

Entretien avec David Rigaud, avocat associé au cabinet Fromont, Briens et associés

« Attention aux redressements Urssaf »

Les règles du jeu de la protection sociale dans l'entreprise se complexifient avec la parution récente de nombreux textes, et en particulier la circulaire du 25 août 2005. Son application comporte de nombreux pièges.

Quelle est votre analyse de l'actualité juridique, en matière de protection sociale complémentaire ?

Nous assistons, depuis cinq ans, à une véritable explosion normative en matière de droit de la protection sociale d'entreprise. Auparavant, le contexte juridique était relativement stable, avec la loi Evin en 1989, puis la loi du 8 août 1994. Mais depuis 2001, nous assistons à une accélération considérable de la création de normes juridiques, à tous les niveaux : légal, réglementaire mais aussi administratif, avec une prolifération de circulaires. Cela a commencé avec la loi Fabius sur l'épargne salariale en 2001, puis la loi Fillon sur la retraite en 2003, qui a entraîné notamment la circulaire du 25 août 2005, puis la loi de réforme de l'assurance maladie du 13 août 2004, qui a créé le contrat responsable. Et on attend encore une circulaire « questions-réponses », et une autre sur les contrats responsables. Le danger de cette inflation galopante des normes est que le débat est considérablement complexifié, et peut gêner les entreprises. Et, lorsqu'elles ne comprennent pas, du fait de cette complexité, elles risquent – et on les comprend – de jeter l'éponge et de ne pas appliquer la loi.

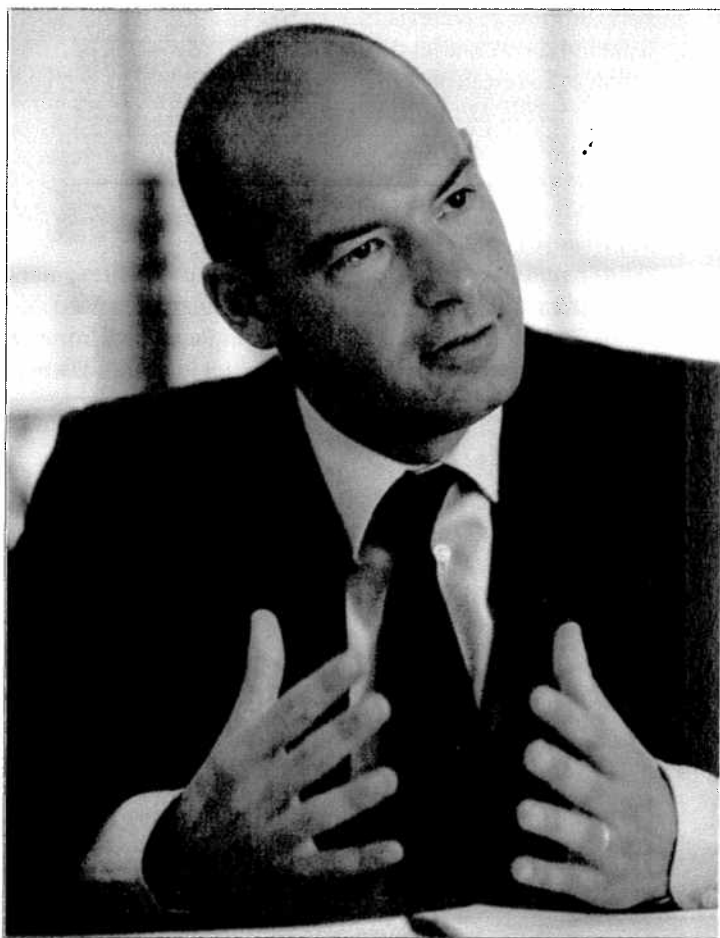
Quel texte pose le plus de problèmes

à l'heure actuelle ?

Assurément la circulaire du 25 août 2005 ! Rappelons que ce texte – dont le pendant, en matière fiscale, est une instruction du 25 novembre 2005 – explicite quelles sont les conditions d'exonération sociale des régimes de prévoyance et de retraite complémentaire, deux ans après la loi Fillon du 23 août 2003. Le texte est rétroactif, puisqu'il s'applique au 1^{er} janvier 2005, et un « questions-réponses » est en cours d'élaboration. Mais, comment les entreprises peuvent-elles appliquer rétroactivement un texte qui n'était pas encore paru, et qui, de surcroît, se révèle très complexe ? Ceci est très important, puisqu'il y a des redressements Urssaf ou fiscaux à la clé.

Quelles sont les sanctions en cas de non-application du texte ?

Si les conditions énoncées par la circulaire ne sont pas intégralement respectées, toutes les sommes versées au titre de la prévoyance et de la retraite seront requalifiées en salaire. Cela peut coûter très cher ! Un redressement Urssaf représente environ 35 % des primes versées à l'assureur. Comme la prescription est en pratique de trois ans, la sanction peut atteindre jusqu'à un an de primes ! Les Urssaf se voient dotées d'un nouveau



© H. Thouroude

« Pour bénéficier de la phase transitoire jusqu'au 30 juin 2008, il ne faut surtout pas toucher au régime dans l'intervalle, sauf pour le rendre responsable. »

champ d'investigation. Les contrôles viennent tout juste de démarrer, et vont monter tout doucement en puissance. Côté fiscal, l'expérience montre qu'il y avait très peu de contrôle (sauf parfois en matière de retraite), et très peu de redressements.

Comment les entreprises ont-elles appliqué cette

circulaire du 25 août dans la pratique ?

Les professionnels du secteur, assureurs et intermédiaires, ont été sensibilisés à cette problématique, et ont bien relayé l'information auprès des entreprises clientes. Mais, compte tenu de la complexité des textes, il n'est pas évident que l'ensemble des conditions ait été totalement assimilé, et on

reste actuellement en zone de risques. Prenons un exemple : un des pièges fondamentaux de cette circulaire est que si elle reconnaît que l'on peut mettre en place les régimes de trois manières différentes – accord collectif, référendum, et acte unilatéral de l'employeur – elle exige dans ce dernier cas (qui est le plus fréquent) que les entreprises remettent une copie de cet acte à chaque salarié concerné, et la preuve de cette remise est à leur charge. Je ne suis pas certain que tous les employeurs soient à jour sur ce point. Or, la sanction est radicale : c'est le redressement assuré.

Deuxième illustration : la circulaire énonce, par exemple, que les bénéficiaires de la CMU, les salariés qui sont en CDD, ou les travailleurs multi-employeurs peuvent choisir de ne pas adhérer au régime, et ce sans remise en cause de son caractère obligatoire. Le piège, c'est que la liste est limitative, et que l'entreprise souhaitant se prévaloir de ces règles doit le prévoir dans l'acte de mise en place du régime. Autre zone de risques : pour être qualifié de collectif, un régime doit concerner des catégories objectivement définies de salariés. Mais, un projet de « questions-réponses » considérerait que les catégories, fixées en fonction du niveau de classification ou du niveau du salaire, sont prohibées. Une telle position est, selon moi, contraire aux pratiques en cours et aux règles de droit du travail applicables !

La couverture des conjoints constitue, également, un grand débat. Avec l'ancien texte, les entreprises acceptaient de « sortir » de leur régime collectif les salariés qui bénéficiaient d'une meilleure couverture, en tant qu'ayant droit

de leur conjoint. Cette pratique était tolérée par l'administration fiscale. La circulaire du 25 août confirme partiellement cette pratique, car elle autorise désormais ceux qui sont déjà couverts par une autre couverture obligatoire (ce qui vise implicitement les conjoints), au jour de mise en place du système, à refuser l'adhésion. Mais, qu'en est-il des nouveaux embauchés ? Le « questions-réponses » pourrait ouvrir à tous les conjoints la possibilité d'éviter la double couverture.

Qu'en est-il de la phase transitoire d'application des nouveaux textes ?

Au 1^{er} janvier 2005, tous les régimes de prévoyance et de retraite complémentaire doivent être en règle, pour bénéficier du nouveau régime social d'exonération. A défaut, la loi Fillon (art. 113) autorise une phase transitoire jusqu'au 30 juin 2008, qui permet de bénéficier des anciens seuils et n'oblige pas les régimes à être collectifs et obligatoires. Mais, la circulaire du 25 août pose des conditions pour bénéficier de cette phase transitoire : par principe, il ne faut surtout pas toucher au régime dans l'intervalle, sauf pour le rendre responsable, ce qui était obligatoire, en tout état de cause. Les entreprises ont juste le droit d'augmenter les cotisations, mais sans modifier les prestations, ou de diminuer les prestations mais sans diminuer les cotisations ou enfin, de rendre le régime collectif et obligatoire. Ceci pose un problème, car nombre d'acteurs pensent qu'ils peuvent faire tout ce qu'ils veulent durant la phase transitoire. Elle vise principalement les régimes facultatifs, qui doivent être rendus obligatoires pour

demeurer exonérés de charges, mais également tous les régimes qui ne sont pas aux normes lorsque, par exemple, l'écrit n'est pas remis aux salariés, ou que les catégories visées ne sont pas les bonnes.

C'est donc l'ensemble des entreprises qui est concerné par la phase transitoire...

Effectivement, fort logiquement, nombre d'entreprises ne sont pas conformes aux conditions de la circulaire, car elles n'existaient pas auparavant ! Seuls les rares anciens régimes, qui remplissaient déjà les nouvelles conditions, sont bons : par exemple, les entreprises qui avaient mis en place par accord collectif un régime, qui concerne tous les salariés, n'ont pas à passer par cette phase transitoire.

Où en est le dossier de la transformation des institutions de retraite complémentaire (IRS) ?

Ce dossier est loin d'être négligeable, les chiffres parlent d'eux-mêmes. Il existe à peu près quatre-vingt-dix IRS. L'encours s'élève à 20 Md€. 1 Md€ de prestations sont versées par an. 400 000 salariés sont concernés. Les IRS sont des institutions dont l'unique objet est la gestion de la retraite. Ce sont des régimes de retraite chapeau d'entreprise, d'interentreprises ou de branche, venant en supplément à l'Agirc et à l'Arcco, et gérés paritaires. La loi Fillon a indiqué l'arrêt des IRS, au plus tard le 30 décembre 2008. Les décrets ne sont d'ailleurs toujours pas parus. Selon la loi, les entreprises ont la possibilité d'externaliser ces régimes auprès d'un organisme assureur au sens large – IP, compagnie ou mutuelle –,



© H. Thouroude

« Aujourd'hui beaucoup d'IRS, qui ont jusqu'au 30 décembre 2008 pour évoluer, ont entamé leur transformation, sans attendre les décrets. »

et de créer une institution de gestion de retraite supplémentaire (IGRS), dont l'unique mission sera la gestion administrative du régime. Les IRS peuvent se transformer en IP ou fusionner avec une telle institution. Le passif social moyen à externaliser dans de tels régimes varie de 100 à 300 M€. Le marché, mou au départ, commence à s'agiter. Aujourd'hui, beaucoup d'IRS ont entamé leur transformation sans attendre les textes, et ont commencé à faire évoluer ces régimes, à prendre des contacts avec les repreneurs dans des compagnies. Les questions d'externalisation ont des implications comptables, fiscales, Urssaf et sur les RH qui peuvent coûter très cher si les entreprises n'anticipent pas. Il est possible – et souhaitable – que la phase transitoire, prévue jusqu'en 2008, soit prolongée. ■

Propos recueillis
par Angela Enriquez