 18 déc. 2020, n°19/01234.

- Une sécurisation explicite s'est donc avérée nécessaire. Des règles dérogatoires ont donc été introduites par l'article 12 de la loi du 17 juin 2020⁹, commenté dans un second temps par l'administration dans une instruction interministérielle du 16 novembre 2020¹⁰.

En synthèse :

— les garanties obligatoirement maintenues sont celles concernant « le risque décès, les risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, les risques d'incapacité de travail ou d'invalidité, les risques d'incapacité et le risque chômage, ou qui bénéficient d'avantages sous

forme d'indemnités ou de primes de départ en retraite ou de fin de carrière ». Ne sont en revanche pas visés les régimes de retraite supplémentaire ;

Ce maintien est prévu indépendamment des éventuelles stipulations contraires de l'acte de droit du travail instituant les garanties et du contrat d'assurance.

- en cas de non-respect de cette obligation de maintien, les garanties susmentionnées sont privées « *de leur caractère collectif et obligatoire* » et donc du bénéfice du traitement social « *de faveur* ».

Cette disposition confère ainsi une portée légale à l'analyse de l'Acosse dans sa lettre-circulaire de 2011 susvisée, puisqu'elle conditionnait déjà le bénéfice de l'exclusion d'assiette au maintien des garanties en cas de « *chômage partiel* » ;

– l’assiette des cotisations et garanties des salariés placés en activité partielle, lorsque celles-ci sont déterminées par rapport à la rémunération soumise à cotisations de sécurité sociale ou à la CSG-CRDS, est *a minima* égale à l’indemnité brute mensuelle d’activité partielle et, par exception, déterminée en retenant une assiette plus large (correspondant, par exemple, à la rémunération antérieure). Dans ce dernier cas, cette assiette devra être formalisée par un accord collectif ou une décision unilatérale ainsi que dans un avenant au contrat d’assurance.

Rappelons que les cotisations et les prestations de prévoyance « lourde » sont fréquemment déterminées en pourcentage des revenus d'activité soumis à cotisations de sécurité sociale ou à la CSG. Toutefois, l'indemnité d'activité partielle n'y est quasiment pas assujettie. Ainsi, cette disposition avait pour objet d'éviter un débat qui aurait pu mettre en cause le paiement des cotisations et le niveau des garanties dans une période singulière¹¹ ;

– ces dispositions dérogatoires étaient applicables jusqu’au 30 juin 2021¹².

2 INSTRUCTION DU 17 JUIN 2021

Comme nous l'avons vu, le recours massif à l'activité partielle a engendré plusieurs débats et rendu nécessaire une intervention législative sur le sujet des conséquences de la suspension du contrat de travail sur le maintien des garanties de protection sociale complémentaire. Néanmoins, ces dispositions dérogatoires n'avaient qu'une durée limitée.

En complément des hypothèses déjà prévues dans sa doctrine antérieure, l'administration a donc souhaité pérenniser les solutions retenues à l'occasion de la crise sanitaire, en incitant les entreprises à maintenir les dispositifs de protection sociale complémentaire en cas de suspension du contrat de travail causée par un « *motif économique* ». Pour ce faire, la Direction de la sécurité sociale est venue préciser la doctrine sur laquelle se fondent les Urssaf lors des opérations de contrôle pour apprécier le respect du caractère collectif et obligatoire et donc le bénéfice du cadre social favorable. Cette nouvelle doctrine a donné lieu à la publication d'une instruction du 17 juin 2021, qui abroge la fiche n° 7 de la circulaire du 30 janvier 2009.

Relevons d'ores et déjà que cette instruction ne modifie pas, sur le fond, la précédente doctrine administrative concernant les hypothèses de suspension du contrat de travail non indemnisée¹³. En synthèse, que cette suspension soit causée, ou non par un motif « médical », « le bénéfice de l'exclusion d'assiette ne peut être remis en cause » en l'absence de maintien. En pratique, en l'absence d'indemnisation, ce maintien est, dans la majorité des cas, prévu à titre facultatif et financé exclusivement par une cotisation salariale¹⁴.

Ceci étant dit, intéressons-nous de plus près aux cas dans lesquels la période de suspension du contrat de travail est indemnisée.

► Quelles garanties maintenir?

La Direction de la sécurité sociale opère désormais une distinction selon que la suspension du contrat de travail s'explique, schématiquement, par :

– une raison « *médicale* », donnant lieu à une indemnisation, auquel cas l'ensemble des garanties semblent devoir être maintenues.

On retrouve dans l'instruction une rédaction familière (avec, toutefois, un ajout relatif aux ayants droit) puisqu'il y est indiqué que : « *Le caractère collectif ne sera reconnu que si le bénéfice des garanties de protection sociale complémentaire mises en place dans l'entreprise est maintenu au profit des salariés dont le contrat de travail est suspendu, et, le*

cas échéant, de leurs ayants droit pour la période au titre de laquelle ils bénéficient :

- d'un maintien, total ou partiel, de salaire ;
- d'indemnités journalières complémentaires financées au moins pour partie par l'employeur, qu'elles soient versées directement par l'employeur ou pour son compte par l'intermédiaire d'un tiers. »

Relevons que, comme auparavant, l'administration ne mentionne pas expressément l'hypothèse dans laquelle le salarié percevrait une rente d'invalidité. Un débat subsiste donc quant à la nécessité de maintenir les garanties et le financement dans cette hypothèse.

Ainsi, une première thèse consisterait à soutenir que ce maintien devrait être assuré dans ce cas, au vu des principes généraux fixés par l'instruction.

Toutefois, la solution inverse pourrait également être défendable, en se basant sur :

- l'absence de mention explicite, dans l'instruction, d'une obligation de maintien dans ce cas et ;
- les possibles difficultés pratiques de précompte de la CSG-CRDS et de la part salariale de la cotisation engendrées par ce maintien.

L'absence d'évolution de la doctrine sur ce point pourrait donc inciter les entreprises à conserver leurs pratiques antérieures ;

- une raison « économique », donnant lieu au versement d'un revenu de remplacement, par l'employeur, auquel cas sont obligatoirement maintenues « les garanties de protection sociale complémentaire hors prestations de retraite supplémentaire ».

Sont ici visés « les salariés placés en activité partielle ou en activité partielle de longue durée, dont l'activité est totalement suspendue ou dont les horaires sont réduits, ainsi que toute période de congé rémunéré par l'employeur (reclassement, mobilité...) ».

Comme ce fut prévu lors de la crise sanitaire, avec la loi du 17 juin 2020, seuls les régimes de prévoyance doivent, dans ce cas, être obligatoirement maintenus. Néanmoins, le maintien des « garanties de retraite supplémentaire » n'est pas impossible, la Direction de la sécurité sociale précisant que « le maintien ou la suspension des cotisations et prestations afférentes est subordonné aux stipulations de l'acte instaurant les garanties dans l'entreprise et du contrat, règlement ou bulletin d'adhésion ». Ainsi, pour les entreprises souhaitant maintenir le bénéfice du régime de retraite supplémentaire en cas, notamment, d'activité partielle, il conviendra de vérifier ce que prévoit l'acte de droit du travail le formalisant et, possible, de l'adapter.

Ce maintien facultatif de la retraite supplémentaire s'explique aisément. En effet, dans ce cas où l'employeur aurait à faire face à des difficultés économiques, il semble « logique » de lui imposer de maintenir uniquement l'« essentiel » (c'est-à-dire des régimes de « frais de santé » et de prévoyance « lourde ») et non un régime de retraite supplémentaire dont la rente ne sera pas

radicalement impactée en l'absence de paiement de cotisations pendant une durée limitée.

► Quelle assiette des cotisations et des prestations retenir ?

L'assiette des cotisations et des prestations à retenir par principe, en l'absence de précisions dans l'acte de droit du travail, correspond au montant de l'indemnisation versée dans le cadre de la suspension du contrat. L'instruction vise, à cet égard, « l'indemnisation légale, le cas échéant complétée d'une indemnisation complémentaire ou conventionnelle versée par l'employeur ».

Par exception, l'acte de droit du travail peut prévoir le maintien des assiettes de contributions et de prestations applicables antérieurement à la suspension du contrat de travail dès lors que :

- ces assiettes « permettent d'assurer un niveau de prestations plus élevé » ou ;
- « les contributions et prestations sont assises sur une reconstitution de la rémunération mensuelle des salariés soumise à cotisations de sécurité sociale (moyenne des 12 derniers mois) ».

Ces assiettes plus favorables doivent donc nécessairement être prévues par l'acte de droit du travail instituant le régime et, selon nous, par le contrat d'assurance.

Mais faut-il formaliser les assiettes correspondant à l'indemnisation versée si l'acte de droit du travail et le contrat d'assurance font référence à des cotisations et prestations déterminées sur la base de la rémunération soumise à charges sociales ? Si l'acte de droit du travail fait référence à une assiette différente de celle effectivement retenue, cela engendre nécessairement une difficulté en termes de droit du travail, les salariés concernés pouvant alors en théorie s'opposer au précompte de leur quote-part de cotisation. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour laquelle le législateur a été contraint d'intervenir en juin 2020 afin d'imposer une assiette dérogatoire, nonobstant celle prévue dans l'acte de droit du travail. Dès lors, dans cette hypothèse, outre les considérations tenant au respect du cadre social de faveur, une analyse juridique de l'acte de droit du travail s'impose afin de déterminer si une modification est rendue nécessaire.

► Quelle répartition du financement retenir ?

Par principe, pendant la période de suspension du contrat, la répartition prévue par l'acte ●●●

L'administration ne mentionne pas expressément l'hypothèse dans laquelle le salarié percevrait une rente d'invalidité. Un débat subsiste donc quant à la nécessité de maintenir les garanties et le financement dans cette hypothèse

Ces délais nous incitent donc à conseiller aux acteurs de se saisir rapidement de ce sujet afin a minima d'auditer les systèmes et ainsi déterminer si des adaptations sont ou non nécessaires

●●● de droit du travail s'applique. Ainsi, « le caractère collectif ne sera reconnu que si la contribution de l'employeur, calculée selon les règles applicables à la catégorie dont relève le salarié, est maintenue pendant toute la période de suspension du contrat de travail indemnisée ». Parallèlement, le salarié doit acquitter la part salariale de la contribution, conformément à ce que prévoit le régime.

L'instruction prévoit néanmoins une exception, en précisant que le caractère collectif et obligatoire du régime n'est pas remis en cause en cas d'« application d'une répartition du financement des garanties plus favorable pour les seuls salariés dont le contrat est suspendu ». Si la Direction de la sécurité sociale évoque l'« application » d'une répartition, il nous semble néanmoins, ici aussi, plus sécurisé de formaliser cette dernière dans la DUE, l'accord référendaire ou l'accord collectif, afin d'éviter un potentiel débat avec l'Urssaf et de possibles interrogations de salariés.

► Quel délai pour se mettre en conformité ?

Au titre de l'année 2021, il n'existe pas de risque de remise en cause du caractère collectif et obligatoire des régimes de protection sociale complémentaire (même si les contrats d'assurance et les actes de droit du travail n'ont pas été adaptés) à condition que le maintien des garanties et du financement patronal soit assuré conformément aux principes fixés par l'instruction du 16 novembre 2020 susvisée. De manière pragmatique, l'administration a en effet laissé des délais aux acteurs de la protection sociale complémentaire pour mettre en conformité les contrats d'assurance, dans un premier temps,

et les actes de droit du travail, dans un second temps.

Il sera ainsi nécessaire dès le 1^{er} janvier 2022, que les contrats d'assurance soient bien conformes à l'instruction. Cette dernière prévoit en effet que « le caractère collectif et obligatoire n'est pas remis en cause [...] dès lors que le contrat collectif souscrit par l'entreprise est conforme à la présente instruction au 1^{er} janvier 2022 ». Une « tolérance » est cependant prévue pour le cas où, en application des statuts de l'organisme assureur, la modification du contrat d'assurance impose une approbation en assemblée générale qui ne pourrait se tenir avant le 1^{er} janvier 2022. Dans ce cas – et sous réserve, ici aussi, de l'application des principes fixés par l'instruction du 16 novembre 2020 – « le caractère collectif et obligatoire n'est pas remis en cause [...] jusqu'au 30 juin 2022 ».

Les actes de droit du travail formalisant les régimes de protection sociale complémentaire devront ensuite être mis en conformité. Ainsi, dès le 1^{er} juillet 2022, les décisions unilatérales devront être conformes à l'instruction. Afin de prendre en compte les délais forcément plus longs de modification des accords de branche, convention collective, accords d'entreprise et accords référendaires, ceux-ci devront être adaptés avant le 1^{er} janvier 2025.

Ces délais nous incitent donc à conseiller aux acteurs de se saisir rapidement de ce sujet afin a minima d'auditer les systèmes et ainsi déterminer si des adaptations sont ou non nécessaires. Par ailleurs, une fois que la future rubrique « Protection sociale complémentaire » sera publiée dans le *Bulletin officiel de la sécurité sociale*, il faudra, comme pour l'ensemble des autres thèmes susceptibles de faire l'objet d'un contrôle Urssaf, identifier et suivre les éventuelles évolutions de cette doctrine.¹⁵ ■

► **Instruction interministérielle n° DSS/3C/5B/2021/127 du 17 juin 2021 relative au traitement social du financement patronal de la prévoyance complémentaire collective et obligatoire en cas de suspension du contrat de travail**

15. Ph. Coursier et S. Leplaideur, *De l'autorité à la légalité du BOSS*, *JCP S* 2021, 1180.