

CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES
Séance plénière du 08 juillet 2015 à 9 h 30
« Le patrimoine des retraités et l'épargne retraite »

Document N° 11
<i>Document de travail, n'engage pas le Conseil</i>

**La portabilité des droits dans les dispositifs de retraite supplémentaire :
état des lieux et questions nouvelles**

Secrétariat général du Conseil d'orientation des retraites

La portabilité des droits dans les dispositifs de retraite supplémentaire : état des lieux et questions nouvelles

Dans le cadre du projet de loi relatif au dialogue social et à l'emploi, a été discutée la création d'un compte personnel d'activité, qui rassemblerait les principaux droits sociaux attachés à l'exercice d'une activité (notamment, formation, prévention de la pénibilité), afin d'assurer, tout au long de la vie professionnelle de chaque personne, la portabilité et la transférabilité de ses droits existant dans le cadre de différents comptes. Dans ce contexte, il a paru intéressant d'envisager ces questions du point de vue des retraites supplémentaires.

La portabilité, ou transférabilité, des droits acquis dans ce type de régimes en France désigne la possibilité donnée à une personne adhérente à un contrat de retraite de transférer individuellement les droits qu'elle y détient vers un autre contrat de retraite, géré par un autre organisme assureur – que cet autre contrat relève du même type de dispositif ou non. Cette problématique ne doit pas être confondue avec la question du maintien des droits en cas de changement d'employeur ou de statut professionnel – le fait que des droits ne sont pas transférables n'empêche pas qu'ils soient maintenus, même en cas de changement de statut professionnel.

La définition précise de la portabilité n'est pas un exercice facile, le terme ayant connu récemment une certaine fortune avec le développement de la réflexion sur les mobilités professionnelles et la flexisécurité en France¹. Les droits portables sont attachés à la personne et non pas à son contrat de travail ; ainsi, elle peut les utiliser ou les conserver, lorsqu'elle ne se trouve plus dans le cadre (contrat de travail, branche, État, etc.) dans lequel ce droit a été acquis. En droit européen, l'exigence de portabilité renvoie à la possibilité pour l'individu de conserver le bénéfice de créances accumulées entre divers organismes gestionnaires de droits, quelle que soit la nationalité de ces organismes.

Dans un sens général, l'enjeu principal de la portabilité, dans le débat actuel, est celui de la consommation ou de la mobilisation dans un autre contexte (chômage, autre emploi, expatriation, etc.) de droits acquis dans le cadre d'une relation de travail. La pertinence de cette problématique n'est donc pas immédiate en matière de retraite, où l'objectif des dispositifs est l'accumulation et la « sanctuarisation » de droits en vue de la période d'inactivité. Toutefois, l'assurance vieillesse a dû elle aussi s'adapter aux mobilités professionnelles des actifs, et plus particulièrement, la retraite supplémentaire : La réponse principale a été d'instaurer deux principes : le maintien des droits « dormants »² et le droit au transfert.

Afin d'éclairer ces deux concepts, nous présentons :

- les mécanismes d'acquisition de droits dans les dispositifs de retraite supplémentaire ;
- les modalités et les limites de la transférabilité de ceux-ci ;
- les évolutions du droit européen concernant la portabilité.

¹ Pour une réflexion sur la définition de la portabilité, voir L. Duclos et J.Y. Kerbourc'h (2006), « Organisation du marché du travail et flexicurité à la française », Rapport pour le Conseil d'orientation pour l'emploi, pp. 70-72.

² C'est-à-dire des droits acquis et détenus dans le cadre d'un contrat de retraite supplémentaire, sur lequel le participant – ou son employeur – n'effectue plus de versements.

1. L'acquisition de droits dépend du type de régimes de retraite supplémentaire ou de dispositifs d'épargne retraite auquel est affilié l'actif.

La question de la portabilité de l'épargne retraite suppose au préalable qu'il y ait des droits à transférer et, partant, que les bénéficiaires de dispositifs de retraite supplémentaire acquièrent effectivement des droits.

Contrairement à ce qui a été retenu en matière de prévoyance, le législateur n'a pas envisagé expressément le maintien des droits des salariés dans les régimes de retraite supplémentaire : comme l'écrit D. Rigaud concernant les contrats d'épargne retraite à prestations définies, « *le corpus juridique existant en la matière est pauvre : il s'agit presque exclusivement d'un droit prétorien, construit progressivement et en fonction des affaires soumises à l'analyse des juges* »³ – et l'on pourrait ajouter des directives des services fiscaux et de sécurité sociale. La question de l'acquisition des droits diffère selon qu'il s'agit d'un régime :

– à prestations définies dans lequel les droits à retraite supplémentaire ne sont véritablement garantis qu'au moment de la liquidation de sa pension de retraite par le salarié (contrats relevant de l'article 39 du code général des impôts) ;

– à cotisations définies dans lequel l'adhérent acquiert progressivement des droits (contrats relevant des articles 83 et 82 du code général des impôts, mais aussi de bien d'autres dispositions issues, par exemple, de la loi Madelin de 1994 ou de la loi Fillon de 2003).

a) Les régimes à prestations définies sont traités de manière différente par la Cour de cassation et la doctrine administrative fiscale, mais les droits à retraite ne sont véritablement garantis qu'au moment de la liquidation.

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, les régimes à prestations définies ne confèrent que des droits conditionnels, et non des droits acquis, au sens où les prestations futures peuvent être redéfinies tant que la personne n'a pas liquidé ; ces droits conditionnels ou potentiels ne doivent pas être confondus avec la notion de « droits aléatoires »⁴.

En effet, quand bien même le règlement du régime de retraite supplémentaire à prestations définies ne mentionnerait pas une condition d'achèvement de la carrière dans l'entreprise⁵, la Cour de cassation maintient que, dans un tel régime, « *les prestations, quoique définies, [ne sont] pas garanties* » : le droit des salariés à la prestation de retraite n'est pas immédiatement acquis et peut être modifié, voire annulé par un nouvel accord supprimant ce régime de retraite supplémentaire⁶. En effet, ces contrats souscrits par les entreprises sont

³ D. Rigaud (2012), « De certaines conséquences individuelles des modifications collectives des régimes de retraite à prestations définies (à propos de Soc., 14 mars 2012) », *Droit social*, n° 6, pp. 615-619.

⁴ Les régimes à droits aléatoires conditionnent la perception de prestations à l'achèvement de la carrière au sein de l'entreprise ou à des conditions d'ancienneté particulières ; à l'inverse, les régimes à droits certains donnent droit à une rente supplémentaire quel que soit le déroulement futur de la carrière du salarié.

⁵ Une partie des régimes à prestations définies (relevant de l'article 39 du CGI) sont des régimes relevant de l'article L. 137-11 du code de la sécurité sociale, c'est-à-dire des régimes à prestations définies avec condition d'achèvement de la carrière dans l'entreprise et dont le financement par l'employeur n'est pas individualisable par salarié. Ces dispositifs sont fréquemment appelés « retraites chapeau » ; les « retraites chapeau » peuvent également être entendues dans un sens encore plus restreint et ne concerner que les régimes offrant une rente différentielle.

⁶ Cass. Soc. 28 mai 2002, n° 00-12918, cité par D. Rigaud (2012) : on notera que les attendus de la décision sont relativement lapidaires et que l'arrêt ne mentionne pas les conditions propres à ce type de régime de retraite supplémentaire, qui n'ont pas été évoquées par les parties, mais se fonde simplement sur le type de régime en

essentiellement financés par des versements de l'employeur, qui ne peuvent être individualisés, puisque l'employeur ne s'engage pas sur un niveau de cotisation mais sur un montant de prestation et le financement fluctue donc moins en fonction des salariés actifs que des charges de rente à assumer.

Cette position de la Cour de cassation a suscité un débat important de doctrine⁷ qui s'est asséché avec le recul des régimes à prestations définies à droits certains, la création de l'article L. 137-11 du code de la sécurité sociale (CSS) identifiant clairement les régimes à droits aléatoires et le développement d'une jurisprudence indemnitaire de la Cour⁸.

Ainsi, la garantie intervient avec la liquidation de la rente de retraite supplémentaire : pour ce type de contrats – tout comme dans n'importe quel autre régime de retraite supplémentaire –, à compter de la liquidation effective de la pension de retraite, son bénéficiaire acquiert un droit à la percevoir. En revanche, les modalités de révision annuelle de la pension, qui constituent un avantage collectif et non un avantage individuel, ne sont pas cristallisées : lorsqu'un nouvel accord collectif vient les modifier, les salariés partis à la retraite avant la dénonciation de l'accord précédent ont droit au maintien de la pension au niveau atteint au jour de la dénonciation ainsi qu'à celui des modalités de revalorisation initiales jusqu'à la date d'effet de l'accord de substitution ; au-delà de cette date, ils sont soumis au nouvel accord et à ses modalités de revalorisation⁹.

De son côté, la doctrine administrative distingue entre deux types de régimes à prestations définies :

- à droits certains : ils entrent, de ce fait, dans le champ des opérations de retraite relevant de l'article L. 242-1 CSS, définissant le régime d'exonération de cotisations sociales des contrats collectifs à droits certains. En effet, il existe des régimes de retraite à prestations définies qui prévoient des versements des salariés et supposent l'ouverture de comptes individuels au nom de chaque salarié concerné¹⁰ ;
- à droits aléatoires : lorsque les règlements des contrats précisent que le salarié doit achever sa carrière dans l'entreprise et/ou y accomplir une certaine durée de service (par exemple, dix ans) et que l'employeur effectue des versements sur un fond collectif de retraite global pour l'ensemble des salariés concernés¹¹.

cause. En l'espèce, un accord de 1994 mettait fin à l'accord précédent de 1973 instituant ce régime à prestations définies et, partant, privait les salariés n'ayant pas liquidé de toute future pension à ce titre.

⁷ P. et L. Boudias, « Les retraites chapeaux ou les limites de certaines formes d'ingénierie juridique », *Semaine sociale Lamy*, 9 octobre 2000, n° 998 ; D. Rigaud, « Régimes de retraite à prestations définies et cotisations sociales : le temps du revirement », *Jurisprudence sociale Lamy*, 8 avril 2003, n° 121.

⁸ Cela ne prive pas pour autant le ou les salariés de tout recours, sur le terrain de la réparation de la perte de chance, que ce soit dans le cas d'un licenciement individuel sans cause réelle et sérieuse ou dans le cas d'une dénonciation de l'accord collectif, manifestement de mauvaise foi. Sur ce type de préjudice, voir D. Rigaud (2012), *op. cit.* et Cass. Soc. 31 mai 2011, n° 09-71350 et 09-71504 (« la perte d'une chance de pouvoir bénéficier un jour de l'avantage de retraite applicable dans l'entreprise constitue un préjudice qui doit être réparé »).

⁹ Cass. Soc. 17 mai 2005, n° 02-46.581, 02-46.582 et 02-47.223.

¹⁰ Voir circulaire n° 105/2004 du 8 mars 2004 relative à la contribution à la charge de l'employeur sur les régimes de retraite conditionnant la constitution de droits à prestations à l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise.

¹¹ D'un point de vue technique, un financement collectif n'exclut pas, bien sûr, le fait qu'une évaluation actuarielle individuelle soit menée.

b) Les régimes à cotisations définies permettent la constitution de droits, qui sont garantis avant leur liquidation.

Dans les régimes de retraite à cotisations définies, en revanche, chaque salarié devient personnellement titulaire d'une créance sur l'organisme assureur, et ce avant même la liquidation des droits, si bien que :

– en cas de départ de l'entreprise, le salarié conserve ses droits à retraite supplémentaire, quelle que soit la cause de son départ de l'entreprise. S'il rejoint une nouvelle entreprise, les droits peuvent être transférés, en vertu de l'article L. 132-23 du code des assurances. Sinon, le compte retraite continue de fructifier jusqu'au départ à la retraite ;

– si l'entreprise est mise en liquidation judiciaire ou si elle est absorbée par une autre entreprise, alors que les salariés ne sont plus couverts par le contrat d'assurance auquel l'entreprise a adhéré précédemment, l'arrêt de la couverture est sans effet sur le versement des rentes en cours et les droits acquis des salariés actifs du régime sont maintenus¹². En effet, le législateur a, par le biais de l'article L. 913-2 CSS, prohibé l'insertion dans un acte instaurant un nouveau régime de retraite supplémentaire d'une clause entraînant la perte des droits acquis ou en cours d'acquisition des salariés ou anciens salariés de l'entreprise transférée ou insolvable.

2. En contrepartie de l'interdiction du rachat du contrat, les droits de retraite supplémentaires sont très majoritairement transférables, mais vers des supports limités.

2.1. L'interdiction du déblocage anticipé de la retraite supplémentaire découle de son objectif même.

En vertu de l'article L. 132-23 du code des assurances, les contrats d'assurance de groupe en cas de vie dont les prestations sont liées à la cessation d'activité professionnelle, c'est-à-dire les contrats associés à des dispositifs de retraite supplémentaire (articles 82 et 83, PREFON, Madelin, PERP, etc.) ne comportent pas de possibilité de rachat, c'est-à-dire que le capital ne peut pas être déblocqué de manière anticipée, sauf dans quelques cas énumérés au même article :

- expiration des droits de l'assuré aux allocations chômage en cas de licenciement¹³. Une rupture conventionnelle n'ouvre pas droit à ce déblocage, en l'état du droit et de la jurisprudence¹⁴ ;
- cessation d'activité non salariée de l'assuré à la suite d'un jugement de liquidation judiciaire ;
- invalidité de l'assuré ;
- décès du conjoint ou du partenaire lié par un pacte civil de solidarité (PACS) ;
- situation de surendettement de l'assuré, lorsque le déblocage des droits individuels résultant de ces contrats paraît nécessaire à l'apurement du passif de l'intéressé.

¹² Voir, dans le cas d'une complémentaire retraite, Cass. soc., 18 juillet 2000, n° 98-20.447, Bull. civ. V, n° 284.

¹³ Ou le fait pour un assuré qui a exercé des fonctions d'administrateur, de membre du directoire ou de membre de conseil de surveillance, et n'a pas liquidé sa pension dans un régime obligatoire d'assurance vieillesse, de ne pas être titulaire d'un contrat de travail ou d'un mandat social depuis deux ans au moins à compter du non-renouvellement de son mandat social ou de sa révocation.

¹⁴ C'est la conclusion d'une réponse ministérielle (JO Sénat, 25 décembre 2014, Q. n° 11792, p. 2857) du Ministre des finances et des comptes publics : l'article L. 1237-11 du code du travail établit que la rupture conventionnelle est « *exclusive du licenciement* », dès lors, manifestement, elle n'ouvre pas droit au rachat conditionné par un licenciement.

Dans le cas du PERCO, c'est-à-dire de l'épargne salariale en vue de la retraite, les cas sont prévus à l'article L. 3334-14 du code du travail et à l'article R. 3334-4 du même code :

- invalidité de l'intéressé, de ses enfants, de son conjoint ou de son partenaire lié par un PACS ;
- décès de l'intéressé, de son conjoint ou de son partenaire lié par un PACS ;
- acquisition de la résidence principale, ou remise en état de la résidence principale endommagée à la suite d'une catastrophe naturelle ;
- situation de surendettement de l'intéressé ;
- expiration des droits à l'assurance chômage de l'intéressé.

Pour ce produit, les possibilités de rachat sont un peu plus larges que celles fixées à l'article L. 132-23 du code des assurances, avec notamment l'ajout de l'acquisition de la résidence principale et l'absence de restriction de l'expiration des droits chômage aux cas de licenciement. Il s'agit là d'un encouragement au développement du PERCO, lors de son entrée en vigueur en 2004.

Le principe général d'interdiction du rachat est justifié pour lutter contre l'éventuel « court-termisme » des assurés et faire converger la temporalité des pensions obligatoires et des pensions supplémentaires, au cours de la période d'activité et d'accumulation de droits, afin d'assurer la constitution de revenus supplémentaires pendant la retraite, et après la liquidation, afin d'encourager un versement en rente, plutôt qu'en capital.

Il existe toutefois quelques exceptions au versement en rente à la liquidation des droits. Les contrats relevant du PERP peuvent prévoir, à la date de liquidation de la retraite, une possibilité de rachat dans la limite de 20 % de la valeur des droits individuels résultant de ces contrats, tout comme les contrats relevant de la Caisse nationale de prévoyance de la fonction publique (PREFON) et de la Complémentaire retraite des hospitaliers (CRH)¹⁵. Le PERP présente en outre une autre spécificité : le législateur lui a conféré un objectif de constitution d'une épargne en vue d'acquérir une résidence principale en accession à la propriété, en vue de la retraite. Dans cette perspective, l'adhérent peut obtenir un versement en capital (supérieur à 20 %), à compter de la date de liquidation de sa pension ou de l'âge d'ouverture des droits. En vertu de l'article L. 3334-15 du code du travail, des contrats de PERCO peuvent également permettre une sortie en capital¹⁶.

2.2. La question du droit au transfert pendant la phase de constitution des droits découle de la prohibition du rachat.

La prohibition du rachat et la liste des cas de « force majeure » permettant d'y déroger ont été introduit dans le code des assurances par la loi n° 92-665 du 16 juillet 1992 portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit (article 29) – ont été ajoutés par la suite les cas de surendettement et de décès du conjoint et les spécificités pour les régimes de fonctionnaires. Elle a également inséré la disposition suivante à cet article : « *Les contrats d'assurance de groupe en cas de vie dont les prestations sont liées à la cessation d'activité professionnelle doivent comporter une clause de transférabilité* ».

¹⁵ Respectivement, en vertu de l'article L. 132-23 et de l'article L. 144-2 du code des assurances.

¹⁶ Voir document n° 10 du dossier, qui souligne qu'aujourd'hui la totalité des sorties effectives se font en capital, du fait d'une fiscalité avantageuse sur ce type de sortie et de droits acquis limités qui se prêtent à ce type de sortie.

Les travaux parlementaires portant sur cette loi sont clairs quant au raisonnement tenus par les deux chambres, comme synthétisé par le sénateur Paul Loridant dans son avis au nom de la commission des finances : « *L'intérêt de limiter la possibilité de rachat des contrats d'assurance-retraite est double :*

a) Pour l'assuré : il y a là un encouragement à constituer un complément de retraite qui va se révéler indispensable dans les années 2010, du fait de l'évolution à venir entre le nombre de cotisants et de non-actifs. Celle-ci va impliquer un choix inéluctable entre hausse des cotisations ou baisse des prestations.

b) Pour l'assureur : le non-rachat offre la possibilité d'investir les actifs à long terme : fonds propres des entreprises, infrastructures On peut penser aussi que pour des raisons prudentielles, cette épargne restera largement fidèle à l'économie française. (...) Votre commission des finances a adopté un amendement instituant l'obligation de prévoir une clause de transférabilité d'une entreprise d'assurance à une autre, sur initiative de l'assuré, des contrats d'assurance-retraite. Cette possibilité de « changer d'assureur » est justifiée par l'impossibilité de racheter ces contrats »¹⁷.

Cette possibilité se justifiait également par d'autres considérations d'intérêt général, pour l'assuré et l'assureur, comme la limitation de l'éparpillement de l'épargne retraite du salarié entre plusieurs organismes assureurs ou la mise en concurrence des entreprises sur les frais de gestion.

Le contrat d'assurance doit comporter une clause de transférabilité, mais le texte législatif est apparu bien lapidaire – il ne contenait ni définition, ni encadrement de ce transfert, et se voulait d'application directe. Il a entraîné d'importantes interrogations et une application limitée : s'agissait-il de transfert individuel ou collectif ? On trouve trace de ces débats dans une question écrite au ministre des affaires sociales¹⁸ : « *Les compagnies d'assurance n'autorisent que rarement un transfert individuel aux « anciens » salariés [ayant quitté l'entreprise] (...). Cette pratique va également à l'encontre de l'intérêt des salariés qui ne peuvent exercer leur libre arbitre et choisir le contrat qui leur correspond le mieux. C'est pourquoi [l'auteur de la question] souhaiterait savoir si un nouveau décret d'interprétation de la loi est prévu afin de faciliter le transfert individuel pour les salariés, quelle que soit leur ancienneté* ». Le ministre avait répondu que les règles du droit au transfert « *ont fait l'objet de recommandations de la part des fédérations professionnelles de l'assurance. (...) Les questions qui peuvent naître du fait de la coexistence de ces diverses dispositions [relative à la protection complémentaire d'entreprise, relevant du code de la sécurité sociale, et aux contrats d'assurance de retraite supplémentaire, relevant du code des assurances] et la réaffirmation récente du droit à transfert par le législateur à l'occasion de la loi du 21 août 2003 appellent donc effectivement une réflexion aux termes de laquelle le Gouvernement entend clarifier les conditions d'exercice de ce droit.* »

L'ordonnance n° 2006-344 du 23 mars 2006 relative aux retraites professionnelles supplémentaires, transposant la directive européenne sur les institutions de retraite professionnelle, a réécrit cette clause de transférabilité : « *Les droits individuels résultant des contrats d'assurance de groupe en cas de vie dont les prestations sont liées à la cessation d'activité professionnelle sont transférables, dans des conditions fixées par décret* », palliant certaines des difficultés de mise en œuvre. Elle l'a complétée par l'article L. 143-2 du code

¹⁷ Avis n° 336, tome II (1991-1992) de M. Paul Loridant, fait au nom de la commission des finances du Sénat, déposé le 13 mai 1992.

¹⁸ Question n° 27445 de M. Hervé Morin publiée le 3 novembre 2003, JO Assemblée nationale, p. 8322 ; réponse du ministre de l'Economie publiée le 17 février 2004, p. 1229.

des assurances qui dispose que : « *Les droits individuels en cours de constitution relatifs aux contrats mentionnés à l'article L. 143-1 sont transférables vers un autre contrat mentionné à l'article L. 143-1, ainsi que, dans des conditions et des limites fixées par décret, vers un plan d'épargne retraite populaire* ». Le décret n° 2006-1327 du 31 octobre 2006 a inséré dans le code des assurances les articles D. 132-6 à D. 132-10, pris en application de la disposition susmentionnée qui réaffirment notamment que la faculté de transfert des droits individuels en cours de constitution est « *de droit* » pour l'adhérent.

2.3. Si la quasi-totalité des contrats d'épargne retraite doivent prévoir une clause de transférabilité, celle-ci est fortement restreinte, les régimes devant être de même nature, avec des traitements fiscal et social identiques ou proches.

La transférabilité consiste à donner à une personne adhérente d'un contrat de retraite la faculté de transférer individuellement à un autre contrat de retraite les droits en cours de constitution qu'elle détient au titre du premier, sans incidence fiscale ; les contrats concernés sont les contrats collectifs à adhésion obligatoire ou facultative – la transférabilité pour des contrats individuels de type PERP fait l'objet de dispositions spécifiques.

Cette transférabilité des droits à retraite ne dépasse pas le champ circonscrit des dispositifs de retraite supplémentaire ; il ne s'agit pas de prévoir une fongibilité au-delà de ces dispositifs¹⁹, selon la volonté de sanctuariser l'épargne accumulée en vue de la retraite. Le législateur introduit un droit au transfert afin de prendre en compte la mobilité professionnelle et statutaire de l'assuré : ce droit est ouvert dès lors que le salarié change d'employeur ou d'emploi (lorsque cela le fait changer de collègue d'affiliation, par exemple) ou que le non-salarié change de statut ou de métier de non-salarié ; en effet, les droits ne sont transférables que lorsque le participant n'est plus tenu d'adhérer au contrat²⁰. Ce droit permet aussi d'instaurer une certaine concurrence entre les assureurs, considérée comme bénéfique aux consommateurs.

a) Le champ et les règles générales sont définis afin de garantir l'effectivité du dispositif de transférabilité.

Le champ des dispositifs d'épargne retraite soumis à un droit au transfert est très large : il comprend l'ensemble des dispositifs de retraite supplémentaire, à l'exception des régimes dont les droits ne sont véritablement garantis qu'au moment de la liquidation (soit les régimes à prestations définies et droits aléatoires)²¹.

¹⁹ Le seul cas de fongibilité de droits sociaux différents touchant à la retraite est un cas de fongibilité entrante particulier : des droits acquis au titre du compte épargne temps (CET) peuvent être valorisés et transférés au sein d'un PERCO ou d'un article 83.

²⁰ Art. L. 143-2 (« *lorsque l'adhésion à ces contrats revêt un caractère obligatoire déterminé dans le cadre d'une des procédures mentionnées à l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale, les droits individuels relatifs à ces contrats ne sont transférables que lorsque le participant n'est plus tenu d'y adhérer* »), D. 132-9 du code des assurances et D. 242-1 du code de la sécurité sociale.

²¹ L'article D. 132-6 du code des assurances dispose que : les prescriptions relatives à la transférabilité « *s'applique aux contrats mentionnés au deuxième alinéa de l'article L. 132-23, y compris ceux souscrits dans le cadre de l'agrément administratif mentionné à l'article L. 143-1.* », c'est-à-dire, aux contrats d'assurance de groupe en cas de vie dont les prestations sont liées à la cessation d'activité professionnelle, y compris les contrats qui relèvent du régime de la PREFON, que ces contrats aient été souscrits par un employeur (soit « article 83 ») ou une association à destination des non-salariés exclusivement agricoles ou non agricoles (soit les Madelin et contrats exploitants agricoles) et, à rebours, « *Elle ne s'applique pas aux contrats mentionnés au dernier alinéa de l'article L. 143-2* » – sont donc exclus les contrats à prestations définies bénéficiant du régime prévu au 2° et au 2° 0 bis de l'article 83 du code général des impôts et ceux entrant dans le champ d'application de l'article L.

Du fait de la diversité des institutions qui portent les régimes de retraite supplémentaires, des dispositions de renvoi au code des assurances ont été prévues dans plusieurs codes ; ces dispositions s'appliquent, de plein droit :

- aux institutions de prévoyance conformément au renvoi opéré par l'article L. 932-23 du code de la sécurité sociale ;
- aux mutuelles, dans des termes légèrement différents (art. L. 222-4§2 et L. 223-22 du code de la mutualité).

Des dispositions spécifiques au PERP ont été insérées dans le code des assurances à l'article R. 144-27 qui lui rend applicable les articles D. 132-7 à D. 132-9 du même code. Quant au PERCO, ses possibilités de transfert sont régies par les articles L. 3335-1 et 3335-2 du code de travail et ne se rattachent pas à l'article L. 132-23 du code des assurances.

L'article D. 137-7 du code des assurances insert les prescriptions suivantes :

- la clause de transfert doit comprendre les modalités d'attribution des résultats techniques et financiers relatifs à la période écoulée entre la dernière date de répartition de ces résultats et la date de détermination de la valeur de transfert, les résultats ainsi attribués ne pouvant être inférieurs aux intérêts garantis par le contrat calculé *pro rata temporis*.
- des délais précis sont fixés pour l'ensemble des étapes du transfert, et les pénalités afférentes à certains²², s'ils ne sont pas respectés, afin d'améliorer leur effectivité mais aussi pour garantir un choix éclairé de l'adhérent. La valeur de transfert des droits du contrat d'origine est notifiée à l'adhérent (lorsqu'elle est susceptible d'évoluer, cela est également précisé) ainsi qu'à l'entreprise d'assurance du contrat d'accueil dans un délai de trois mois après la réception de la demande de transfert ; cette notification indique également la possibilité à l'adhérent de renoncer au transfert, dans un délai de quinze jours. S'il ne se rétracte pas, son nouvel assureur notifie l'entreprise d'assurance du contrat d'origine son accord au transfert et cette dernière procède, dans un délai de quinze jours, au versement direct d'une somme égale à la valeur de transfert, nette le cas échéant des frais de transfert. Seul l'accord de l'entreprise d'accueil n'est pas assorti de délais.

Pour rendre effectives les possibilités de transfert, l'information de l'adhérent est un élément central. Aussi, la notice d'information²³, qui présente le contrat du produit retraite, précise cette faculté de transfert et en détaille les modalités d'exercice. L'organisme gestionnaire du contrat d'assurance adresse à l'affilié un relevé de situation annuelle de son contrat indiquant, le cas échéant, le montant de la retraite acquise, le montant de l'épargne acquise et la valeur de transfert²⁴.

137-11 du code de la sécurité sociale. Un système de retraite à prestations définies ne relevant pas de ce champ et bénéficiant d'exonérations fiscales et sociales similaires au système à cotisations définies présente les mêmes garanties de transférabilité et entre donc dans le champ de la réglementation, dans la mesure où ces exonérations sont justement conditionnées à la portabilité (v. circulaire n° DSS/5B/2009/32 du 30 janvier 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).

²² En cas de retard de l'entreprise d'assurance du contrat d'origine à transférer le contrat à la nouvelle assurance, les sommes en attente de versement sont soumises au taux légal majoré de moitié durant deux mois, puis au double du taux légal.

²³ Mentionnée aux articles L. 140-4 du code des assurances, L. 221-6 du code de la mutualité et L. 932-6 du code de la sécurité sociale.

²⁴ Art. L. 132-22 du code des assurances.

Autre élément d'importance, les frais de transfert : concernant les contrats d'assurance-vie, dont relèvent les contrats de retraite supplémentaire (sauf cas particulier), en vertu des articles L. 132-21-1 et R. 331-5 du code des assurances, une indemnité de transfert peut être prélevée dans la limite de 5 % de la provision mathématique du contrat, lorsque le contrat a moins de dix ans ; au bout de dix ans, il n'y a pas de frais de transfert.

Le mode de calcul des droits détermine la manière d'évaluer la valeur de transfert. Les droits acquis en fonction de la valeur de l'actif cantonné au titre de ceux-ci sont évalués en fonction de la valeur de marché de la quote-part d'actif ; le contrat peut aussi prévoir une valeur de transfert fondée sur les provisions mathématiques, soit la valeur historique de l'actif. Lorsque la valeur de transfert excède la quote-part de l'actif cantonné qui représente les droits accumulés, le contrat peut prévoir de réduire cette valeur de transfert à due concurrence dans la limite de 15 % de la valeur des droits individuels de l'adhérent relatifs à des engagements exprimés en euros²⁵. La valeur de transfert dans le cas des contrats en unité de rente est le produit du nombre d'unités par leur valeur à la date de transfert.

b) Entre quels types de contrat les transferts sont-ils possibles ?

L'existence d'une clause de transférabilité ne présume pas de son effectivité qui dépend avant tout de la capacité à trouver un contrat d'accueil. Les possibilités de transfert sont limitées par deux ensembles réglementaires :

- les règles particulières à différents types de contrat, issues du code des assurances (art. D. 132-8 à D. 132-10) mais aussi du code du travail, pour le PERCO, ces règles ayant été élaborées principalement à compter de 2006 ;
- les prescriptions de la doctrine et de la réglementation fiscale et sociale. Elles disposent que le transfert n'est possible que si les régimes sont de même nature, avec des traitements fiscal et social identiques : aux termes de l'article D. 242-1 du code de la sécurité sociale (et selon des circulaires de 2005 et 2009), le transfert peut être effectué des contrats à cotisations définies (dans ce cas, à adhésion collective et obligatoire) vers un autre contrat respectant les règles définies en application du septième alinéa de l'article L. 242-1, soit bénéficiant des mêmes exonérations sociales, ou vers un PERP.

²⁵ Art. R. 144-27 et D. 441-22 du code des assurances.

Les possibilités de transferts entre type de contrats

De \ À	PERCO	Art. 83	Art. 82	Contrats Madelin	Contrats "Exploitants agricoles"	PERP	PREFON
PERCO	OUI						
Art. 83		OUI		OUI		OUI	
Art. 82			OUI				
Contrat Madelin		OUI		OUI	OUI	OUI	
Contrat "Exploitants agricoles"		OUI		OUI	OUI	OUI	
PERP						OUI	
PREFON ²⁶		OUI		OUI	OUI	OUI	

Certains contrats ne peuvent être transférés que dans un contrat strictement de même type : le PERCO, l'article 82 et le PERP.

La doctrine fiscale a pu considérer que l'article 82 et le PERCO étaient rachetables²⁷ et hors du champ de l'article L. 132-23 du code des assurances ; en outre, ces deux types de contrat sont régis par des impositions essentiellement à l'entrée et exonérés à la sortie. Concernant l'article 82, il s'agit de contrats d'assurance vie collectifs à adhésion facultative constitutifs d'un sursalaire dont le régime fiscal est proche de celui des contrats d'assurance vie individuelle classiques (avec une période de blocage de 6 ans) ; partant, seul un autre contrat en article 82 peut constituer un contrat de même nature. Il en est de même pour le PERCO, qui se distingue par le fait qu'il constitue un dispositif d'épargne salariale. Ces contrats sont donc particuliers, à la fois au plan de la source de leurs versements, de leur nature et du cadre fiscal qui les régit.

Le fait que les sorties puissent être effectuées largement en capital constitue également un facteur de non transférabilité, par exemple, concernant le PERP ou le PERCO. La limitation de la portabilité peut également découler de la volonté de ne pas déstabiliser les organismes gestionnaires.

²⁶ On distingue le cas de la PREFON, de celui des autres régimes assimilés au PERP (notamment, dans le cadre fiscal), c'est-à-dire la « complémentaire retraite des hospitaliers » et le COREM, car chacun de ces types de contrat fait l'objet d'une réglementation spécifique, y compris au regard de la transférabilité. Conformément à l'article 6 du décret n° 2008-284 du 26 mars 2008, l'affilié au CRH qui ne remplit plus les conditions d'affiliation (c'est-à-dire être un agent titulaire ou contractuel ou un praticien hospitalier public dont l'établissement est adhérent) peut demander à transférer son capital auprès d'un autre organisme assureur et vers un contrat similaire. En revanche, le règlement du COREM ne prévoit pas de faculté de transfert : « *L'adhérent ne peut pas mettre fin à son adhésion* » ; l'exclusion du COREM du droit commun de l'épargne retraite, principalement du fait de son défaut de provisionnement intégral, était déjà pointé par le rapport de P. Marini (2006), « L'épargne retraite en France trois ans après la « loi Fillon » : quel complément aux régimes de retraite par répartition ? », Rapport d'information n° 486 fait au nom de la commission des finances du Sénat.

²⁷ L'administration fiscale a considéré que « *durant la phase d'épargne, le PERCO, compte tenu de son caractère rachetable, doit être compris pour sa valeur de rachat au premier jour de l'année d'imposition.* » (Réponse Ministérielle Cinieri, JOAN 13 février 2007, p. 1580).

Certains contrats peuvent être transférés entre eux et sur un PERP : l'article 83, le contrat Madelin, le contrat « exploitants agricoles », les contrats PERP et PREFON.

On observera que la transférabilité entre les articles 83, les contrats Madelin, les contrats « exploitants agricoles », et les PERP, issue de l'article L. 143-2 du code des assurances, et les contrats PREFON, du fait de l'article L. 132-23 du même code, permet à un actif de faire évoluer les supports de sa retraite supplémentaire au fil de ses différents statuts et professions (salarié/non salarié, secteur privé/public, etc.), le PERP à dimension universelle permettant quant à lui d'assurer un support d'épargne quelle que soit la situation professionnelle.

Dans la perspective de proximité fiscale entre les contrats transférables, on peut noter que les PERP, les contrats Madelin, les contrats « exploitants agricoles », les contrats PREFON et les articles 83 ont des points communs : ils sont exonérés de prélèvements à l'entrée (pour le détenteur – dans une enveloppe limite pour l'ensemble des contrats détenus) et soumis à la sortie au régime fiscal des pensions.

Les régimes à prestations définies, quels qu'ils soient, n'entrent pas dans le système de transférabilité.

2.4. Dans le cas des dispositifs de retraite supplémentaire liée à l'entreprise ou au statut, à défaut de transfert, l'adhérent conserve des droits dormants et peut parfois continuer ses versements.

Il n'y a pas d'obligation de transférer ses droits : à condition de s'acquitter des frais de gestion, l'adhérent conserve des droits dormants auprès de l'organisme assureur, voire peut continuer à abonder son compte de retraite supplémentaire.

Dans le cas du PERCO²⁸, l'ancien salarié ne bénéficie plus de l'abondement de l'entreprise, ni de la prise en charge des frais de gestion et il ne peut pas procéder à des versements lui-même sur son ancien PERCO, si son nouvel employeur lui propose d'adhérer au PERCO de sa nouvelle entreprise.

De même, des versements individuels facultatifs peuvent être opérés sur un plan de type article 83, sous réserve de ne pas être couvert par un contrat de type article 83 chez le nouvel employeur. Des spécifications peuvent exister qui dépendent du règlement afférent au contrat : certains assureurs exigent que de tels versements aient été réalisés, une première fois, avant le départ de l'entreprise.

Après le départ à la retraite, l'adhérent peut continuer à réaliser des versements personnels sur son PERCO tant qu'il n'en a pas demandé le déblocage total ; ces sommes sont alors immédiatement disponibles et récupérables à tout moment. Quant à l'article 83, la possibilité de continuer de réaliser des versements n'est pas toujours offerte et dépend des assureurs. En revanche, dans le cas de la PREFON, un fonctionnaire radié peut continuer à y effectuer des versements.

2.5. Au-delà du droit au transfert, sa mise en œuvre est source de difficultés ou d'interrogations pour les adhérents comme les assureurs.

²⁸ Art. L. 3334-7 du code du travail.

Les rapports annuels du médiateur de la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA)²⁹ témoignent de l'existence de difficultés en matière de transfert, avec des cas répétés de refus d'assureurs de procéder au transfert, au prétexte que, l'adhérent ayant quitté l'employeur souscripteur, il ne relève plus du contrat collectif et ces droits ne sont plus en cours de constitution. Le médiateur rappelle que les droits individuels de l'adhérent demeurent considérés comme en cours de constitution malgré l'absence de cotisations ou de versements de prime, dans la mesure où l'adhérent conserve son compte auprès de l'assureur de son ancien employeur et que ce compte fructifie jusqu'à la liquidation.

Le médiateur laisse entendre que les freins résident dans la complexité pour l'assureur de l'opération de transfert : « *il faut admettre, à leur décharge, que l'opération n'est pas simple* ». Comme on l'a vu, les contrats peuvent faire l'objet de transfert par type général de contrat, et non pas en fonction de spécifications plus fines. Par exemple, la provision mathématique d'un contrat par point peut être transférée sur un contrat multi-support : en définitive, afin de garantir ce passage d'un contrat à un autre, les transferts se font en numéraire. La catégorie des articles 83 peut également poser problème : en effet, depuis le 1^{er} janvier 2011, des versements individuels facultatifs (ou volontaires) peuvent être effectués sur ces articles ; aussi, selon la date de contrat, l'article 83 d'un nouvel employeur peut ne pas prévoir cette faculté de versement et se révéler moins avantageux que le précédent contrat du salarié.

Rappelons que, pour l'adhérent, il peut y avoir aussi des désavantages au transfert : par exemple, la table de mortalité en vigueur dans le nouveau contrat peut être plus récente et, partant, moins avantageuse, compte tenu de la prise en compte de l'augmentation de l'espérance de vie dans la révision des tables de mortalité.

3. Les évolutions du droit européen devraient avoir des conséquences limitées sur la portabilité des droits acquis dans les régimes de retraite supplémentaire français.

3.1. Les tentatives répétées de la Commission européenne pour renforcer la portabilité des retraites complémentaires³⁰ sont demeurées largement infructueuses.

La Commission européenne s'est penchée depuis longtemps sur la question de la portabilité des retraites supplémentaires professionnelles. Afin de mettre en œuvre le principe de liberté de circulation des personnes mais aussi d'accroître effectivement la mobilité des travailleurs entre les États-membres, des règles de coordination entre systèmes de sécurité sociale ont été fixées depuis le début des années 1970³¹, tandis que plusieurs projets de textes relatifs à la retraite supplémentaire étaient discutés – les directives visent les pensions complémentaires ou professionnelles, mais il s'agit bien dans le cas de la France des régimes de retraite supplémentaire d'entreprises³². Dans la suite du document, le terme de retraite

²⁹ Rapport annuel 2013, p.21 ou rapport annuel 2011, p. 27.

³⁰ La Commission européenne utilise généralement le terme de « retraite complémentaire » mais, comme on le verra dans la suite du texte, la signification donnée à ce terme au sens européen se distingue des retraites complémentaires, au sens français : dans le cas national, il désigne en fait plutôt la retraite supplémentaire (non légalement obligatoire).

³¹ Pour plus de détails sur la question de la coordination européenne, voir notamment le document n° 10 de la séance du COR du 22 juin 2011 (<http://www.cor-retraites.fr/IMG/pdf/doc-1560.pdf>).

³² Les régimes de retraite complémentaire obligatoires français sont à double face au regard du droit européen : si la Cour de justice de l'Union européenne les considère comme des régimes complémentaires professionnels (CJCE, 2000, *Podesta*, aff. n° 50/99), ils sont exclus du champ des directives qui réglementent ce type de

complémentaire est à entendre au sens européen et doit être compris comme recouvrant le champ de la retraite supplémentaire dans le cas français.

L'influence de l'Union européenne n'a été que « *diffuse* »³³, jusqu'à maintenant, dans ce domaine. La Commission a recouru au droit souple, par le biais de recommandations³⁴, puis à des textes normatifs, en l'espèce deux directives de 1998³⁵ et 2014³⁶. La directive de 1998 portant sur le maintien des droits en cas de mobilité, l'étape suivante devait concerner l'acquisition et la transférabilité de ces droits : ainsi, le 20 octobre 2005, après plusieurs années de concertation, la Commission a présenté une proposition de directive relative à l'amélioration du transfert des droits à la pension complémentaire³⁷, qui a connu une mort lente – la Commission avait même fait une seconde proposition de texte le 9 octobre 2007 avec le même intitulé ; les divergences de vues entre l'ensemble des acteurs intéressés, États comme partenaires sociaux, constituaient un obstacle difficile à franchir, alors que les textes relatifs à la protection sociale devaient être adoptés à l'unanimité au Conseil, avant la ratification du traité de Lisbonne (depuis le 1^{er} décembre 2009, le Conseil tranche par un vote à la majorité qualifiée ce qui concerne les prestations sociales pour les travailleurs migrants³⁸). Un rapport d'information parlementaire³⁹ a attribué cet échec aux disparités de couverture par ce type de régimes au sein de l'Union européenne, ce qui faisait peser une charge d'adaptation très différente selon les pays, et au souhait de plusieurs États membres, dont la France, de bénéficier d'exemptions pour certaines catégories, dont les fonctionnaires, et de disposer d'une période de transition relativement longue (jusqu'à dix ans) avant application complète du texte. D'aucuns⁴⁰ ont plutôt retenu le poids des considérations financières : entreprises

régimes (c'est-à-dire, selon les directives, « *tout régime professionnel [...] tel qu'un contrat d'assurance de groupe, un régime par répartition conclu par une ou plusieurs branches ou par un ou plusieurs secteurs, un régime par capitalisation ou une promesse de retraite garantie par des provisions au bilan des entreprises, ou tout autre dispositif collectif ou comparable, destiné à servir une pension complémentaire à des travailleurs salariés ou non salariés* »), dans la mesure où ils relèvent du règlement n° 1408/71 portant sur les « *régimes légaux de sécurité sociale* », dans le champ duquel des régimes peuvent entrer sur déclaration de l'Etat-membre. Seuls les organismes servant des prestations de retraite supplémentaire tels que les contrats de groupe passés entre les employeurs ou les branches professionnelles et les organismes de prévoyance afin de couvrir un risque vieillesse sont donc soumis aux directives évoquées ci-après. Voir M. Mauclaire (2004), « L'évolution de la réglementation et de la jurisprudence européennes en matière de retraite », *Questions Retraite*, n° 65.

³³ M. Del Sol (2014), « Retraites supplémentaires professionnelles : l'influence diffuse de l'Union européenne », *Droit social*, n° 7-8, pp. 627-633, pour un panorama complet de la question, au-delà de la portabilité. Elle fait valoir un point intéressant : outre la volonté de la Commission de promouvoir sa vision du système de retraite en trois piliers et le développement de compléments à la retraite de base par répartition, une directive était rendue nécessaire par la jurisprudence de la CJUE qui, s'appuyant sur la liberté de circulation, commençait à imposer un certain nombre de prescriptions en matière d'acquisition de droits, par exemple concernant les périodes de stage ou *vesting* (CJUE, 2011, *Casteels*, aff. C-379/09).

³⁴ Notamment, la recommandation 92/442/CEE du Conseil du 27 juillet 1992 relative à la convergence des objectifs et politiques de protection sociale.

³⁵ Directive 98/49/CE du Conseil du 29 juin 1998 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

³⁶ Directive 2014/50/UE du Parlement et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les États membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire.

³⁷ Pour le détail, voir P. Martin (2007) « Portabilité des retraites professionnelles et mobilité salariale » in S. Hennion et O. Kaufmann (2007), *Les retraites professionnelles d'entreprise en Europe*, Bruylant, pp. 155-159.

³⁸ Sont prévues également de nouvelles règles de calcul de cette majorité qualifiée, mais celles-ci ne sont entrées en vigueur qu'à compter du 1er novembre 2014, soit après le vote de la directive qui nous intéresse.

³⁹ R. Yung (2009), *L'Europe sociale, état des lieux et perspectives*, Rapport d'information n° 413, fait au nom de la commission des affaires européennes du Sénat.

⁴⁰ H. Mekongo (2013), « Libre circulation des travailleurs dans l'Union Européenne et tutelle des droits individuels de retraite complémentaire : un chantier inachevé » <hal-00788370> et H. Lourdelle (2008), « Le développement des régimes de pensions complémentaires européens : frein à la mobilité des travailleurs ou

d'assurance hostiles à la transférabilité de « droits dormants » lucratifs, États membres souhaitant conserver les recettes fiscales prélevées sur les placements de ces fonds, employeurs inquiets du prélèvement de charges supplémentaires de gestion, etc.

C'est finalement une directive moins ambitieuse qui a été adoptée à l'issue de neuf années de débat : la directive 2014/50 vise, d'ailleurs, à établir les « *prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les États membres* ». En réalité, le texte de 2014 est une reprise de la proposition de 2005, mais à une exception notable près : le droit à la transférabilité était le cœur du projet de 2005, qui limitait le droit à la préservation de droits dormants, ceux-ci ayant vocation à être transférés ; à l'opposé, comme on va le voir, la directive de 2014 fait une large place à la préservation des droits et ne comporte aucune prescription en matière de transférabilité. Aux termes du considérant 24, « *la présente directive ne prévoit pas le transfert des droits à pension acquis. (...) il convient que les États membres s'efforcent d'améliorer, dans la mesure du possible, la transférabilité des droits à pension acquis, notamment lorsque de nouveaux régimes complémentaires de pension sont créés* ». La directive comprend une clause de non-régression pour les pays qui auraient mis en œuvre des législations plus avantageuses pour les travailleurs en leur sein. Les États ont jusqu'au 21 mai 2018 pour la transposer dans leur droit national.

3.2. La récente directive 2014/50, d'un champ restreint, prévoit, cependant, plus que des prescriptions minimales.

Le champ d'application de la directive apparaît, au premier abord, réduit : elle ne s'applique qu'aux régimes de retraite dont l'affiliation dépend d'une situation de travail (cons. 14) et qu'aux seuls affiliés qui partent exercer un emploi dans un autre État membre (art. 2) ; elle ne régit pas les situations internes. Toutefois, « *il semble difficile de créer cette portabilité uniquement pour la mobilité transfrontalière sans qu'elle soit également créée pour la mobilité nationale* »⁴¹, cela reviendrait, en effet, à introduire une différence de traitement difficilement justifiable au regard du principe d'égalité, entre affiliés à un même plan d'épargne retraite. Il demeure qu'en vertu du considérant 6 de la directive, les États membres « *peuvent envisager d'exercer leurs compétences nationales pour étendre les règles applicables en vertu de la présente directive aux affiliés qui changent d'emploi au sein d'un même État membre* ». De plus, elle exclut également de son champ les régimes fermés à de nouveaux affiliés à la date d'entrée en vigueur de la directive, soit mai 2014 et les périodes de travail antérieures à transposition.

Ces prescriptions minimales concernent :

– l'acquisition des droits à pension (art. 4 et cons. 19) :

- lorsqu'un âge minimal est fixé pour l'acquisition de tels droits, celui-ci ne pourra pas être supérieur à 21 ans ; cet âge est distinct de l'âge minimal d'affiliation qui n'est pas traité dans le cadre de cette directive, tout comme de l'âge minimal de bénéfice des droits acquis ;
- dans un certain nombre de régimes, l'acquisition définitive de droit est différée au terme d'une période d'acquisition (période de stage ou de *vesting*) et, parfois également, d'une période d'attente, qui correspondent, respectivement, à la période

risque pour le développement des régimes de pension de sécurité sociale? », *Revue de droit sanitaire et social*, n° 1, pp. 29-42.

⁴¹ « Annexe IV : état des lieux juridique et fiscal » in IGF-IGAS (2014), *L'encadrement des retraites chapeau*, rapport, p. 13.

nécessaire pour pouvoir acquérir des droits et à la période nécessaire pour pouvoir s'affilier. La directive encadre leur durée maximale : « *la période cumulée totale [des deux périodes susmentionnées] n'excède en aucun cas trois ans pour les travailleurs sortants* » ;

- en cas de départ sans droits acquis (le salarié a quitté l'entreprise et le territoire avant la fin de la période de stage), le régime complémentaire rembourse les cotisations versées par le travailleur ou celles qui l'ont été en son nom lorsque le régime ou l'employeur supporte le risque financier, notamment dans les régimes à prestations définies ; lorsque le travailleur sortant supporte le risque financier, ce qui est le cas dans un dispositif à cotisations définies, est remboursée soit la somme des cotisations versées, soit la valeur des actifs représentant ces cotisations⁴².

En définitive, quel que soit le type et les spécificités des régimes, des droits sont systématiquement constitués, à compter du moment où il y a des contributions individualisées (à un degré ou un autre).

– la préservation des droits dormants (art. 5) :

- les droits acquis doivent toujours pouvoir être maintenus dans le régime dans lequel ils ont été constitués et y fructifier ;
- l'évolution des droits à pension dormants des travailleurs sortants doit être similaire à celle des droits des affiliés actifs ou à l'évolution des prestations de pension actuellement servies et, en tout état de cause, équitable (via une indexation sur l'inflation, les salaires, le rendement financier du régime, etc.) ;
- lorsque le capital accumulé est faible, afin d'éviter des coûts de gestion excessifs, le rachat peut être imposé : un capital, représentant la valeur des droits à pension qu'il a acquis, est versé au travailleur sortant, avec son « *consentement éclairé* » ;
- les partenaires sociaux peuvent déroger à la règle du maintien des droits dormants, s'ils prévoient une protection équivalente aux travailleurs sortants : notamment dans le cadre d'un régime à cotisations définies, la transférabilité de ses droits à pension acquis vers un autre régime complémentaire constitue une telle protection (cons 24).

– l'information des travailleurs : les affiliés actifs et « dormants » ont droit à certaines informations quant à leurs droits en matière de pension complémentaire, à leur montant et aux conséquences de leur départ sur ceux-ci (art. 6).

3.3. Quel impact devrait avoir la transposition dans le droit national de cette directive sur les différents dispositifs de retraite supplémentaire présents en France ?

Dès l'abord, il convient de souligner que le champ d'application de la directive est restreint aux travailleurs sortants et aux contrats souscrits dans le cadre d'une « *relation de travail* », ce qui exclut les contrats souscrits à titre personnel (PERP, PREFON, CRH etc.) mais aussi les contrats souscrits de manière individuelle, pour les professions indépendantes (contrats Madelin et exploitants agricoles), qui relèvent de l'épargne retraite individuelle, soit du 3^e pilier selon le concept européen.

Concernant les autres dispositifs souscrits dans le cadre de l'entreprise et de conventions entre employeur et salarié, il convient de distinguer entre les régimes à prestations définies relevant

⁴² La directive semble laisser un droit d'option dans les provisions des contrats d'épargne retraite, sur ce point.

de l'article L. 137-11 CSS, les autres régimes à prestations définies⁴³, ceux à cotisations définies et les plans d'épargne salariale. Les deux derniers permettent l'acquisition et le maintien de droits dormants et ne sont soumis à aucune condition en matière de délais d'attente ou de stage⁴⁴ : les droits sont immédiatement acquis, ils peuvent être conservés ou transférés, une information annuelle étant en outre délivrée.

En revanche, comme on l'a vu précédemment⁴⁵, les régimes à prestations définies ne confèrent que des droits conditionnels, au sens où les droits acquis peuvent être redéfinis tant que la personne n'a pas liquidé. En effet, il y a toujours l'aléa découlant, par exemple, de la révision de l'accord instituant le régime ou de sa disparition, avant la liquidation de sa retraite par le bénéficiaire et la constitution d'un droit à prestation. Toutefois, les garanties dont bénéficient les affiliés d'un contrat d'assurance au regard du risque d'insolvabilité du souscripteur ou du détenteur de celui-ci ne relèvent pas de cette directive, mais d'autres plus anciennes⁴⁶. Les régimes peuvent également expressément être à droits aléatoires, lorsque les règlements des contrats précisent que le salarié doit achever sa carrière dans l'entreprise et/ou y accomplir une certaine durée de service, comme dans le cas des contrats relevant de l'article L. 137-11 du code de la sécurité sociale. En définitive, le caractère conditionnel des droits, dans les régimes à prestations définies, découle moins de spécifications de règlement que des caractéristiques du financement par l'employeur, c'est-à-dire le fait que ce financement n'est pas individualisable par salarié.

Les régimes de retraite chapeau et certains autres régimes à prestations définies achoppent sur deux prescriptions de la directive 2014/50 :

- une période avant constitution de droits limitée à trois ans : les conditions d'ancienneté supérieures à trois ans et d'achèvement de la carrière dans l'entreprise ont des effets similaires à une condition de stage de plusieurs années, pour peu que le salarié concerné soit à plus de trois ans de la retraite (ou de l'âge de liquidation prévu dans le contrat) ;
- fondamentalement, le fait que ces régimes ne permettent pas l'acquisition de droits, mais celle d'une pension future, si bien qu'en cas de défaut à la condition d'ancienneté ou de stage ou de disparition du régime, ils ne procèdent à aucune compensation ou remboursement d'une quote-part⁴⁷. Or, selon la directive, le régime complémentaire doit rembourser les cotisations versées au nom du travailleur par son employeur, « *lorsque le régime ou l'employeur supporte le risque financier, notamment dans les régimes à prestations définies* ». De fait, face à un provisionnement collectif pour faire face aux engagements, il n'y a souvent pas de cotisations versées au nom du salarié.

En outre, en application de la directive (art. 5), la faculté de transférer ses droits d'un plan à l'autre pourrait éventuellement permettre de déroger au maintien des droits dormants, par voie

⁴³ Régimes à droits certains. Il existe des régimes de retraites à prestations définies qui permettent d'acquérir des droits et supposent l'ouverture de comptes individuels au nom de chaque salarié concerné (v. circulaire n° 105/2004 du 8 mars 2004 précitée).

⁴⁴ Le paiement d'une « *indemnité* » encadrée en cas de transfert avant une certaine durée dans le plan (5% des provisions mathématiques, pour un départ au cours des 10 premières années, voir art. R. 132-5-3 du code des assurances) est largement interprétée comme des frais de transfert et non pas, une véritable garantie de fidélité.

⁴⁵ Voir partie 1.a).

⁴⁶ Dont certaines dispositions sont encore en cours de transposition, v. article 25 de la loi n° 2014-1662 du 30 décembre 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

⁴⁷ On rappelle que dans son arrêt de 2002 évoqué dans la sous-partie 1.1., la Cour de cassation, si elle écarte l'acquisition de droits au titre des versements de l'employeur, considère que les droits constitués au titre des cotisations des salariés sont bien acquis. Ils n'emportent pas remboursement en cas de révision de l'accord instituant le régime à prestations définies mais bien versement futur d'une rente.

d'accord collectif, alors qu'en l'état de la réglementation, en France, il n'y a pas d'obligation de transférer ses droits d'un plan à un autre, mais simplement une incitation à le faire et la prohibition de certains doublons⁴⁸.

On peut souligner qu'en l'état, la directive n'affecte qu'à la marge la législation nationale et que la France apparaît comme un État à la réglementation plutôt favorable en matière de préservation des droits liés à la retraite supplémentaire.

3.4. Des dispositifs de portabilité internationale propres à certaines législations nationales : le cas du Royaume-Uni

Outre les évolutions du cadre réglementaire européen concernant les retraites supplémentaires, certains États européens ont développé leurs propres outils de portabilité de l'épargne retraite, comme par exemple le Royaume-Uni. Le *Finance Act* de 2004 entré en vigueur en avril 2006 permet de transférer le capital détenu sur un fonds de pension britannique en dehors du Royaume-Uni, vers des *qualifying recognised overseas pension schemes* (QROPS), c'est-à-dire des dispositifs de retraite supplémentaire extra-britanniques reconnus par l'administration fiscale britannique (HMRC) – des listes mises à jour sont publiées régulièrement. L'autorisation d'un QROPS suppose l'acceptation de règles strictes définies par la HMRC, comme l'obligation de faire une déclaration annuelle au fisc anglais, pendant 10 ans après le transfert. L'administration fiscale britannique a identifié 34 QROPS⁴⁹ en France, dont principalement le PERP. On notera, toutefois, qu'au fil des années, le Gouvernement britannique a été amené à limiter les types de régimes susceptibles de voir leurs droits transférés, notamment dans le cas des régimes du secteur public.

*

* *

En conclusion, il est manifeste que le droit au transfert en matière de retraite supplémentaire n'est pas universel, il ne fonctionne qu'entre certains types de contrats – les transferts n'étant pas permis entre des contrats dont le traitement fiscal et social diffère, voire entre des contrats de dispositifs similaires. En regard de cette transférabilité limitée, les adhérents ont la garantie du maintien de leurs droits, dans le cadre du régime à cotisations définies, à tout le moins.

L'enjeu principal, au-delà d'évolutions réglementaires, semble toutefois être l'information des participants (et parfois la coopération des gestionnaires), sur les droits acquis au titre de la retraite, sur la possibilité de transfert, mais aussi sur son intérêt. Si celle-ci fait l'objet de dispositions législatives, l'adhérent étant le destinataire de notices et relevés annuels, sa capacité à mobiliser cette information achoppe souvent sur un défaut de culture financière suffisante pour être un acteur de sa retraite supplémentaire.

⁴⁸ Voir partie 2.4.

⁴⁹ D'après la liste du 1^{er} juin 2015.