

RETRAITE. La Direction de la sécurité sociale a diffusé une instruction interministérielle du 23 décembre 2020 sur le nouveau dispositif de retraite supplémentaire à prestations définies à droits certains régis par l'article L. 137-11-2 du Code de la sécurité sociale. Décryptage.

Nouvelle retraite « 39 à droit certains » : enfin le top départ !

Frank Wismer, Avocat associé, Avanty Avocats

Que n'aura-t-on pas dit et écrit sur les « retraites chapeau ». Les médias généralistes auront affublé ces systèmes de tous les maux du capitalisme financier, en se gardant bien de séparer le bon grain de l'ivraie, s'agissant de pratiques pourtant particulièrement diverses. Probablement du fait de cet opprobre, mais également du coût comptable des engagements autant que de l'exigence de l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise pour percevoir la prestation, ces dispositifs avaient, ces dernières années, substantiellement perdu de leur intérêt.

C'est bien pour cette raison qu'il faut prendre, séance tenante, la mesure des attraits du nouveau système issu de la transposition par l'ordonnance du 3 juillet 2019 (n° 2019-697) d'une directive européenne du 16 avril 2014 (2014/50/CE), dont le fait marquant est d'appliquer un traitement social et fiscal « de faveur » inédit au financement de retraite à prestations définies dorénavant « à droits certains ».

Attendue depuis plus d'un an, une instruction interministérielle portée par la Direction de la sécurité sociale (DSS), datée du 23 décembre 2020, livre la lecture de l'administration de ce nouveau mécanisme et permet donc de finaliser les arbitrages en la matière.

On rappellera les principes généraux de ce nouveau système avant de relever les apports de cette instruction pour apprécier la portée pratique et la pertinence de ce nouvel outil des politiques de rémunération et d'avantages sociaux.

PRINCIPES

L'ordonnance précitée du 3 juillet 2019 a porté dans le Code de la sécurité

sociale un article L. 137-11-2 qui organise un traitement spécifique en matière de charges sociales (et par renvoi de texte, en matière fiscale) des sommes versées par un employeur pour financer un contrat d'assurance garantissant le versement de prestations de retraite.

► Traitement social et fiscal unique

Ces primes ou cotisations d'assurance sont exclues de l'assiette de cotisations de sécurité sociale et de la CSG et la CRDS (CSS, art. L. 136-1-1, III e) et L. 242-1, I) ni soumises à l'impôt sur le revenu (CGI, art. 81, 18° ter). Concrètement, cela signifie que le bénéficiaire n'a aucun décaissement à supporter pendant la période de financement des droits, ce qui est la première singularité du mécanisme. En contrepartie, l'employeur est redevable d'une contribution de 29,7 % sur ce financement. Par ailleurs, à la liquidation des droits, le bénéficiaire de la rente doit acquitter, outre les prélèvements sociaux habituels, une contribution de 7 % ou de 14 % variant selon le montant de la pension.

► Acquisition certaine des droits

Bien évidemment, l'élément principal et novateur consiste dans le fait que l'engagement de retraite est totalement acquis pour le bénéficiaire, peu important qu'il quitte l'entreprise bien des années avant son départ à la retraite. Cette évolution modifie totalement la portée de l'engagement et donc sa valorisation dans la politique de rémunération.

► Conditions d'application

L'article L. 137-11-2 exige par ailleurs que :

– les « prestations [soient] exprimées sous forme de rente », expression qui vise,

de prime abord, à interdire le versement sous forme de capital ;

– l'engagement de rente ne puisse être supérieur à un montant annuel égal à 3 % de la rémunération, sans que le cumul de ces pourcentages – pour l'ensemble de la carrière – ne soit supérieur, tous employeurs confondus, à 30 points ;

– l'acquisition annuelle des droits soit soumise à des conditions liées à des performances professionnelles pour les salariés dont la rémunération annuelle est supérieure à 8 plafonds de sécurité sociale (approximativement 320 000 euros) et pour tout dirigeant mandataire social ;

– tous les salariés de l'entreprise disposent d'un système de retraite supplémentaire (le 39 lui-même ou un PERCO/PERECOL/ « 83 »/PERO), exigence déjà imposée pour les anciens systèmes à prestations définies.

Par ailleurs, l'employeur doit déclarer, via la DSN, l'identité des bénéficiaires, ainsi que le montant des droits supplémentaires acquis par chacun d'eux. Cette déclaration doit permettre d'apprécier le plafond de 30 points sur l'ensemble de la carrière, tous employeurs confondus.

Une revalorisation de l'engagement peut être prévue sans pouvoir être supérieure à celle du plafond de la sécurité sociale.

Enfin, le contrat d'assurance doit être conforme aux conditions propres aux contrats de retraite professionnelle supplémentaire, telles que régies par l'article L. 143-0 du Code des assurances (applicable par renvoi de texte aux institutions de prévoyance et mutuelles).

► Absence de catégorie objective

Un autre point saillant du dispositif réside dans le fait qu'aucun ca-

ractère collectif n'est exigé par les textes, contrairement, par exemple, au PERECOL dont le traitement social impose qu'il s'applique à tous les salariés (hormis une condition d'ancienneté éventuelle de trois mois) ou au PERO, dont le traitement implique qu'il bénéficie à une catégorie objective telle que définie par l'article R. 242-1-1 du Code de la sécurité sociale.

APPORTS DE L'INSTRUCTION DU 23 DÉCEMBRE 2020

► Problème

Dès à présent, évoquons une question qui fâche. On peut saluer le souci de l'administration de veiller à commenter régulièrement les dispositifs spécifiques de charges sociales. On peut tout autant féliciter ses représentants de consulter les acteurs du marché afin de ne pas perdre de vue la portée opérationnelle des textes. On peut également applaudir la reconnaissance de tolérances opposables aux organismes de recouvrement lorsqu'elles émanent de positions valablement publiées, tel que cela est admis par l'article L. 243-6-2 du Code de la sécurité sociale.

En revanche, on regrettera, de façon plus générale, la pratique désormais courante consistant pour l'administration à ajouter, par voie d'instruction ou de circulaire, à la loi ou au décret des conditions qui n'y figurent pas, rendant ainsi plus contraignant le dispositif légal ou réglementaire. À bien y regarder, il y a là une tendance, outre sa portée juridique totalement contestable, qui interpelle sur le principe de séparation des pouvoirs et, osons l'expression, sur notre État de droit. Cela est d'autant plus vrai que ceux qui tiennent la plume pour élaborer la loi ou l'ordonnance sont parfois les mêmes qui rédigent l'instruction.

Or, celle du 23 décembre 2020 procède précisément d'ajouts significatifs et contraignants non dénués d'incidences. À titre d'exemple, la loi cantonne l'exigence d'une prestation sous forme de rente au seul contrat d'assurance et non à l'acte collectif engageant l'employeur (le plus souvent qualifié de « *règlement de retraite* »). Pourtant, l'instruction englobe tout à la fois l'exigence au contrat et au règlement. De prime abord, cela peut

paraître un détail. Or, cet ajout réduit sensiblement les modalités de mise en œuvre des modes de financement.

Plus largement, cette culture de la production administrative en dit long sur la défiance que ses auteurs ont de l'application par les entreprises de la mesure légale. Il en résulte une volonté d'appréhender par anticipation toutes les pratiques, ce qui est, bien évidemment, totalement impossible. L'instruction regorge d'exemples de traitement parcellaire de cas de figure. La situation du salarié multi employeur est à cet égard édifiante.

► Trois fiches

L'instruction est organisée autour de trois fiches portant sur la nature de l'engagement, les bénéficiaires et le plafonnement des droits.

Nature de l'engagement

L'administration mentionne son objectif de voir respecter les exigences de sécurisation des droits en cours d'acquisition et des rentes liquidées, au regard de la directive 2008/94/CE du 22 octobre 2008. C'est une intention aussi louable que légitime qui se heurte pourtant au fait que cette directive n'a été transposée en droit français que pour les seuls régimes « *à droits aléatoires* » régis par l'article L. 137-11 du Code de la sécurité sociale.

L'instruction en déduit toutefois, en sollicitant les décisions rendues par la CJUE et le Conseil d'État, que le contrat doit prévoir « *un taux de garantie en cas d'insolvabilité de l'employeur au moins égal à 50 % des droits acquis par le bénéficiaire au moment de cette insolvabilité* ». Pour ce faire, l'administration présume conforme à cette exigence (pourtant donc non applicable à défaut de transposition...), deux techniques assurantielles :

– soit par le recours à un contrat, au terme duquel le « *montant de la rente est garanti à 100 % par l'assureur et l'employeur est libéré de son obligation de constituer des provisions comptables à ce titre* ». Compte tenu des exigences de l'administration, on comprend que cette approche vise les contrats d'assurance dits de « *rentes viagères différées* ». On qualifiera donc ce système entrant dans la famille des « *39 libératoires* » ;

– soit un contrat d'assurance garantissant une sécurisation de la rente *a minima* à hauteur de 80 %.

Mais ces présomptions n'interdisent pas d'autres modalités d'assurance, permettant de coupler, par exemple, un investissement « *en rentes viagères différées* » à hauteur de 50 % de l'engagement, et le reste sur des supports financiers plus efficaces, par exemple sous forme d'unités de compte.

L'instruction ajoute qu'au moment de la liquidation de la rente, les droits acquis par le salarié doivent être sécurisés à hauteur de 100 % auprès de l'organisme assureur. Si on veut que celui-ci délivre un titre de rente viagère opérant valablement substitution de débiteur, un tel niveau de financement est alors indispensable.

L'administration admet que des droits dérivés puissent être prévus en cas de décès avant la liquidation, sous forme de rente ou de capital, ou après, sous forme de réversion, sans référence restrictive à une « *pension* ».

Bénéficiaires

L'instruction confirme qu'en l'absence de toute exigence dans la loi, les entreprises sont libres de fixer des critères de détermination des bénéficiaires dans le règlement ou « *dans le cadre de la relation individuelle de travail* ». On note donc cette reconnaissance explicite de la faculté d'individualiser l'avantage de retraite, ce qui ne sera pas le moindre des atouts du système, sous réserve de veiller, cela va sans dire, à ne pas heurter le principe d'égalité de traitement et la prohibition des discriminations liées à l'âge. Cette individualisation est l'un des atouts majeurs du nouveau dispositif, qui pourra notamment être utilisé pour octroyer des indemnités optimisées socialement et fiscalement lors de départs de l'entreprise.

On notera également la position prise sur l'incidence d'une suspension du contrat de travail, notamment pour les expatriés. Là encore, l'administration considère que le dispositif serait applicable sous certaines conditions qu'elle crée de toutes pièces, en faisant, de toute évidence, l'économie d'une analyse du droit international de la sécurité sociale, qu'il soit régi par les règlements européens de coordination ou par les conventions bilatérales...

Enfin, s'agissant des conditions de performances exigibles pour certains bénéficiaires, l'administration relève que leur détermination est de la ●●●

●●● seule compétence de l'employeur en ajoutant qu'elle « peut être commune à plusieurs bénéficiaires et fonction des résultats de l'entreprise ». Une grande liberté prédomine donc en la matière.

Plafonnement des droits acquis et mesure rétroactive

L'ordonnance du 3 juillet 2019 permettait l'instauration du nouveau système sans délai. Chacun a toutefois attendu la position de l'administration qui est donc intervenue 17 mois plus tard. Elle a donc fort logiquement eu le bon goût de valider le fait que les dispositifs arrêtés avant le 31 décembre 2021 puissent accorder des droits au titre de l'année 2020, sans que les conditions de performance le cas échéant imposées ne soient requises au titre de cette année.

Cette faculté ne peut régler toutefois le problème des mandataires sociaux des sociétés cotées. Les concernant encore faudra-t-il que cette faculté soit, ou ait été, prévue par la politique de rémunération approuvée par l'assemblée générale dans le cadre du vote *ex ante*.

La DSS constate que les « 3 % » validés chaque année s'apprécient pour chaque employeur alors que le plafond total des « 30 points » est prévu « tout employeur confondu ». Cela pose bon nombre de questions juridiques et pratiques. L'instruction n'en traite qu'une seule visant à admettre la pro-

ratiation du pourcentage au regard de l'ensemble des rémunérations perçues au titre des différents contrats de travail ou mandats sociaux. Mais il est aisé d'identifier bien d'autres cas de figure, notamment le cas d'un salarié mono-employeur dont l'assiette de détermination des droits ne porte pas sur l'intégralité de la rémunération. La même proratisation doit-elle être alors appliquée ?

APPLICATION PRATIQUE

Dépassons toutefois les questions de détail d'application pour constater les avantages particulièrement significatifs du nouveau dispositif de retraite à prestations définies à droit acquis.

On soulignera l'autonomie de ce mécanisme qui peut se cumuler, sans aucune limite, tant avec un système à prestations définies à droit aléatoire « ancienne mouture », qu'avec les abondements et versements à un PERCO et PERECOL ou encore avec le financement d'un système à cotisations définies « 83/PERO ». On peut également envisager plusieurs niveaux de droits en fonction des catégories de bénéficiaires.

De même, on peut pleinement concevoir un mécanisme de rémunération « long terme » de type « LTI », dans lequel la validation des droits certains intervient sur la base de per-

formances validées au cours des trois dernières années. Pour certains collaborateurs constatant l'apparition des premiers cheveux blancs, générant au-delà de la question capillaire le souci de la constitution de droits certains à retraite, le système est une réponse probante.

L'absence de décaissement pour le bénéficiaire lors de la constitution des droits rend, de même, relativement obsolète les systèmes de type « 82 », sorte de contrat de capitalisation, dont le financement est entièrement soumis à charges sociales et à impôt. Certes ce système permet d'obtenir ses droits sous forme de capital, ce qui fait toutefois cher payé cet avantage. Le système avait peut-être une raison d'être fut un temps. On voit mal quelle est désormais sa place comparativement au système à prestations définies à droits certains.

On relèvera aussi qu'il s'agit du seul dispositif de rémunération dont le financement exonéré est quasiment déplafonné, ce qui le rend très attractif.

Mais bien d'autres applications peuvent en être faites (un « saupoudrage » d'un « 83 », le préfinancement d'une rente minimale permettant de financer sa couverture santé pendant la période de retraite...).

Il est décidément grand temps de réhabiliter la retraite à prestations définies au sein des politiques de rémunération. ■