

Document 12 de 12

La Semaine Juridique Social n° 6, 7 Février 2006, 1113

Étude comparée des dispositifs de retraite d'entreprise . - (contrats « articles 39 et 83 CGI » - Perco)

Etude par Marion Del Sol

Maître de conférences en droit à l'Université de Rennes 1 (IODE, FRE CNRS n° 2785)

Retraite supplémentaire

Sommaire

La baisse programmée des taux de remplacement des régimes de retraite par répartition ouvre un espace pour les dispositifs volontaires fonctionnant en capitalisation. Dès lors, les « outils » retraite susceptibles d'être mobilisés dans le cadre professionnel (le Perco et les contrats « articles 39 et 83 du Code général des impôts ») et leurs enjeux pour l'entreprise et les salariés méritent attention.

Dans le domaine des retraites, il n'est pas excessif d'affirmer qu'en France, le niveau de l'entreprise est historiquement quasi absent. Les pensions versées par les dispositifs d'entreprise concernent peu de salariés et leur place dans le système de retraite global est fort réduite. Cela tient pour l'essentiel au niveau de remplacement assuré par la double couverture obligatoire résultant de l'assurance sociale vieillesse et des retraites complémentaires obligatoires (Agirc et Arcco). Mais la baisse programmée des taux de remplacement des régimes de retraite par répartition ouvre un espace pour les dispositifs volontaires fonctionnant en capitalisation qui, à l'avenir, ne devraient plus être cantonnés à un rôle marginal. Dès lors, les « outils » retraite susceptibles d'être mobilisés dans le cadre professionnel méritent attention^{Note 1}.

Jusqu'à la loi Fillon du 21 août 2003, l'entreprise pouvait recourir à deux dispositifs de retraite *stricto sensu* supposant la souscription d'un contrat d'assurance de groupe : d'une part, les régimes à prestations définies (dits « article 39 du Code général des impôts ») dans le cadre desquels l'employeur prend un engagement sur le montant de la pension de retraite servie aux salariés au moment de la liquidation de leurs droits, étant toutefois précisé que le bénéfice est conditionné à la présence du salarié dans l'entreprise au moment de son départ à la retraite ; d'autre part, les régimes à cotisations définies (dits « article 83 du Code général des impôts ») dans le cadre desquels l'employeur prend un engagement sur le montant du financement affecté à la constitution d'une retraite individualisée pour les salariés bénéficiaires.

Ces deux dispositifs, déjà anciens, n'ont pas connu d'importants développements. La réforme des retraites de 2003 les laisse cependant subsister, même si elle en aménage le régime juridique. Mais, afin de « booster » les initiatives d'entreprise, elle a institué un nouvel outil d'épargne salariale dédié à la retraite : le Perco (plan d'épargne retraite

collectif). Sa filiation est double : c'est un produit d'épargne salariale permettant la constitution d'un portefeuille de valeurs mobilières, mais il s'agit également d'un produit de retraite puisque les placements de l'épargne ont pour finalité le versement d'une prestation de retraite au terme de la vie active du salarié.

Les contrats « article 83 » et le Perco participent d'une logique similaire : permettre aux salariés de se constituer une retraite supplémentaire individualisée. Dès lors, on peut souscrire à l'interrogation de certains qui se demandent s'il n'aurait pas été plus cohérent que « le législateur supprime les contrats dits « article 83 du Code général des impôts » qui ont la même logique que le Perco, à savoir la constitution d'une épargne retraite dans le cadre de l'entreprise via des plans à cotisations définies »^{Note 2}. L'instauration du Perco en 2003 présentait sans nul doute une réelle opportunité de mettre à plat l'existant afin d'éviter une stratification des dispositifs de retraite d'entreprise. Elle n'a pas été saisie. Cohabitent donc deux mécanismes relevant de régimes juridiques nettement différenciés. L'étude de ces derniers devient dès lors incontournable (1). En effet, lorsqu'une entreprise envisage de financer une démarche « retraite » pour ses salariés (à cotisations définies), son choix entre le Perco et les contrats dits « article 83 » dépendra pour l'essentiel de questions d'opportunité : régime social, mode de sortie (rente ou capital), modalités d'instauration... La démarche relève alors de l'ingénierie juridique. Mais l'instrumentalisation du droit sera d'une tout autre ampleur lorsque l'on dépasse l'examen du cadre général pour évoquer la situation - à bien des égards spécifique - des mandataires sociaux et dirigeants de l'entreprise (2).

1. Convergences et divergences des contrats « article 83 » et du Perco

Les contrats « article 83 » et le Perco présentent des similitudes tenant pour l'essentiel à la poursuite d'une même finalité (A). Toutefois, leurs architectures respectives sont suffisamment distinctes pour qu'il soit nécessaire de prendre la mesure des différences les séparant (B).

A. - Une seule finalité, mais deux modalités

Bien que les contrats « article 83 » et le Perco se situent dans une logique de retraite supplémentaire en tous points comparable (1°), les voies retenues pour parvenir à cette finalité divergent (2°) et lèvent - tout du moins partiellement - les interrogations sur l'utilité de faire coexister ces deux outils.

1° Une finalité partagée

Des droits certains et individualisés. - La comparaison des trois outils « retraite » à disposition des entreprises conduit à isoler les contrats « article 39 » (régimes à prestations définies) et à regrouper les contrats « article 83 » (régimes à cotisations définies) et le Perco. En effet, si les contrats « article 39 » visent eux aussi à financer une retraite supplémentaire sous forme de rente viagère, ils n'en présentent pas moins une spécificité : ils conditionnent la constitution des droits à pension à l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise. Les droits à retraite sont donc hypothétiques. Les régimes à prestations définies constituent avant tout un moyen fort intéressant de fidélisation ou d'attraction de certains salariés. La logique mise en oeuvre est plus une logique d'avantage salarial que de retraite.

Tel n'est le cas ni des contrats « article 83 » ni du Perco, qui partagent une autre finalité. Ces deux dispositifs poursuivent en effet l'objectif commun de permettre la constitution d'une retraite supplémentaire individualisée. Les contributions sont affectées à des comptes individuels, alors que le financement patronal au titre des contrats « article 39 » n'est pas individualisable. En conséquence, le départ de l'entreprise du salarié avant l'âge de la retraite est sans

influence sur ses droits à pension ; ceux financés pendant sa durée d'appartenance à l'entreprise lui restent acquis. De plus, la portabilité des droits ne se heurte à aucun obstacle de principe autorisant la poursuite de la constitution de droits, même en cas de changement d'employeur.

Une retraite supplémentaire. - Les règles fixant le moment de la liquidation des droits soulignent le caractère supplémentaire de la retraite que le Perco et le contrat « article 83 » permettent de constituer. Pour les régimes à cotisations définies, les droits viagers personnels sont payables au salarié au plus tôt à compter de la date de liquidation de sa pension dans un régime obligatoire d'assurance vieillesse. Quant à l'article L. 443-1-2 du Code du travail, il dispose que les sommes ou valeurs inscrites aux comptes des participants au Perco doivent être détenues jusqu'au départ à la retraite, ce qui pourrait laisser planer un doute sur la coïncidence entre les dates respectives de liquidation des droits à retraite au titre des régimes de base et du Perco ; la dernière circulaire relative à l'épargne salariale lève cette incertitude et prend soin de préciser que la liquidation du Perco est de droit à partir de la date de liquidation de la pension dans le cadre des régimes de base^{Note 3}.

Par conséquent, dans l'un et l'autre dispositif, l'épargne accumulée est en principe bloquée au minimum jusqu'au moment où le salarié entend faire valoir ses droits à retraite au titre des régimes de base. La règle est quasi absolue pour les contrats « article 83 » où la loi n'autorise le rachat anticipé que dans trois circonstances exceptionnelles : la cessation d'activité non salariée à la suite d'un jugement de liquidation judiciaire ; le classement en invalidité 2e ou 3e catégorie de l'assuré (situation d'impossibilité de travail) ; l'expiration du droit aux allocations d'assurance chômage prévues en cas de licenciement.

En revanche, l'article R. 443-12 du Code du travail ouvre plus largement les possibilités de déblocage avant terme du Perco, obligeant à relativiser quelque peu sa finalité de retraite supplémentaire. Parmi les hypothèses visées, on retrouve l'expiration des droits à l'assurance chômage ainsi que le classement en invalidité 2e ou 3e catégorie du bénéficiaire du Perco^{Note 4}. Mais s'y ajoutent trois autres événements : le décès du bénéficiaire de son conjoint ou de la personne qui lui est liée par un Pacs ; une situation de surendettement ; l'acquisition de la résidence principale^{Note 5}.

2° Des moyens différents

La convergence de finalité des contrats « article 83 » et du Perco ne peut masquer leurs notables disparités concernant les moyens d'atteindre cet objectif commun. À notre sens, trois aspects distinctifs doivent être soulignés : le premier porte sur le champ d'application personnel, le deuxième sur la nature des droits et le troisième sur la gestion des fonds.

Champ d'application personnel. - En matière de Perco, le législateur a souhaité que le champ des bénéficiaires soit le plus large possible. Tous les salariés de l'entreprise peuvent bénéficier du Perco^{Note 6}, sous réserve d'une éventuelle condition d'ancienneté ne pouvant excéder une limite de trois mois. Une application généralisée est recherchée même si, de fait, tous les salariés n'utiliseront pas ce dispositif d'épargne retraite puisque l'adhésion individuelle demeure facultative.

Pour les contrats « article 83 », le bénéfice du régime fiscal et social de faveur est conditionné par le caractère collectif du dispositif. Il n'est toutefois pas nécessaire que l'ensemble du personnel soit visé. Il suffit que le régime de retraite mis

en place bénéficie à certaines catégories de salariés objectivement déterminées. Par conséquent, la démarche de l'employeur peut être catégorielle à condition que la définition de la catégorie repose sur des critères objectifs et ne soit pas laissée à sa discrétion.

Une circulaire du 25 août 2005 apporte d'assez nombreuses précisions permettant de cerner le champ des possibles en la matière^{Note 7}. Elle procède d'abord de façon positive : constituent des catégories de personnel celles retenues pour l'application du droit du travail (ouvriers, employés, agents de maîtrise, ingénieurs et cadres), mais aussi celles s'inspirant des usages et des accords collectifs en vigueur dans la profession^{Note 8} ou encore celles instituées par les lois relatives à la réduction négociée du temps de travail (cadres dirigeants, cadres intégrés, cadres « intermédiaires »). La circulaire procède ensuite de façon négative, bornant ainsi les marges de manoeuvre de l'employeur dans la détermination des bénéficiaires : non seulement les mandataires sociaux ne constituent pas en tant que tels une catégorie objective de personnel^{Note 9}, mais l'accès au bénéfice du régime « *ne peut reposer sur des critères relatifs à la durée du travail, à la nature du contrat de travail, à l'âge du salarié ou bien à l'ancienneté* ».

Nature des droits. - Les modalités de liquidation des droits à retraite diffèrent d'un dispositif à l'autre. Dans le cadre des contrats article 83, seule une sortie en rente viagère est autorisée. L'article D. 242-1 (modifié), II, alinéa 2, du Code de la sécurité sociale vise en effet les contrats ayant « *pour objet l'acquisition et la jouissance de droits viagers personnels (...) soit par l'acquisition d'une rente viagère différée, soit par la constitution d'une épargne qui sera obligatoirement convertie en rente viagère* ».

La réglementation applicable au Perco offre davantage de souplesse, soulignant par là même le caractère dépassé du débat autour de la nature des droits en matière de retraite. En principe, la sortie du Perco se fait sous forme de rente viagère. Toutefois, l'accord collectif initial peut organiser un choix^{Note 10} et prévoir une liquidation soit sous la forme du versement d'une rente viagère acquise à titre onéreux, soit sous la forme du versement d'un capital^{Note 11}, soit sous la forme du versement d'une rente résultant de la conversion en rente du capital correspondant aux droits acquis à la date de liquidation du plan. Il appartiendra alors au salarié d'exprimer son choix lors du déblocage des sommes.

On peut penser que cette différence de régime juridique pourrait être à l'origine d'un certain glissement des contrats « article 83 » vers le dispositif du Perco. En effet, nul doute que les salariés « plébisciteront » davantage un produit leur permettant d'opter entre une amélioration de leurs revenus de remplacement et une logique patrimoniale autorisant l'expression de choix individuels (achat d'une résidence, donation aux enfants...). Le succès de l'**assurance-vie** est là pour en attester. Toutefois, la sortie en capital n'assure pas le risque viager et, si l'on imagine mal les syndicats signataires refuser d'ouvrir l'option quant aux modes de sortie, il leur appartiendra de donner une information pédagogique sur les conséquences du choix qu'effectuera le salarié.

Gestion des fonds et risque financier. - Les régimes de retraite à prestations définies (CGI, art. 39) présentent un intérêt majeur pour les salariés « puisqu'ils reportent le risque financier lié aux aléas boursiers sur l'employeur »^{Note 12}. La situation est bien différente pour les contrats « article 83 » et le Perco dans le cadre desquels le risque financier est, par principe, transféré sur les salariés puisque l'entreprise ne s'engage que sur le niveau de sa participation financière. Pour autant, ces derniers ne sont pas placés sur le même plan.

Dans le cadre des régimes à cotisations définies, le choix relatif au placement des contributions est déterminé par l'organisme assureur. Les salariés n'ont pas la capacité d'orienter la gestion des fonds. Aucun choix individuel relatif au

placement des sommes n'est permis. Au contraire, la loi Fillon exige que l'accord collectif instituant le Perco ouvre aux participants un choix entre au moins trois organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) présentant différents profils d'investissement dans une logique de diversification des risques (ex : fonds monétaire, fonds en actions, fonds solidaire). Ainsi, « ces obligations permettent au salarié de choisir l'organisme de placement collectif et de moduler son Perco en fonction de son âge d'arrivée dans l'entreprise et des autres protections sociales individuelles ou collectives dont il peut bénéficier »^{Note 13}. La circulaire du 14 septembre 2005 relative à l'épargne salariale précise d'ailleurs qu'il est souhaitable que « *le règlement du plan prévoit des possibilités d'arbitrage entre ces choix de placement* ».

B. - Des architectures souvent distinctes

L'instauration d'un régime à cotisations définies ne s'opère pas nécessairement de la même façon que celle du Perco (1°). Des différences plus profondes existent également en matière de financement (2°).

1° Les modalités de mise en place

La mise en place tant du Perco que d'un régime de retraite à cotisations définies (CGI, art. 83) présente un caractère facultatif pour l'entreprise. Toutefois, lorsque celle-ci décide d'instaurer l'un ou l'autre de ces dispositifs, elle n'est pas nécessairement maître d'oeuvre du mode opératoire à utiliser. De ce point de vue, on doit souligner l'absence de souplesse du régime du Perco et l'existence d'une certaine latitude pour l'entreprise désireuse d'instituer un contrat « article 83 ».

L'instauration du Perco ne peut résulter que d'un accord collectif^{Note 14} conclu selon les modalités résultant de la loi du 4 mai 2004 réformant le dialogue social ; en aucun cas, une décision unilatérale de l'employeur ne peut se trouver à l'origine d'un tel dispositif. Il n'est pas davantage possible de recourir aux modalités spécifiques prévues en matière d'intéressement, de participation ou de plan épargne entreprise (référéndum ou accord conclu avec le comité d'entreprise). Dès lors, le contenu du dispositif fait nécessairement l'objet de négociations (modalités de gestion, organisme gestionnaire, niveau de l'abondement patronal...), mais suppose l'existence d'un préalable : la possibilité pour les salariés d'opter pour un placement plus court (préexistence d'un PEE).

Au contraire, l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale offre trois possibilités à l'entreprise pour instaurer un régime de retraite à cotisations définies. La mise en place d'un contrat de retraite peut en premier lieu s'effectuer par la voie classique de l'accord collectif qui suppose des négociations avec les représentants des salariés. En deuxième lieu, l'employeur peut opter pour une ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord élaboré par ses soins^{Note 15}. Certes, cette ratification produit les effets d'un accord collectif mais, au stade de la mise en place, la démarche référendaire s'apparente à une décision unilatérale ; le projet patronal n'est pas négocié et ne peut être amendé ni par les salariés, ni par leurs représentants. Enfin, l'article L. 911-1 autorise en troisième lieu l'employeur à recourir à une décision unilatérale qui devra être assortie d'un accord individuel de chaque salarié concerné lorsqu'il est mis une contribution à sa charge. Par conséquent, dans les deux dernières hypothèses, les salariés ne prennent pas part directement à l'élaboration du dispositif. Le contenu en est *a priori* déterminé par l'employeur sans qu'il soit

juridiquement tenu de se concerter avec la collectivité des bénéficiaires (choix de l'assureur, montant du financement patronal, part salariale éventuelle...). Ce choix du mode opératoire peut s'avérer en pratique fort utile selon la taille de l'entreprise. Ainsi, dans une petite structure où des discussions informelles ont eu lieu autour du projet patronal, le recours au référendum peut être source de simplicité et de rapidité.

2° Le financement

Dans le cadre du Perco, le financement s'appuie fondamentalement sur l'épargne salariale et est complété par un abondement patronal. À l'inverse, les contrats « article 83 » sont alimentés par une contribution patronale à laquelle on adjoint, le cas échéant, une cotisation mise à la charge des salariés bénéficiaires. Il est dès lors intéressant d'évoquer les deux sources possibles d'alimentation de ces outils « retraite », mais aussi de souligner une caractéristique commune.

La contribution patronale. - En règle générale, l'accord collectif instituant le Perco prévoit un abondement patronal en complément des versements effectués par les salariés. Cet abondement ne peut excéder le triple des versements effectués par les salariés et est exonéré de charges sociales dans la limite de 4 600 EUR . Cependant, les textes n'exigent pas que le montant de l'abondement soit identique pour tous les bénéficiaires du plan. Collectif ne signifie donc pas nécessairement uniforme en matière de Perco. La modulation du versement patronal est envisageable. Toutefois, afin de préserver le caractère collectif de l'opération d'épargne retraite, l'article L. 443-7, alinéa 3, du Code du travail dispose que « *la modulation éventuelle des sommes versées par l'entreprise ne saurait résulter que de l'application des règles à caractère général qui ne peuvent, en outre, en aucun cas avoir pour effet de rendre le rapport entre le versement de l'entreprise et celui du salarié (...) croissant avec la rémunération de ce dernier* ». Il s'agit là de deux conditions cumulatives délimitant les possibilités de modulation.

Les règles de différenciation doivent être fixées *a priori*^{Note 16} et présenter un caractère général. Ainsi, l'individualisation de la modulation n'est pas admise puisque le montant de l'abondement ne peut être fonction de l'appréciation portée sur les salariés dans l'exercice de leurs fonctions. Rien n'interdit en revanche de tenir compte de l'origine des sommes versées par les salariés (par exemple, l'intéressement) ou de leur affectation (par exemple, sur des fonds solidaires), de l'ancienneté des bénéficiaires ou encore de leur catégorie professionnelle, sous réserve de ne pas rendre le rapport abondement/versement salarial croissant avec la rémunération.

Le bénéfice du régime fiscal et social de faveur applicable aux contrats « article 83 » étant réservé à des régimes à caractère obligatoire, est prévu - sauf exception - un système à adhésion obligatoire pour tous les salariés relevant de la catégorie de personnel visée... ce qui explique que le financement soit souvent mis à la charge exclusive de l'employeur pour ne pas obliger les bénéficiaires à fournir un effort d'épargne personnelle qu'ils ne souhaiteraient pas tous. Le décret du 9 mai 2005 renforce l'exigence du caractère collectif en précisant que, pour les régimes de retraite à cotisations définies, « *la contribution de l'employeur est fixée à un taux uniforme* » pour l'ensemble des salariés bénéficiaires. S'il s'agit d'un montant forfaitaire, il doit être identique pour tous. Si la contribution patronale est proportionnelle à la rémunération, le taux ne peut différer d'un salarié à l'autre et l'assiette de calcul doit être déterminée selon les mêmes modalités. Toutefois, la circulaire - qui semble ajouter au texte - admet la modulation du taux selon les tranches de rémunération. La contribution patronale pourrait être croissante avec la rémunération des salariés.

Effort contributif du salarié. - La part revenant aux choix individuels est une des caractéristiques essentielles du dispositif du Perco. D'une part, les salariés ne sont pas tenus d'adhérer, donc d'effectuer des versements sur le plan. D'autre part, en cas d'adhésion, le montant de l'effort contributif est laissé à l'appréciation de chaque salarié. Les versements salariaux ne sont donc uniformes ni dans leur montant^{Note 17}, ni dans leur origine (intéressement, quote-part de rémunération, droits issus du CET)^{Note 18}.

La situation est différente au titre des régimes à cotisations définies puisqu'ils reposent sur un financement patronal. Cependant, celui-ci n'est pas nécessairement exclusif. L'acte juridique créant le régime de retraite peut prévoir une contribution salariale dont le montant est imposé aux salariés en raison du caractère obligatoire de l'opération. Donc, contrairement au Perco, aucune marge de manoeuvre n'existait pour le salarié. Mais la loi Fillon institue « *une faculté individuelle d'alimentation au sein des contrats collectifs obligatoires* »^{Note 19}. Il s'agit de permettre au salarié d'abonder - s'il le souhaite - son compte individuel « retraite » résultant du financement d'un contrat « article 83 ». L'épargne salariale peut alors venir en complément de la contribution patronale, le montant des droits terminaux du salarié étant alors fonction, pour partie, de ses efforts contributifs. Sur le régime à adhésion obligatoire, vient alors se greffer un dispositif à caractère facultatif faisant place aux choix individuels : le plan épargne retraite d'entreprise. Le PERE peut donc être présenté comme une variante du contrat « article 83 » puisqu'est prévu un niveau supplémentaire de cotisation pouvant être alimenté par le seul salarié. Cela constitue « une formule mixte de contrat d'épargne retraite »^{Note 20}. Pour un salarié désireux de compléter sa couverture « retraite », elle présente l'avantage de regrouper ses efforts au sein d'un seul contrat (contrat article 83), faisant ainsi l'économie de la souscription hors cadre professionnel d'un Perp (plan d'épargne retraite populaire). Il importe toutefois de souligner que la mise en place du PERE se fait dans un cadre collectif et selon les modalités de l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale. Mais la logique du PERE se rapproche de celle du Perco en autorisant une alimentation facultative, souple et individualisée.

Les droits issus du CET. - La loi du 31 mars 2005 portant réforme de l'organisation du temps de travail dans l'entreprise a ouvert la possibilité pour les salariés d'affecter les droits issus d'un compte épargne temps (CET) à l'alimentation d'un régime de retraite d'entreprise. Ce texte modifie le régime applicable au CET qui constitue originellement un outil de capitalisation des droits à congé. La loi du 31 mars 2005 permet désormais de faire du CET des usages multiples, notamment à des fins d'épargne retraite. L'article L. 227-1 du Code du travail est modifié en conséquence afin d'organiser les passerelles entre le CET et les dispositifs d'épargne retraite. Certes, les droits affectés sur le CET peuvent toujours être utilisés pour compléter la rémunération du salarié ; mais ils peuvent également venir alimenter un plan d'épargne salariale, qu'il s'agisse d'un PEE ou d'un Perco. Enfin, la loi permet de faire usage des droits issus du CET pour contribuer au financement de prestations de retraite lorsqu'elles revêtent un caractère collectif et obligatoire déterminé dans le cadre d'une des procédures visées par l'article L. 911-1 du Code de la sécurité sociale (autrement dit, les contrats dits « article 83 »)^{Note 21}. Le CET est donc susceptible de devenir tant un produit d'épargne qu'un produit retraite.

2. Mandataires sociaux/dirigeants et outils « retraite »

Évoquer de façon spécifique la question des retraites d'entreprise pour les mandataires sociaux et dirigeants se justifie

pour trois raisons principales. Tout d'abord, il s'agit de catégories atypiques au regard du droit social qui peinent souvent à bien les appréhender. Ensuite, ces personnes appartiennent souvent aux classes supérieures qui seront (proportionnellement) les plus affectées par la baisse progressive des taux de remplacement des régimes obligatoires de retraite. Enfin, leur niveau de rémunération étant souvent élevé, une démarche d'optimisation fiscale et sociale conduira à réfléchir à l'articulation la plus pertinente des dispositifs de retraite supplémentaire mis à disposition par le droit. Certes, les règles applicables aux contrats « article 39 », « article 83 » et Perco n'abordent pas ces catégories de façon uniforme (A) ; mais des complémentarités sont sans nul doute à construire sur la base des nouvelles règles fiscales et sociales applicables aux opérations de retraite (B).

A. - Une éligibilité élargie, mais encadrée

Une entreprise désireuse de financer un avantage retraite pour les mandataires sociaux ou quelques dirigeants doit, d'évidence, adopter une démarche individualisée. Or, une telle approche ne se concilie pas toujours aisément avec les exigences légales et réglementaires applicables aux contrats « article 83 » qui en soulignent la logique collective. La situation est partiellement autre dans le cadre du Perco.

1° La délimitation du champ d'application personnel des outils « retraite »

Une question préalable à toute réflexion en matière de retraite d'entreprise consiste à vérifier que les mandataires sociaux et les dirigeants sont « éligibles » aux dispositifs existants. Il s'agit donc de s'assurer qu'ils entrent dans le champ d'application personnel des contrats « articles 83 et 39 » et du Perco.

Éligibilité au Perco. - S'agissant du Perco, la réponse de la réglementation est expresse et ne laisse planer aucune ambiguïté. D'une part, on doit rappeler que tout salarié peut adhérer à un plan d'épargne retraite collectif ; par conséquent, les cadres dirigeants ayant un statut salarial ne sont pas traités de façon spécifique et peuvent librement adhérer au Perco.

D'autre part, la réglementation^{Note 22} autorise les chefs d'entreprises d'au plus 100 salariés à participer à un Perco^{Note 23}. S'il s'agit de personnes morales, le bénéfice du Perco est ouvert aux présidents, directeurs généraux, gérants ou membres du directoire^{Note 24}. Ne sont donc pas éligibles au Perco les membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance (sauf s'ils sont également titulaires d'un contrat de travail).

Lorsque l'entreprise dépasse le seuil de 100 salariés, le bénéfice du Perco pour les chefs d'entreprise et les mandataires sociaux ci-dessus mentionnés est en principe exclu, sauf s'ils cumulent un contrat de travail et un mandat social. L'accès au Perco se trouve donc largement ouvert à ces catégories^{Note 25}, mais ne peut leur être réservé.

Éligibilité aux contrats « articles 83 et 39 ». - La situation est plus contrastée lorsque l'on s'intéresse à l'éligibilité au titre des contrats « articles 83 et 39 ». Aucune disposition légale ou réglementaire n'exclut *a priori* ces catégories du champ d'application des régimes de retraite d'entreprise. Il est « simplement » exigé que les contrats présentent un caractère collectif, qui ne signifie pas nécessairement général. En conséquence, mais à certaines conditions évoquées au point suivant, ces régimes peuvent leur être réservés. Les contrats « articles 83 et 39 » permettent donc de développer une politique de retraite *ad hoc*, ciblée sur certaines personnes. Encore faut-il que l'opération satisfasse à un certain nombre d'exigences dont les contours ne sont pas toujours très bien définis. Un risque juridique pourrait donc parfois exister.

2° Les écueils à éviter en matière de régimes de retraite

Dans sa nouvelle version issue de la loi Fillon, l'alinéa 6 de l'article L. 242-1 pose une condition relative au caractère collectif du régime de retraite institué. Il convient de préciser le sens à donner à cette exigence. En effet, les contrats « article 83 » autorisent une certaine sélectivité des bénéficiaires. Le bénéfice de ces régimes peut être réservé à certaines catégories de personnel à la condition que leur détermination repose sur des critères objectifs ne devant en aucun cas être laissés à la discrétion de l'employeur. Sous cette réserve, le caractère collectif de l'opération est sauvegardé. Sur la base des précisions apportées par la circulaire du 25 août 2005, le cas des mandataires sociaux et dirigeants peut être abordé de deux façons par l'entreprise.

Première solution. - La circulaire considère que constituent des catégories objectives celles instituées par les lois relatives à la réduction négociée du temps de travail (cadres dirigeants, cadres intégrés, cadres « intermédiaires »). Ainsi, la référence à la catégorie des cadres dirigeants au sens de la loi Aubry II va permettre aux entreprises de développer une politique ciblée de salaire différé (régime de retraite) en faveur des plus hauts salaires. En effet, un des critères posés par la loi du 19 janvier 2000 renvoie à la perception d'une rémunération se situant dans les niveaux les plus élevés des systèmes de rémunération pratiqués dans l'entreprise^{Note 26}.

Recourir à cette « catégorisation » présentera un avantage non négligeable de sécurité juridique puisque les Urssaf peuvent désormais se voir opposer par les employeurs l'application qu'ils font des circulaires administratives^{Note 27}. La remise en cause du régime social de faveur ne pourra intervenir sur la base d'une contestation du caractère collectif. Mais cette première solution est celle qui accorde une latitude moindre à l'entreprise. Seuls les dirigeants ou mandataires sociaux titulaires d'un contrat de travail sont susceptibles de relever de la catégorie des cadres dirigeants au sens de la réglementation de la durée du travail. Tous les autres en sont exclus *de jure*.

Seconde solution. - De façon explicite, la circulaire DSS du 25 août 2005 énonce que les mandataires sociaux ne constituent pas en tant que tels une catégorie objective de personnel. Cette exclusion figure également dans la réglementation fiscale^{Note 28}. Elle ne semble toutefois pas absolue. La qualité de mandataire social n'est pas exclusive du bénéfice du régime de faveur dès lors que les mandataires sont inclus dans une catégorie plus large, comme celle des cadres dirigeants^{Note 29}. Il s'agit alors de prendre soin que les critères retenus - afin d'inclure des mandataires sociaux - « n'ont pas été définis dans l'objectif d'accorder un avantage personnel »^{Note 30}.

L'entreprise devra également être attentive aux règles de détermination du montant de sa contribution. La participation de l'employeur peut en effet être proportionnelle à la rémunération, tout en ne méconnaissant pas l'exigence d'un taux uniforme^{Note 31}. La circulaire du 25 août 2005 précise alors, d'une part, que le taux ne peut différer d'un salarié à l'autre et, d'autre part, que l'assiette de calcul doit être déterminée selon les mêmes modalités. Toutefois, le texte administratif admet que la contribution patronale puisse être croissante ou décroissante avec la rémunération des salariés^{Note 32} car il précise que le taux peut être modulé selon les tranches de rémunération^{Note 33}. Ce qui importerait, c'est finalement qu'à l'intérieur des tranches de salaire définies par l'employeur, le taux appliqué soit identique pour tous les salariés relevant d'une même tranche. Ainsi, l'entreprise pourrait privilégier les hauts salaires en leur appliquant un taux plus élevé, à condition sans doute de fixer des tranches de salaire par référence à des multiples du plafond de la sécurité sociale. La

solution n'en reste pas moins critiquable et à déconseiller pour éviter tout risque de requalification.

De surcroît, une seconde précaution doit être prise lorsque l'application des critères conduit en pratique à ce que le régime ne bénéficie qu'à un nombre restreint de salariés, voire à un seul^{Note 34}. Il s'agit alors de savoir si le caractère collectif recouvre une exigence quantitative. La question du nombre de bénéficiaires doit être posée.

En principe, le nombre effectif de bénéficiaires importe peu et dépend mécaniquement des critères retenus et de leur caractère plus ou moins restrictif. D'ailleurs, la Cour de cassation considère que « l'exonération (...) n'est pas limitée aux contributions versées par les entreprises au profit de plusieurs salariés bénéficiaires des garanties souscrites »^{Note 35}. Pour autant, aucune certitude n'existe ici. La ligne de partage peut être théoriquement trouvée dans les conclusions du commissaire du Gouvernement établies dans le cadre d'un contentieux fiscal : « la seule question est celle du caractère général et impersonnel des règles fixées, opposé au caractère ponctuel d'une mesure de faveur accordée à tel ou tel salarié de l'entreprise. La circonstance qu'un seul salarié serait, en fait, en mesure d'en bénéficier n'y change rien »^{Note 36}. La récente instruction fiscale ne dit pas autre chose^{Note 37}. À l'employeur d'être excessivement prudent dans la fixation des critères^{Note 38}, en particulier lorsque leur mise en oeuvre ne concerne qu'un nombre limité de personnes ou encore quand le régime ne profite qu'à un seul bénéficiaire dans une entreprise comptant plusieurs salariés.

Cette dose d'incertitude peut conduire l'entreprise à privilégier la voie du Perco puisque les chefs d'entreprise et les mandataires sociaux des entreprises d'au plus 100 salariés peuvent y adhérer sans limitation. Toutefois, d'autres outils plus « personnalisés » pour améliorer le futur niveau de retraite des dirigeants peuvent être mobilisés. Il s'agit notamment des contrats en « sursalaire » de l'article 82 du Code général des impôts, mais leur régime fiscal et social est peu incitatif.

B. - L'optimisation fiscale et sociale

Afin d'encourager les entreprises à financer des dispositifs de protection sociale complémentaire en faveur de leurs salariés, le législateur a choisi d'instituer un régime fiscal et social attractif tant pour les entreprises elles-mêmes que pour les bénéficiaires^{Note 39}. Il prend la forme de règles d'exonération d'impôt sur le revenu et de charges sociales. L'exonération étant plafonnée, une démarche d'optimisation s'avère indispensable pour les salariés percevant de hauts niveaux de rémunération, ce qui sera très souvent le cas tant des dirigeants que des mandataires sociaux. Il en découle une nécessaire instrumentalisation des régimes fiscal (1°) et social (2°) applicables aux « outils » retraite, instrumentalisation pouvant conduire à articuler les dispositifs entre eux afin de faire jouer certaines complémentarités.

1° Une attractivité fiscale renforcée

L'entreprise qui s'engage dans une politique ciblée de financement d'avantages de retraite pour certaines catégories doit nécessairement prendre en considération le régime fiscal applicable aux bénéficiaires. À cet égard, doit être soulignée l'augmentation du disponible fiscal résultant des nouveaux textes. De façon plus spécifique, il faut également évoquer l'intéressante articulation pouvant être opérée entre les règles relatives à l'intéressement et celles applicables au Perco.

Un disponible fiscal accru. - Avant la réforme Fillon, il existait un plafonnement fixé à 19 % d'une somme égale à 8

fois le plafond annuel moyen de la sécurité sociale. Il s'agissait d'une limite globale^{Note 40} qui - en matière de retraite - conduisait à additionner les cotisations patronales et salariales versées aux caisses de sécurité sociale au titre de l'assurance vieillesse (régime de base), aux organismes de retraite complémentaire obligatoire Agirc et Arrco (sur la base du taux d'appel) et au titre des régimes de retraite supplémentaire (contrats « articles 39 et 83 »). L'article 111 de la loi du 21 août 2003 modifie ce régime de déductibilité fiscale.

Les nouvelles dispositions fiscales peuvent s'avérer avantageuses pour développer une démarche spécifique « retraite » au profit des rémunérations élevées. En effet, sont désormais intégralement déductibles du revenu imposable du salarié non seulement les cotisations au titre du régime de base (assurance vieillesse), mais aussi les cotisations au titre des régimes complémentaires légalement obligatoires (Agirc et Arrco) dont la déductibilité était, jusqu'à présent, plafonnée. La totalité des cotisations à des régimes obligatoires est donc aujourd'hui fiscalement neutre. Ainsi, le disponible fiscal pour les rémunérations les plus élevées se trouve augmenté puisque les cotisations au titre de l'Agirc et de l'Arrco sont sorties des seuils de déduction alors qu'elles absorbaient une part non négligeable du disponible antérieur^{Note 41}.

Par ailleurs, les sommes que l'employeur consacre au financement de régimes de retraite supplémentaire sont déductibles sous plafond du revenu imposable du salarié en application de l'article 83, 2°, du Code général des impôts^{Note 42}. La vérification du plafond oblige à tenir compte des cotisations patronales et salariales aux régimes supplémentaires, mais suppose aussi d'intégrer au calcul l'abondement éventuel de l'employeur à un Perco. Si le plafond est dépassé, les cotisations excédentaires viennent en augmentation du revenu imposable. Le seuil a été fixé à 8 % de la rémunération annuelle brute à concurrence de 8 plafonds annuels de sécurité sociale, soit un disponible fiscal au titre de l'ensemble des « outils » retraite s'élevant à 19 883,26 EUR pour 2006.

L'articulation de l'intéressement et du Perco. - L'optimisation fiscale personnelle suppose également de porter attention aux dispositions relatives à l'intéressement. Exonérées de charges sociales, les primes d'intéressement sont en revanche assujetties à l'impôt sur le revenu. Toutefois, si leurs bénéficiaires font le choix de les affecter à un Perco dans les 15 jours de leur perception^{Note 43}, il en résulte un avantage fiscal non négligeable puisque ces sommes sont alors déductibles du revenu imposable.

L'incitation est forte et prend tout son sens pour des catégories n'ayant pas un besoin de distribution de pouvoir d'achat et supportant un taux marginal d'imposition élevé. Encore faut-il que ces catégories soient éligibles à un accord d'intéressement. Or, jusqu'à présent, seules les personnes ayant la qualité de salarié pouvaient prétendre à l'intéressement, à l'exclusion des chefs d'entreprise et des mandataires sociaux. Tel n'est plus le cas désormais. La loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie ouvre en effet le bénéfice de l'intéressement en des termes assez comparables à ceux relatifs au Perco^{Note 44}. L'article L. 441-1 du Code du travail dispose que, « *dans les entreprises dont l'effectif habituel comprend au moins un et au plus cent salariés, les chefs de ces entreprises ou, s'il s'agit de personnes morales, leurs présidents, directeurs généraux, gérants ou membres du directoire*^{Note 45} (...) *peuvent également bénéficier des dispositions de l'accord d'intéressement (...)* »^{Note 46}, à condition qu'une clause expresse de l'accord prévoie cette possibilité. On constate que les membres du conseil d'administration ou de surveillance sont exclus comme ils le sont en matière de Perco.

Ainsi, dans les structures d'au plus 100 salariés, les dirigeants ou les mandataires sociaux peuvent être concernés par l'intéressement. Toutefois, une double limite de répartition s'imposera à cette catégorie. Une limite spéciale valable pour cette seule catégorie tout d'abord : lorsque la répartition est proportionnelle aux salaires, est prise en compte la

rémunération annuelle ou le revenu professionnel imposé à l'impôt sur le revenu au titre de l'année précédente dans la limite d'un plafond égal au salaire le plus élevé dans l'entreprise^{Note 47}. Une limite générale ensuite prenant la forme d'un plafond individuel applicable à l'ensemble des bénéficiaires : au cours d'un exercice, les primes distribuées à chacun ne peuvent excéder 50% du plafond annuel moyen de sécurité sociale (soit 15 534 EUR pour 2006). Comme le souligne la circulaire du 14 septembre 2005, « *le niveau de ce plafond répond au souci de ne pas pénaliser les salariés percevant des rémunérations peu élevées tout en évitant que l'intéressement ne représente, en valeur absolue, des sommes particulièrement importantes pour certaines catégories de salariés* ».

Au terme de ces évolutions législatives, on doit souligner que l'alimentation du Perco des dirigeants et mandataires sociaux peut s'effectuer assez largement en franchise d'impôt sur le revenu. En premier lieu, l'épargne personnelle (correspondant aux versements volontaires) peut représenter jusqu'à 25% des rémunérations perçues au titre des fonctions exercées dans l'entreprise dont le montant est imposé dans la catégorie des traitements et salaires. En second lieu, les primes d'intéressement immédiatement affectées au Perco sont exonérées d'impôt sur le revenu dans la limite maximum de la moitié du plafond annuel de la sécurité sociale. Enfin, l'abondement patronal est lui aussi exonéré d'impôt sur le revenu dans la limite de 4 600 EUR et sous réserve de respecter la limite globale du disponible fiscal en matière de retraite^{Note 48}.

On peut considérer que, de fait, le disponible fiscal se trouve augmenté eu égard aux règles relatives à l'intéressement. En effet, au disponible fiscal *stricto sensu*, on doit ajouter le montant des primes d'intéressement affectées au Perco. Certes, on ne se situe pas sur le même registre puisque l'intéressement est lié aux résultats et aux performances de l'entreprise et doit, par définition, présenter un caractère aléatoire. De plus, l'affectation au Perco relève d'un choix strictement individuel sur lequel l'employeur n'a que peu de prise ; tout au plus peut-il l'encourager en modulant l'abondement en fonction de l'origine des sommes versées sur le plan. Mais, au final, un choix judicieux de formule de calcul de l'intéressement peut s'avérer incitatif pour les dirigeants et mandataires sociaux et plus favorable à l'entreprise que la distribution de stock options. On s'éloigne de la démarche « retraite », mais on reste de plain pied dans une politique de rémunération *lato sensu* attractive.

2° La complémentarité des régimes sociaux

Les régimes sociaux applicables aux dispositifs de retraite d'entreprise ont été réformés consécutivement à la loi Fillon. Deux traits caractéristiques susceptibles d'influer sur les choix relatifs aux dirigeants et mandataires sociaux sont à mettre en évidence : le traitement social spécifique des contrats « article 39 » (régimes de retraite à prestations définies) ; l'articulation des règles concernant tant les contrats « article 83 » que le Perco.

Le traitement social spécifique des contrats article 39. - Antérieurement à la loi Fillon, les contributions patronales qui finançaient des régimes de retraite à prestations définies entraient dans l'assiette de déduction des charges sociales. Aujourd'hui, elles sont intégralement exonérées de cotisations sociales, mais font l'objet d'une contribution spéciale qui correspondra en règle générale à 6 % des primes versées à l'organisme assureur en cas de gestion externe du régime^{Note 49}.

Entrent dans le champ d'application de ce nouveau dispositif les régimes de retraite à prestations définies qui

conditionnent la constitution de droits à prestations à l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise et dont le financement par l'employeur n'est pas individualisable par salarié. En finançant un tel régime, l'entreprise fait un pari sur l'avenir du salarié dans l'entreprise et supporte également le risque financier lié aux aléas boursiers. Ces caractéristiques expliquent que « les entreprises ont tendance à substituer des plans à cotisations définies aux plans à prestations définies existants afin de transférer le risque financier vers le salarié »^{Note 50}.

La comparaison des nouvelles règles sociales relatives aux dispositifs de retraite pourrait générer un regain d'intérêt pour les contrats « article 39 ». En effet, les contributions patronales au financement de contrats « article 83 » et au Perco font l'objet d'une déduction de charges sociales, mais sous plafond. Par conséquent, pour les rémunérations les plus fortes, le plafonnement représente une limite, certes élevée, au disponible social. Dès lors, une entreprise désireuse de développer une politique ciblée de rémunération différée pourrait trouver attractif le nouveau régime social des contrats « article 39 » et ce, pour deux raisons. D'une part, le prélèvement spécifique est fixé à un taux de 6 % qui grève de façon peu importante le coût global de l'opération de retraite. D'autre part, aucune des conditions d'exonération exigées des contrats « article 83 » n'est applicable ici ; ainsi de la condition relative au caractère collectif du régime institué qui peut être perçue comme un frein à la mise en place d'un dispositif de retraite « fermé », c'est-à-dire réservé à quelques bénéficiaires^{Note 51}. Toutefois, l'instauration d'un régime « article 39 » suppose que l'entreprise définisse au préalable ses objectifs, notamment en termes de fidélisation de certains collaborateurs puisque la liquidation des droits à pension suppose que le salarié soit présent dans l'entreprise au moment où il cesse toute activité professionnelle ; il convient donc de se situer au-delà de la seule question de la rémunération différée. Par ailleurs, il importe que l'entreprise mesure au mieux le niveau de son engagement puisque c'est elle qui porte le risque financier.

L'articulation des règles sociales relatives aux contrats « article 83 » et au Perco. - Spécialement pour les rémunérations élevées, le disponible social s'est accru puisque - à l'instar des règles fiscales^{Note 52} - les cotisations patronales au titre des régimes complémentaires obligatoires de retraite (Agirc et Arrco) sont intégralement exonérées de charges sociales^{Note 53}.

Tous les autres financements affectés à des dispositifs de retraite^{Note 54} font quant à eux l'objet d'une déduction sous plafond. Il importe désormais de raisonner en termes d'enveloppe globale ; autrement dit, il y a lieu de cumuler les contributions patronales au titre d'un contrat « article 83 » et, le cas échéant, l'abondement de l'entreprise à un Perco. Ces contributions au financement d'opérations de retraite supplémentaire sont exclues de l'assiette des cotisations de sécurité sociale propre à chaque assuré pour une fraction n'excédant pas la plus élevée des deux valeurs suivantes : 5 % du montant du plafond de la sécurité sociale (1 553,40 EUR en 2006) ou 5 % de la rémunération soumise à cotisations en application de l'article L. 242-1 du Code de la sécurité sociale. La rémunération ainsi calculée étant retenue jusqu'à concurrence de 5 fois le montant du plafond de la sécurité sociale, le « disponible » social annuel s'élève désormais, en matière de retraite supplémentaire, à 7 767 EUR pour 2006. Par ailleurs, l'abondement patronal relève d'un régime social propre. Les 2 300 premiers euros sont exonérés de charges sociales et les 2 300 EUR suivants sont taxés à 8,2 % au profit du fonds de réserve des retraites.

Afin d'optimiser les financements de l'entreprise et limiter le coût des charges sociales, il importe de faire jouer les complémentarités qui existent entre le régime social applicable à l'ensemble des opérations de retraite et celui relatif au Perco, tout en intégrant le facteur niveau de rémunération.

Qu'un Perco ait été institué ou non, le disponible social est plafonné à 7 767 EUR . Si un plan épargne retraite collectif

existe, il convient de retrancher de ce seuil le montant de l'abondement patronal. Par conséquent, si celui-ci est maximum (soit 4 600 EUR), restent 3 167 EUR de disponible pour le financement d'un contrat article 83 et l'entreprise devrait s'acquitter de 188,60 EUR de taxe au titre du Perco^{Note 55}. Mais l'intérêt sera ici de limiter l'abondement à 2 300 EUR (part ne supportant aucune charge) afin d'éviter la taxation à 8,2 % et donc de dégager un disponible social plus avantageux. Celui-ci correspondrait alors à 5 467 EUR^{Note 56}.

L'articulation a également un sens pour les rémunérations qui n'excèdent pas 92 000 EUR annuels. En effet, 92 000 EUR représentent le seuil en-deçà duquel le Perco offre un plafond d'exonération plus élevé que les contrats « article 83 »^{Note 57}. L'entreprise peut alors avoir intérêt à financer exclusivement un Perco à hauteur du maximum autorisé, quitte à acquitter une contribution de 8,2 % sur les 2 300 derniers euros d'abondement. Bien qu'il y ait quelques charges, la solution a le mérite de la simplicité et présente des gages de sécurité juridique que n'offrirait pas nécessairement un régime de retraite à cotisations définies en raison des nombreuses et contraignantes règles d'exonération qui lui sont afférentes.

Conclusion. - Les derniers développements illustrent l'instrumentalisation qui peut être faite du droit et des dispositifs que celui-ci institue. Il s'agit alors d'adopter ce que d'aucuns appellent une démarche d'ingénierie juridique. Toutefois, il serait peu pertinent de se focaliser sur les « outils » les plus avantageux en termes de pression fiscale et sociale au risque d'opter pour un mécanisme ne répondant qu'imparfaitement aux aspirations initialement poursuivies. Les enjeux de la question des retraites professionnelles - que ce soit pour l'entreprise, dans le cadre de sa politique salariale et de gestion du personnel, ou pour les salariés - méritent à tout le moins une réflexion préalable où la définition des objectifs ne peut qu'être centrale.

Note 1 Pour autant, il convient de ne pas oublier que la constitution d'une retraite supplémentaire peut aussi s'opérer dans un cadre individuel, notamment par la mobilisation de dispositifs non dédiés tels que l'**assurance-vie** ou encore par le recours au tout récent Perp (plan épargne retraite populaire).

Note 2 N. Cuzacq, *Le Perco, un nouveau plan au service de la retraite d'entreprise* : Bull. Joly Bourse 2004, p. 731.

Note 3 Circ. intermin., du 14 sept. 2005 relative à l'épargne salariale : Journal Officiel 1er Novembre 2005 ; JCP S 2005, 1409.

Note 4 Notons que le déblocage anticipé pour ce motif peut également intervenir - ce qui n'est pas le cas au titre des contrats « article 83 » - lorsque le classement en invalidité concerne les enfants du bénéficiaire, son conjoint ou la personne qui lui est liée par un Pacs.

Note 5 Ou la remise en état de la résidence principale endommagée à la suite d'une catastrophe naturelle reconnue par arrêté ministériel.

Note 6 V. *infra* le cas des dirigeants et des mandataires sociaux.

Note 7 Circ. DSS/5B/2005/396, 25 août 2005 relative aux modalités d'assujettissement aux cotisations de sécurité sociale, à la contribution sociale généralisée et à la contribution au remboursement de la dette sociale des contribution des employeurs destinées au financement de prestations complémentaires de retraite et de prévoyance. Circulaire élaborée consécutivement à la parution du décret du 9 mai 2005 fixant les nouveaux seuils d'exonération.

Note 8 À condition que les catégories soient déterminées à partir de critères objectifs, non restrictifs et clairement définis.

Note 9 V. *infra* partie 2.

Note 10 À défaut de disposition expresse contenue dans l'accord, la sortie se fait sous forme de rente viagère.

Note 11 La circulaire du 14 septembre 2005 précise que l'accord collectif peut également prévoir une possibilité de panachage entre une sortie en rente et une sortie en capital et aménager les modalités de ce panachage.

Note 12 N. Cuzacq, *préc.*, p. 732.

Note 13 Chron. Protection sociale d'entreprise : JCP E 2003, 1553, p. 1762.

Note 14 Une exception existe, mais elle ne concerne que le Perco interentreprises dont la constitution peut résulter d'un accord avec le comité d'entreprise ou d'un accord référendaire (avec une ratification à la majorité des 2/3 du personnel de chaque entreprise).

Note 15 À défaut de précision réglementaire, on doit considérer qu'une majorité simple suffit.

Note 16 Règles prédéterminées dont les salariés ont connaissance avant d'effectuer leurs versements.

Note 17 Avec toutefois une limite fixée à 25 % du salaire annuel.

Note 18 Le choix de l'origine des sommes versées sur le Perco peut être « orienté » car l'abondement patronal peut favoriser certaines sources d'alimentation. V. *supra*.

Note 19 *Retraite et prévoyance d'entreprise*, n° 5340 : *Mémento pratique Francis Lefebvre, éd. Francis Lefebvre 2004*.

Note 20 G. Briens et alii, *L'épargne retraite des salariés : éd. L'Argus de l'assurance 2005*, p. 193.

Note 21 La logique retraite conduit même le texte à prévoir l'utilisation des droits du CET pour racheter des trimestres d'assurance au titre du régime de l'assurance vieillesse (niveau 1).

Note 22 C. trav., art. L. 443-1.

Note 23 L'entreprise doit compter au minimum un salarié en sus du dirigeant lui-même.

Note 24 Liste à laquelle il faut ajouter le conjoint du chef d'entreprise s'il a le statut de conjoint collaborateur ou de conjoint associé mentionné à l'article L. 121-4 du Code de commerce.

Note 25 Le législateur s'est voulu pragmatique en cherchant à associer les PME à ces dispositifs. En effet, dans les petites entreprises, il est souvent essentiel que le décideur ne soit pas exclu de ces systèmes s'il on veut qu'il en fasse bénéficier ses salariés. L'ouverture aux mandataires sociaux des entreprises de moins de 100 salariés se situe dans la même logique ; il s'agit également d'inciter les dirigeants sociaux à réfléchir, pour l'ensemble du personnel, à la mise en place de tels dispositifs.

Note 26 Par ailleurs, il doit s'agir de salariés ayant des responsabilités dont l'importance implique une large indépendance dans l'organisation de leur emploi du temps et qui sont habilités à prendre des décisions de façon largement autonome.

Note 27 F. Taquet, *Vers une sécurité juridique renforcée des cotisants...* : JCP E 2005, 1809, p. 2121.

Note 28 *Instr. DGI 5F-15-05, 25 nov. 2005*.

Note 29 V. *instr. fiscale, 25 nov. 2005, préc.*, n° 26.

Note 30 *Circ. DSS, 25 août 2005, préc.*, p. 10.

Note 31 V. *supra* partie 1.

Note 32 On peut noter que la réglementation applicable au Perco se positionne différemment. Ainsi, l'article L. 443-7, alinéa 3, du Code du travail dispose que « la modulation éventuelle des sommes versées par l'entreprise ne saurait résulter que de l'application des règles à caractère général qui ne peuvent, en outre, en aucun cas avoir pour effet de rendre le rapport entre le versement de l'entreprise et celui du salarié (...) croissant avec la rémunération de ce dernier ».

Note 33 En matière fiscale, l'instruction de référence (celle du 25 novembre 2005) s'avère plus précise. La modulation du taux de participation patronale par tranche de rémunération est également autorisée, mais le texte considère qu'il faut alors raisonner par fraction de rémunération égale au plafond de la sécurité sociale.

Note 34 La circulaire DSS donne l'exemple d'un régime ouvert à la catégorie des cadres pour une entreprise n'en comptant qu'un seul.

Note 35 Cass. soc., 18 nov. 1999 : Juris-Data n° 1999-003998 ; RJS 2000, n° 89 ; JCP E 1999, p. 1891.

Note 36 CE, 9 nov. 1990, concl. M. Arrighi de Casanova : RJF 12/90, n° 1447.

Note 37 « Une entreprise ne comportant qu'un nombre très limité de salariés ou même un seul, appartenant à une catégorie donnée, définie de manière générale et impersonnelle selon des critères non restrictifs, a la possibilité d'adhérer à un contrat d'assurance de groupe ». V. instr. DGI, préc., n° 27.

Note 38 Sous peine de remise en cause du régime de faveur tant d'un point de vue fiscal que social.

Note 39 Pour une présentation complète des nouvelles règles applicables aux opérations de protection sociale d'entreprise (retraite et prévoyance), voire notre étude à paraître au *BS Francis Lefebvre*, n° 3/2006.

Note 40 Devaient donc y être incluses les contributions patronales finançant des régimes de prévoyance complémentaire.

Note 41 Pour les salariés cadres, l'employeur acquitte une cotisation de 4,5 % sur la tranche A du salaire (entre 0 et le plafond de la sécurité sociale) et de 12,5 % sur la tranche B (entre 1 et 4 fois le plafond). Sur la tranche C (entre 4 et 8 fois le plafond), le taux global minimal de cotisation est de 20 % ; la répartition entre l'employeur et le salarié est décidée par voie d'accord ou correspond à celle prévue pour la tranche B.

Note 42 Des conditions générales de déductibilité fiscale sont fixées, notamment le caractère obligatoire et collectif de l'opération. Pour le détail, se reporter à notre étude à paraître au *BS Francis Lefebvre*, n° 3/2006.

Note 43 Ou également à un PEE.

Note 44 V. *supra*.

Note 45 Ainsi que le conjoint du chef d'entreprise s'il a le statut de conjoint collaborateur ou de conjoint associé.

Note 46 Un tel accord ne peut toutefois être conclu dans une entreprise dont l'effectif est limité à un salarié si celui-ci a également la qualité de président, directeur général, gérant ou membre du directoire.

Note 47 C. trav., art. L. 441-2.

Note 48 V. *supra*.

Note 49 Pour plus de détails, v. circ. DSS n° 105/2004, 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.

Note 50 N. Cuzacq, préc., p. 733.

Note 51 V. *supra*.

Note 52 V. *supra*.

Note 53 Il convient toutefois de mentionner une disposition de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2006 qui précise que la déductibilité ne concerne que le montant de la part patronale telle qu'elle est déterminée par les textes régissant les régimes Agirc et Arrco. Toute modification favorable aux salariés de la répartition de la charge des contributions aux régimes complémentaires de retraite obligera donc à réintégrer dans l'assiette des cotisations la majoration de la part patronale.

Note 54 À l'exception notable des contrats « article 39 ». V. *supra*.

Note 55 $2\,300 \times 8,2\% = 188,60$ EUR .

Note 56 7 767 (disponible global) - 2 300 (abondement) = 5 467 EUR .

Note 57 Pour 92 000 EUR de rémunération, l'enveloppe globale maximum correspond à 5 % de cette somme, soit 4 600 EUR qui représentent également le plafond d'exonération au titre du Perco.