



HAL
open science

Portabilité des retraites professionnelles et mobilité salariale

Philippe Martin

► **To cite this version:**

Philippe Martin. Portabilité des retraites professionnelles et mobilité salariale. Sylvie Hennion-Moreau, Otto Kaufmann (dir.). Les retraites professionnelles d'entreprise en Europe, Bruylant, pp.133-159, 2007. halshs-00823523

HAL Id: halshs-00823523

<https://shs.hal.science/halshs-00823523v1>

Submitted on 17 May 2013

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Portabilité des retraites professionnelles et mobilité salariale

Philippe MARTIN

CNRS-COMPTRASEC-Université Montesquieu Bordeaux IV

La question de l'adéquation des systèmes professionnels de pensions complémentaires aux exigences de la mobilité salariale en Europe n'est pas neuve. Elle a fait l'objet d'une Communication de la Commission en 1991¹ ; la recommandation du Conseil du 27 juillet 1992 relative à la convergence des objectifs et politiques de protection sociale aborde aussi le problème² et, faute de progrès tangibles sur ce terrain, la Commission, en 1996, a chargé un groupe de haut niveau sur la libre circulation (présidé par Mme Veil), d'examiner les difficultés rencontrées par les travailleurs se déplaçant d'un Etat à l'autre. L'une des conclusions de ce groupe fut que la perspective de la perte des droits à pension complémentaire constitue manifestement un frein à la mobilité salariale et à l'exercice de la liberté de circulation prévue par le traité CE. Le groupe préconisa l'adoption d'une directive ainsi que la création d'un forum des pensions composé de représentants des Etats membres, des partenaires sociaux et des fédérations européennes concernées. Le livre vert de la Commission du 10 juin 1997 relatif aux retraites complémentaires dans le marché unique relayait ces deux idées. Le Conseil devait adopter le 28 juin 1998 la directive 98/49/CE relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté ; le « Forum des pensions » fut créé par décision de la Commission du 9 juillet 2001.

Si le sujet présente toujours une actualité, c'est que la question est au croisement de plusieurs lignes d'action – tant en matière d'emploi que de protection sociale – que l'Union européenne entend désormais aborder de manière intégrée³.

D'une part, la construction européenne est censée promouvoir la mobilité des travailleurs, notamment des salariés. On sait que depuis le traité originel CEE, la libre circulation des travailleurs constitue un principe fondamental. L'interprétation téléologique des textes du traité et du droit dérivé par le juge communautaire en la matière a consisté, globalement, à conférer aux règles du droit européen la portée la plus large de manière à éliminer les obstacles à la mobilité effective des travailleurs d'un pays à un autre. La mobilité « transfrontalière », les migrations intra-européennes *pour* l'emploi, demeurent un phénomène limité dans la réalité. Néanmoins, la mobilité salariale – en tant que mobilité *de* l'emploi – prend de l'ampleur, avec le déclin du modèle fordiste. L'accomplissement de toute une carrière professionnelle auprès d'un même employeur n'est plus la norme générale et la mobilité des salariés constitue désormais un objectif des politiques de l'emploi et de la

¹ Communication de la Commission au Conseil du 22 juillet 1991, « Les régimes complémentaires de sécurité sociale : la place des régimes complémentaires de retraite dans la protection sociale des travailleurs et leur impact sur la libre circulation » (SEC(91) 1332 final).

² La recommandation invite les Etats membres à favoriser « l'aménagement des conditions d'acquisition des droits aux pensions de retraite, notamment aux pensions complémentaires, afin d'éliminer les obstacles à la mobilité des travailleurs salariés ».

³ L'approche intégrée des questions économiques et sociales a été officialisée lors du Conseil européen de Lisbonne de mars 2000.

stratégie coordonnée qui s'est instituée au niveau européen : la mobilité salariale doit contribuer à l'employabilité des individus et à la flexibilité des marchés du travail⁴.

D'autre part, les retraites professionnelles ont à voir avec la construction du marché intérieur et notamment avec la liberté de circulation des capitaux, comme en atteste l'adoption en 2003 de la directive sur les établissements de retraite professionnelle⁵. Elles font aussi l'objet d'une attention particulière de la part de l'Union européenne en ce qu'elles constituent le « second pilier » des systèmes de pension en Europe. Ces dispositifs sont appelés à jouer un rôle accru, dans la perspective de la coordination des réformes des pensions de retraite en Europe, telle qu'elle est « orchestrée » par l'UE. Il s'agit en effet de compenser le recul des protections publiques dites « de base », notamment en matière de retraite, selon un scénario de recomposition des systèmes de protection sociale⁶.

L'intégration des différentes stratégies européennes conduit à envisager les difficultés particulières qui surgissent dès lors qu'on entend à la fois promouvoir la mobilité salariale et les dispositifs de retraite professionnelle. Selon le Rapport conjoint du Comité de protection sociale et du Comité de politique économique sur les objectifs et méthodes de travail dans le domaine des pensions approuvé par le Conseil européen de Laeken en décembre 2001, les Etats membres doivent « veiller à ce que les systèmes de pensions soient compatibles avec les exigences de flexibilité et de sécurité qui sont celles du marché du travail, à ce que (...) la mobilité professionnelle dans les Etats membres et au-delà des frontières ainsi que les formes d'emploi atypiques ne soient pas pénalisantes pour les droits à pensions, et à ce que l'emploi non salarié ne soit pas découragé du fait des systèmes de pensions ». Ces points sont repris dans le rapport conjoint de la Commission et du Conseil élaboré en 2003⁷. Dans ce document, il est estimé que « les régimes obligatoires, d'une manière générale, réagissent bien aux défis des pensions destinées aux travailleurs atypiques (à temps partiel, intérimaires et indépendants) et aux travailleurs mobiles ». En revanche, selon la Commission, la situation des régimes du second pilier (ie les retraites professionnelles) ne peut encore être jugée satisfaisante. Les plans de retraite d'entreprise se montrent en effet souvent peu adaptés aux phénomènes et aux exigences de la mobilité sur le marché du travail. Traditionnellement conçus comme un avantage salarial étroitement lié à l'appartenance fidèle et durable à l'entreprise, ils n'incitent guère au changement d'employeur. Le salarié mobile risque de perdre tout droit s'il quitte son entreprise, notamment lorsque l'avantage est « à prestations définies » et dépend du seul financement de l'employeur. De plus, même lorsque le salarié cotise dans le régime, il n'est pas sûr de pouvoir valoriser son capital lorsqu'il change d'employeur, soit en continuant à cotiser dans l'ancien régime, soit en transférant les droits accumulés dans le plan de son nouvel employeur. La « portabilité » des droits en cas de mobilité suppose, on le voit, d'une part que les droits constitués à l'occasion de la présence du salarié dans l'entreprise d'origine soient considérés comme *acquis* et d'autre part que la législation permette le *transfert* d'un plan vers

⁴ Cf. la stratégie de Lisbonne révisée, communication de la Commission au Conseil de printemps 2005 « Travaillons ensemble pour la croissance et l'emploi, un nouvel élan pour la stratégie de Lisbonne », COM (2005) 24, Bruxelles, 2 février 2005. V. aussi l'Agenda social (communication de la Commission sur l'Agenda social) – COM(2005)33 final, Bruxelles, 9 février 2005.

⁵ Directive 2003/41/CE du 3 juin 2003 concernant les activités et la surveillance des institutions de retraite professionnelle.

⁶ Cf., notam. C. DANIEL et B. PALIER, *La protection sociale en Europe : Le temps des réformes*, Paris, La Documentation française 2001.

⁷ Commission européenne, *Pensions viables et adéquates. Rapport conjoint de la Commission et du Conseil*, 2004

un autre ou au moins que les droits acquis soient *conservés* jusqu'au moment où le salarié prendra sa retraite.

Or, à ce jour, la portabilité des droits ainsi définie n'est pas *de principe* en Europe. Les législations nationales sont éparées et encore assez hétérogènes sur le sujet, ce qui a conduit la Commission à envisager une action harmonisatrice⁸. Mais avant d'examiner les solutions nationales et les tentatives d'harmonisation communautaire, il convient de faire au préalable un état des lieux des « retraites d'entreprise » en Europe. Il existe en effet des configurations fort différentes, d'un pays à l'autre mais aussi à l'intérieur d'un même pays et l'on peut supposer que les questions de mobilité salariale ne se posent pas dans les mêmes termes, selon les différents dispositifs existants.

I – Mobilité salariale et configurations des retraites professionnelles en Europe

Parmi les nombreuses et différentes configurations de retraites professionnelles existantes, on peut repérer trois catégories principales, en fonction du degré de compatibilité des régimes de retraite avec les exigences de la mobilité salariale. Si les formes les plus traditionnelles – instaurées au niveau de l'entreprise - se caractérisent par la figure du « salarié captif », on rencontre aussi des formules plus adaptées à la mobilité de l'emploi, car organisées au niveau de la branche ou fondées sur un engagement plus souple de l'entreprise ; aujourd'hui, se développent aussi de nouvelles formules d'épargne retraite qui, tout en prenant appui sur l'entreprise, tendent à se rapprocher du « troisième pilier ». Ces derniers dispositifs sont en principe tout à fait adaptés à la mobilité des salariés.

A. Les formes traditionnelles de retraite d'entreprise : « le salarié captif »

1°) Caractéristiques fondamentales des retraites d'entreprise : un avantage conditionné par l'appartenance à l'entreprise

Les retraites d'entreprise sont classiquement l'apanage des grandes entreprises, des entreprises publiques ainsi que de la fonction publique, des entreprises du secteur bancaire et des assurances. Au XIX^e siècle, avec les caisses de secours, il s'est agi d'assurer le recrutement et la fidélité d'une main d'oeuvre ouvrière dans des industries qui, comme les mines, sont réputées pour leurs dangers. Dans le modèle fordiste qui s'est ensuite propagé, la logique présidant à l'institution de ces régimes de retraite a été de salarier et de gérer de manière durable la main d'oeuvre. Cette logique de gestion de la main d'oeuvre au sein de l'entreprise fait de la protection sociale d'entreprise un instrument de la construction de ce qu'on appelle parfois des « marchés internes » du travail⁹.

Au plan juridique, l'engagement de l'entreprise peut être analysé comme une *promesse* (notamment en droit allemand) dont l'objet est le maintien à un certain niveau de la

⁸ Proposition de directive du parlement européen et du Conseil *relative à l'amélioration de la portabilité des droits à pension complémentaire*, Commission des CE, Bruxelles, le 20.10.2005, COM(2005)507 final ; 2005/0214 (COD).

⁹ P. MARTIN, « La prévoyance d'entreprise en Europe : fragment ou vecteur de protection sociale ? », *Revue Internationale de Sécurité Sociale*, 1/2005, p. 23.

rémunération acquise en fin de carrière (cf. le concept britannique de *final salary schemes*). La cause de cet engagement réside dans l'existence d'un lien d'emploi voulu durable. En conséquence, d'une part, l'avantage n'est en général accordé qu'aux salariés justifiant d'une certaine ancienneté ; d'autre part, l'avantage n'est en principe acquis au salarié que s'il demeure lié à l'entreprise pendant une durée suffisamment longue (condition de présence), en général fixée par le « règlement de retraite »¹⁰.

2°) Quelques illustrations en droit positif

En Allemagne, la forme traditionnelle de retraite d'entreprise est la promesse de pension. Il s'agit d'engagements à prestations définies, à l'initiative de l'employeur et exclusivement financés par lui. La technique dominante est celle de l'engagement direct, avec gestion de l'engagement patronal dans les comptes de l'entreprise. Longtemps, le droit positif n'a accordé aucune garantie aux droits résultants d'un régime de retraite complémentaire d'entreprise. Nonobstant une longue ancienneté le salarié bénéficiaire perdait normalement tout avantage résultant du système de retraite complémentaire d'entreprise en cas de rupture de son contrat de travail avant l'âge de retraite. La plupart de ces régimes contenaient une clause de déchéance des droits du salarié en cas de résiliation du contrat de travail (« Verfallklauseln »). On a parlé à cet égard des « chaînes dorées » qui renaient les salariés dans l'entreprise et diminuaient leur mobilité sur le marché du travail. Le droit allemand n'a évolué sur ce point qu'à partir de 1972, avec l'arrêt du 10 mars 1972 de la Cour Fédérale du Travail qui reconnaît la pérennité des droits provenant d'un régime de retraite complémentaire pour des salariés justifiant d'une ancienneté minimum de 20 ans¹¹. En 1974, le législateur mettait en place un régime juridique particulier pour les systèmes de retraite complémentaire d'entreprise. Cette législation prévoit, entre autres, les conditions de protection des droits des salariés et en particulier pour ce qui est de l'acquisition et du maintien des droits dans les régimes de retraite d'entreprise. La législation plus récente a développé plus avant cet aspect.¹²

En France, les caractéristiques des régimes de retraite supplémentaire qui constituent des « garanties collectives » au sens du Code la sécurité sociale¹³ sont en grande partie distinguées par le droit fiscal. Or, le droit fiscal français reconnaît l'existence de régimes traditionnels très proches de la « promesse de pension » allemande. Dans le jargon professionnel, il s'agit des « régimes de l'article 39 du Code Général des Impôts ». Ce sont des régimes à prestations définies, promettant une pension fonction de la carrière du bénéficiaire (durée de la carrière et montant du dernier salaire). Le droit à pension est subordonné à la présence du salarié dans l'entreprise lors de son départ à la retraite¹⁴. Le financement est exclusivement patronal (sans quoi on ne pourrait le considérer comme « charge du personnel »). Les sommes affectées au régime constituent un *fonds collectif* (pas de comptes individuels). En pratique, les contrats art. 39 sont le plus souvent des « régimes chapeau » promettant un certain taux de remplacement (par ex. 65% du dernier salaire pour

¹⁰ Souvent, les normes d'entreprise exigeaient la présence du salarié dans l'entreprise jusqu'à la cessation de toute activité professionnelle. En Europe, un certain nombre de dispositifs législatifs sont venus atténuer ces exigences (v. infra).

¹¹ Bundesarbeitsgericht, Der Betrieb 1972, p. 1486 s.

¹² V. infra.

¹³ L'article L. 911-2 du Code de la sécurité sociale inclut les « avantages sous forme de pensions de retraite » au titre des garanties collectives constitutives de la protection sociale complémentaire des salariés.

¹⁴ Le salarié quittant l'entreprise avant la liquidation de ses droits à la retraite de base perd tout droit à la retraite d'entreprise. Le salarié licencié sans cause réelle et sérieuse peut obtenir indemnisation du préjudice causé par le fait qu'il ne bénéficiera pas des prestations du régime « chapeau ».

une carrière complète) déduction faite des pensions versées par les régimes obligatoires. La spécificité du régime fiscal tient au fait que les droits ne sont pas acquis aux salariés avant la prise de la retraite. Il existe donc un aléa qui pèse sur le droit à pension. Notamment, les versements opérés par l'employeur ne sont pas assujettis à l'impôt sur le revenu pour le salarié. Du point de vue du droit de la sécurité sociale, la loi du 21 août 2003 a aussi pris en considération la particularité des systèmes dits « article 39 » liés à la présence du salarié dans l'entreprise au moment de la liquidation de la pension. Pour ces régimes, la loi de 2003 indique que l'entreprise supporte une contribution spécifique destinée au financement du fonds de solidarité vieillesse¹⁵.

En Grande-Bretagne, les régimes traditionnels sont qualifiés d'*occupational pension schemes*, terme qui met l'accent sur l'importance du lien d'emploi au fondement de l'engagement de l'entreprise. Il s'agit de régimes collectifs dont l'objet, selon la législation¹⁶, est de servir des prestations ou des pensions payables lorsque l'employé cesse ses fonctions (*termination of services*) ou en cas de décès ou de retraite. Le plus souvent, ce sont des systèmes à prestations définies, l'entreprise s'engageant à verser une pension établie en pourcentage du salaire. Dans ce système, l'objectif est souvent d'assurer un revenu pouvant aller jusqu'aux deux tiers du dernier salaire pour le salarié qui a été affilié à la caisse de retraite et a accompli sa carrière dans l'entreprise pendant 40 ans. Il semble que ces régimes présentent des difficultés d'accès pour certaines catégories de salariés: salariés à temps partiel et, plus encore, salariés embauchés en CDD. En effet, il est fréquent que les caisses d'entreprises ne soient ouvertes qu'aux salariés justifiant d'une certaine ancienneté (de plusieurs mois, voire d'un an). Parfois, elles sont explicitement fermées aux travailleurs en CDD. Les entreprises considèrent en effet que la retraite complémentaire est un instrument de gestion des carrières à long terme et opèrent une discrimination au détriment des salariés en CDD dont on présuppose, au demeurant, qu'ils n'ont pas nécessairement la volonté d'épargner pour leur retraite¹⁷.

B. Des formes de retraite professionnelle plus adaptées à la mobilité

A côté des formes traditionnelles de retraites d'entreprise se sont instaurées et développées d'autres formules qui, de par leurs caractéristiques propres, se montrent plus adaptées à la mobilité. D'un côté et dans certains pays en particulier, les retraites professionnelles sont organisées au niveau des branches, ce qui facilite la mobilité salariale à cette échelle. D'un autre côté, se développent d'autres formes d'engagements de l'entreprise – les formules à cotisations définies – dans lesquelles les droits à pension s'acquièrent progressivement et se montrent naturellement plus aisément transférables d'un plan d'entreprise à un autre.

¹⁵ Art. L. 137-11 du Code de la sécurité sociale.

¹⁶ Le *pension schemes Act 1993* définit les différentes catégories de plans de pensions.

¹⁷ B. CASEY « Travail atypique et retraites privées : l'expérience britannique », communication au colloque *L'accès inégal à l'emploi et à la protection sociale*, MATISSE, Université Paris 1 des 16 et 17 septembre 2004. Ces formes de discrimination posent pourraient bien apparaître, toutefois, comme incompatibles avec les prescriptions de la directive 99/70/CE du 28 juin 1999 concernant l'accord cadre sur le travail à durée déterminée conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES. L'accord ne s'applique pas aux régimes légaux de sécurité sociale, mais les partenaires sociaux européens ont expressément reconnu que « des innovations sont nécessaires dans les systèmes de protection sociale complémentaire afin de les adapter aux conditions actuelles et notamment pour permettre la transférabilité des droits ».

1°) Plans instaurés au niveau des branches professionnelles

Ce schéma peut être observé dans plusieurs pays européens. On mentionnera ici l'exemple du Danemark et des Pays-Bas; le cas français peut quant à lui être analysé comme une extrapolation de la logique de la couverture complémentaire de branche organisée par la négociation collective.

Au Danemark, les plans de pension instaurés au niveau des branches jouent un rôle important. Ils peuvent être mis en œuvre soit par l'établissement de fonds de pension de branche, soit par le biais de contrats avec des compagnies d'assurance¹⁸. La loi ne règle pas de manière générale la question de l'acquisition et de la garantie des droits, mais il semble que les plans de branche ne contiennent pas, le plus souvent, de clauses fixant des périodes d'attente ou des conditions d'âge minimum et maximum pour jouir des droits¹⁹. Une totale portabilité des droits est assurée lorsque le salarié change d'employeur dans la même branche, puisqu'il demeure dans le même plan. Si le salarié n'est plus couvert par le même plan, il peut demander que la jouissance de ses droits acquis soit différée, ou bien que ses droits soient transférés dans le plan du nouvel employeur qui doit accepter le transfert.

Le cas néerlandais est proche de ce modèle puisqu'il repose sur des fonds de pension institués au niveau des branches. Quant au cas français, s'il diffère des précédents sur certains aspects (l'adhésion aux régimes complémentaires AGIRC et ARRCO est légalement obligatoire; ces régimes ne sont pas financés en capitalisation mais en répartition), il constitue en lui-même un modèle de retraites complémentaires organisées à une échelle interprofessionnelle permettant une totale mobilité des salariés. En cas de changement d'emploi, les droits de l'intéressé sont non seulement totalisés sur le territoire français, mais aussi dans l'espace européen puisque ces régimes sont désormais assujettis aux règles de coordination communautaires. A vrai dire, ce système constitue plutôt un second étage du premier pilier. En France, la place des retraites d'entreprise (retraites supplémentaires) est tout à fait marginale²⁰.

2°) Les formules à cotisations définies

Avec ces dispositifs, il est plus aisé de considérer que les versements de l'employeur et, le cas échéant, des salariés dans le régime d'entreprise constituent progressivement des droits et que ces droits sont définitivement acquis en cas de rupture du contrat ou de sortie du plan. D'une part, parce que la cause de l'engagement de l'employeur n'est pas la fidélité du salarié à l'entreprise pendant toute la carrière. Dans ces formules, l'*intuitu personae* est beaucoup moins présent. D'autre part, parce que les versements sont affectés à des comptes individuels, ce qui facilite une identification de l'épargne réalisée et donc la possibilité de transfert.

¹⁸ Les fonds de pension sont administrés par un Conseil comprenant au moins la moitié de membres élus par et parmi les membres du plan, c'est à dire les salariés.

¹⁹ V. *Complementary and private pensions throughout the world*, 2003, INPRS, AISS, p. 63.

²⁰ On estime qu'en France, la proportion des retraites d'entreprise dans le montant total de la pension moyenne à laquelle a droit le salarié était de 1,7% en 1999, alors qu'elle représente 7% en Allemagne et 40% au Royaume-Uni. Source : *Rapport conjoint de la Commission et du Conseil sur des pensions viables et adéquates*, v. La lettre de l'Observatoire des Retraites – juillet 2003, n° 13, p. 5.

En France, correspondent à ce modèle les régimes de retraite collectifs à adhésion obligatoire dits « article 83 du Code Général des Impôts ». Ce sont les produits de retraite supplémentaire (d'entreprise) par capitalisation les plus répandus. Les cotisations, d'un montant fixé à l'avance, sont versées sur des comptes ouverts au nom des participants et capitalisés (comptes individuels). Pour bénéficier des avantages fiscaux, la gestion des cotisations et leur placement doivent être confiés à un organisme agréé extérieur à l'entreprise. Le montant de l'épargne est définitivement acquis pour le salarié. Il ne peut toutefois pas récupérer de manière anticipée son épargne, même s'il quitte l'entreprise, avant l'âge de départ à la retraite.

En Grande Bretagne, les *occupational pension schemes* (capitalisation collective) peuvent être des régimes à cotisations définies. La législation britannique a aussi développé des « *personal pension schemes* ». L'objet de ces régimes est de servir des prestations sous forme de pension ou autres, payables en cas de décès ou de retraite à des bénéficiaires - salariés ou indépendants - qui se sont entendus avec les *trustees* (fideicommissaires) ou administrateurs du plan, afin de devenir membres de ce plan. Ces plans ne reposent donc pas sur un engagement collectif de l'entreprise et l'employeur n'est pas impliqué comme dans les *occupational pension schemes*. Il s'agit de systèmes à cotisations définies offerts individuellement aux salariés en tant que retraites complémentaires éligibles au *contracting out*²¹, conçues par la législation (Gouvernement Thatcher) comme des alternatives aux traditionnels plans collectifs.

En Italie, le décret-loi du 21 avril 1993 et la loi du 8 août 1995 fixent un cadre pour les fonds de pension non obligatoires : fonds dits « ouverts » et fonds dits « fermés ». La législation italienne prévoit qu'en principe, les plans de retraite sont des plans à cotisations définies. Dans les fonds de pension fermés, l'adhésion est réservée aux salariés de l'employeur ou des employeurs qui soutiennent le fonds. C'est notamment le cas des fonds de pension mis en place au niveau des branches par accord collectif. Cette figure peut être comparée aux fonds de branche danois ou néerlandais. Quant aux fonds de pension ouverts, ils sont établis par des banques, des compagnies d'assurance, des sociétés d'investissement pour mettre en œuvre des plans de pension personnels. Ils sont ouverts à l'adhésion de tout employé ou travailleur indépendant sur une base personnelle, sans lien avec la personne de l'employeur. On est ici plus proche du modèle britannique des *personal pension schemes* et, en réalité, des nouvelles formules d'épargne retraite qui se propagent en Europe.

C. Les nouvelles formules émergentes d'épargne retraite

1°) Caractéristiques générales

L'un des traits marquant des récentes formules d'épargne retraite apparues dans un certain nombre de pays réside dans le fait que, s'agissant de dispositifs à adhésion individuelle et à cotisations définies, ils sont censés théoriquement s'adresser à un autre public que celui des traditionnelles retraites d'entreprise. Moins liées au statut d'emploi et à la « fidélité à l'entreprise » que les classiques retraites d'entreprise, les formules d'épargne retraite devraient convenir à des salariés plus mobiles, voire à des travailleurs à temps partiel. Du

²¹ Cela signifie que l'employeur peut offrir ce type de plan à ses salariés à titre de retraite complémentaire en lieu et place de la cotisation au régime public de retraite complémentaire (autrefois le *State Earnings Related Pension Scheme* devenu *State Second Pension*).

reste, certaines formules sont offertes aussi aux travailleurs non salariés, à l'instar des stakeholders britanniques ou des nouveaux plans individuels allemands qui intéressent certaines catégories d'artisans, les chômeurs indemnisés, les préretraités et les assurés ayant un « emploi de faible importance ». En Pologne, les « plans de retraite des travailleurs » instaurés par la réforme de 1998 s'inscrivent dans cette perspective générale. Ils sont ouverts aux salariés, mais aussi aux travailleurs indépendants et aux associés dans différents types de sociétés. Au fond, ces formules s'apparentent beaucoup plus au « troisième pilier » qu'au second.

2°) Traits particuliers

En Allemagne, une nouvelle formule de retraite complémentaire facultative a été créée à l'occasion de la réforme des retraites en 2001 qui instaure « la constitution d'un patrimoine pour la vieillesse » (les « plans Riester »). Avec cette loi, on est bien dans une logique d'épargne volontaire. Les cotisations sont périodiques, mais il est possible de les suspendre. Les intéressés peuvent en outre changer de prestataire (la gestion du produit en est cependant compliquée). Le législateur a cependant entendu en faire un produit de retraite : le versement de la retraite complémentaire ne doit pas commencer avant l'âge de retraite du bénéficiaire (60 ans) sauf exception (prêt pour l'acquisition d'un immeuble); en revanche, la liquidation peut intervenir plus tard. Ces plans d'épargne retraite se différencient nettement des retraites d'entreprise traditionnelles. Le plan peut être constitué individuellement par le salarié ou prendre la forme d'une retraite d'entreprise, si l'employeur y consent, ce qui est fréquent. La retraite complémentaire est alors, généralement, basée sur un accord collectif²². Dans tous les cas, le système est facultatif. Les contrats existants peuvent être commués en contrats gouvernés par la nouvelle législation. Il s'agit des contrats d'assurance, d'épargne ou de placement conclus avant l'entrée en vigueur de la loi sur la nouvelle retraite complémentaire facultative constituée par capitalisation (Altersvermögensgesetz), mais qui remplissent les conditions de cette loi pour bénéficier de la contribution financière étatique en vue de la constitution d'une retraite capitalisée. Dans certaines entreprises, la nouvelle formule de constitution d'une retraite a été effectivement substituée à la retraite d'entreprise classique, qui était en place. La contribution individuelle pour la retraite est le montant de contribution que l'intéressé (l'épargnant) verse périodiquement - en principe mensuellement- en vue de la constitution d'une retraite capitalisée selon la loi nouvelle. L'épargnant verse un pourcentage maximum (plafonné) de son salaire et a droit à une subvention annuelle de la part de l'Etat. Il semble que ce dernier aspect pose quelques problèmes, dans l'éventualité où l'intéressé transférerait son domicile hors d'Allemagne, puisque la législation prévoit l'obligation de rembourser les subventions dans ce cas, ce qui paraît peu compatible avec le droit communautaire.

En France, la loi du 21 août 2003 a créé le *plan partenarial d'épargne salariale volontaire pour la retraite* (PPESVR) rebaptisé *plan d'épargne retraite collectif* (PERCO) dans la loi de finance. Il s'agit d'un produit réservé aux salariés, la loi créant par ailleurs un produit individuel de retraite accessible à tous (le PEIR ou PERP). Le plan est alimenté par la réserve de participation aux résultats, l'intéressement, ainsi que les versements volontaires du salarié et l'abondement de l'entreprise²³. Cette épargne permet de se constituer un capital

²² V. notam. O. KAUFMANN, « La réforme des retraites en Allemagne », *Semaine sociale Lamy*, n° 1029, 2001.

²³ Chaque adhérent au plan possède un compte unique où figure l'ensemble de ses avoirs. L'abondement de l'entreprise est défini en pourcentage de celui de l'adhérent. L'abondement ne peut toutefois être supérieur à 3 fois le montant des versements opérés par le salarié. Le plafond de l'abondement versé par l'entreprise est de 4 600 euros.

investi en valeurs mobilières. Les avoirs sont bloqués pour l'ensemble de la vie professionnelle et la sortie du PERCO s'effectue en principe sous forme de rente viagère acquise à titre onéreux. Le PERCO s'apparente à une retraite complémentaire professionnelle, notamment dans la mesure où sa mise en place dans l'entreprise – facultative – relève des conditions du livre I, titre III du Code du travail. Le PERCO est un avatar du PPESV institué par la loi du 19 février 2001 auquel il se substitue : les sommes inscrites au compte des travailleurs au titre du PPESV devront être transférées dans un délai de trois ans dans un PERCO. Dans le « paysage » des retraites complémentaires, le PERCO apparaît comme une figure hybride. D'un côté, il est bien un produit d'épargne salariale: géré dans l'entreprise, il répond à des règles de placement collectif propres à ce type de produit²⁴ ; en outre, l'accord créant le PPESVR peut prévoir des modalités de sortie en capital. D'un autre côté, il constitue un élément de retraite complémentaire. Les sommes inscrites aux comptes des participants doivent être détenues jusqu'au départ en retraite sauf cas légaux de déblocage anticipé.

En Grande-Bretagne, le gouvernement Blair a suscité l'adoption en 1999 d'une législation introduisant une nouvelle forme de retraite personnelle, appelée *stakeholder pension schemes*, qui est une retraite par capitalisation. Les retraites stakeholder constituent donc un nouveau type de pensions introduites à la fin de l'année financière 2001. Au moment de la réforme, on estimait que près de la moitié de la population active ne souscrivait à aucune retraite complémentaire professionnelle et n'était pas en mesure de percevoir une pension adéquate²⁵. Ce nouveau régime a donc été introduit pour protéger ceux qui ont des retraites inadéquates comme, par exemple, les travailleurs indépendants ou ceux qui sont employés dans des entreprises qui n'organisent pas de régime de retraite complémentaire professionnelle²⁶ ou encore ceux qui n'ont pas d'emploi mais désirent assurer leur avenir de retraités. Les travailleurs qui contribuent à un régime de retraite complémentaire professionnelle (du type *occupational pension scheme*) ou qui ont la possibilité de le faire ne peuvent prétendre adhérer à ce nouveau régime. Ces *stakeholders pension schemes* s'apparentent en fait à des plans personnels auxquels le gouvernement a voulu attacher un « label de qualité ». La structure des charges y est aussi plus transparente, les coûts de gestion sont limités²⁷. La législation s'appuie sur les entreprises puisqu'elle exige que toutes les entreprises de 5 salariés au moins prévoient un plan de *stakeholders pensions* et offrent à leurs salariés la possibilité d'adhérer à cette nouvelle retraite par capitalisation. Le nouveau système n'est cependant pas obligatoire, le gouvernement se refusant à donner aux cotisations la tournure d'un impôt (la politique générale officielle étant précisément à la réduction des impôts). Cette forme d'épargne retraite est conçue comme adaptée à la mobilité salariale puisqu'il y a possibilité de transfert entre les régimes.

II – La portabilité des droits. Solutions nationales, solutions européennes.

²⁴ Les participants doivent pouvoir choisir entre trois organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) présentant différents profils d'investissement.

²⁵ M. LELIEVRE, « Eléments de contexte et enjeux du Stakeholder Pension, le nouveau plan de retraite individuel du New Labour au Royaume-Uni », *Revue française des affaires sociales*, n° 2, 2002, p. 179.

²⁶ Les salariés qui ne se voient pas proposer de retraite professionnelle par leur entreprise ont accès au régime public de retraite complémentaire qui sert cependant des pensions de bas niveau.

²⁷ Le coût de l'administration des fonds ne doit pas excéder 1% ; les intéressés versent un montant minimal de contributions pour percevoir une somme forfaitaire exempte d'impôts à un âge compris entre 50 et 70 ans ; les survivants de l'assuré ont droit à une somme forfaitaire si ce dernier vient à décéder en service.

On peut aujourd'hui observer en Europe une tendance à l'adaptation des dispositifs de retraite d'entreprise aux exigences de mobilité sur le marché du travail. La protection sociale d'entreprise tend à se détacher de la relation subjective employeur-salarié et les droits constitués peuvent dès lors acquérir une certaine validité au delà du seul espace de l'entreprise. Ce mouvement n'est cependant pas encore généralisé au niveau européen et, surtout, les solutions ne sont pas systématisées en ce qui concerne la portabilité des droits. C'est la raison pour laquelle, par delà les solutions nationales encore éparses, la Commission européenne tente d'harmoniser certains aspects.

A. Retraites d'entreprises et mobilité. Les législations nationales.

Comme l'a relevé le groupe de haut niveau sur la libre circulation, la perspective de la perte des droits à pension complémentaire est manifestement un frein à la mobilité des salariés. Or, il est patent que les régimes « classiques » de retraites d'entreprises, de par leurs caractéristiques juridiques propres, constituent de tels freins à la mobilité d'une entreprise à l'autre sur le territoire d'un même pays et, *a fortiori*, dans une perspective de mobilité transfrontalière.

Les Etats membres de l'UE ont été sensibilisés à cette question et un certain nombre de législations nationales ont tenté d'apporter des réponses. Les solutions techniques se situent sur deux plans. D'une part, il faut régler la question de l'acquisition des droits dans l'entreprise d'origine qui renvoie notamment au problème des conditions d'ancienneté exigées du salarié pour bénéficier de la pension. D'autre part se pose le problème de la transférabilité des droits d'un plan de retraite vers un autre.

1°) L'acquisition des droits dans l'entreprise d'origine

Comme on l'a vu, l'archétype de l'engagement de l'entreprise en matière de retraite constitue une promesse portant sur l'octroi d'un montant déterminé mais liée à une condition, à savoir la présence du salarié dans l'entreprise jusqu'à la cessation de toute activité professionnelle. Dans sa communication du 22 juillet 1991, la Commission a cependant estimé que des délais d'acquisition et d'attente exagérément longs peuvent freiner une mobilité de la main d'œuvre en rendant l'obtention d'un niveau de retraite adéquat trop tributaire de l'accomplissement de longues périodes ininterrompues au service d'un même employeur. Ce point de vue, réitéré dans la communication du 11 mai 1999 s'accorde avec l'évolution d'un certain nombre de législations nationales qui tendent aujourd'hui à reconnaître l'existence de « droits acquis ». Nous en donnerons ici quelques illustrations.

En Allemagne, le problème est connu depuis longtemps. Avant la loi de 1974 portant amélioration des retraites complémentaires d'entreprise les salariés perdaient tout avantage résultant du système de retraite complémentaire de leur employeur lorsqu'ils quittaient l'entreprise avant l'âge de retraite. La loi de 1974 a prévu que les droits du salarié résultant d'un régime de retraite d'entreprise deviennent pérennes lorsque le salarié est âgé d'au moins 35 ans et que la promesse de l'employeur s'est manifestée pendant au moins 10 ans ou que le salarié a appartenu à l'établissement pendant au moins 12 ans et que la promesse de l'employeur remonte à 3 ans au moins. En outre, selon la jurisprudence de la Cour Fédérale du Travail les droits du salarié sont immédiatement acquis dans le cas où la retraite complémentaire est constituée par conversion d'éléments de rémunération²⁸. La durée de 10

²⁸ La conversion d'éléments de rémunération (Loi de 1997) consiste dans l'échange d'éléments du salaire auxquels le salarié renonce; en contrepartie, l'employeur promet une retraite qui équivaut au salaire perdu. Cette

ans prévue par la législation de 1974 a fait l'objet de critiques. Désormais, depuis le 1^{er} janvier 2002, une période de stage de 5 ans est prévue par la loi. Le maintien des droits n'est garanti qu'après expiration de cette période.

En droit belge, la loi du 6 avril 1995 a introduit la notion de *prestations acquises* en matière de pension complémentaire. L'affilié âgé d'au moins 25 ans peut faire valoir des prestations acquises après un an de service auprès de l'employeur duquel émane l'engagement de pension (prohibition des périodes d'attente pour les salariés âgés d'au moins 25 ans).

En Espagne, la condition d'ancienneté pour bénéficier du plan ne doit pas excéder 2 ans. La loi n° 30/1995 instaure en outre une certaine garantie des *droits acquis* du salarié²⁹. Avant cette loi, le salarié perdait tout droit à pension si le contrat de travail venait à cesser avant le terme normal ou convenu. La loi de 1995 prévoit un droit à récupérer ce que le travailleur a apporté.

En France, dans les régimes « art. 39 CGI », les droits ne sont, par hypothèse, pas acquis avant la cessation de l'activité professionnelle. Certains auteurs font remarquer que depuis la loi Veil du 8 août 1994, les retraites d'entreprises dites « retraites chapeau » visées par l'article 39 du CGI pourraient bien être analysées comme des droits acquis par les salariés, même si ceux-ci ne remplissent pas les conditions d'ancienneté et de présence dans l'entreprise³⁰. L'article L. 913-2 du Code de la sécurité sociale prévoit en effet qu'aucune disposition entraînant la perte des droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de retraite ne peut être insérée dans les conventions, accords ou actes unilatéraux mettant en place les régimes complémentaires. Cette disposition ne vise cependant que les cas de restructuration (transferts d'entreprise) ou d'insolvabilité de l'employeur. Peut-on, pour autant, en inférer un principe général³¹ ?

En Grande Bretagne, le bénéfice des plans collectifs est souvent lié à l'âge du salarié (usuellement entre 18 et 25 ans) et éventuellement à une condition d'ancienneté d'un ou deux ans. Ces conditions tendent cependant à être écartées lorsque l'employeur offre l'accès à un plan de type *stakeholder*. En outre, les droits des salariés ne sont acquis qu'après une période de 2 ans de capitalisation. Si le salarié quitte l'entreprise avant cette période, les solutions diffèrent selon le type de régime. Dans les régimes à prestations définies, le salarié ne peut récupérer que ses propres contributions, sans intérêts ; dans les régimes à cotisations définies, il a droit au capital accumulé incluant les intérêts produits. Cette opération de récupération des cotisations versées est cependant taxée (20%) et les sommes perçues sont assujetties à une contribution au régime public de retraite complémentaire (le S2P).

construction était déjà reconnue par la jurisprudence de la Cour Fédérale du Travail (arrêt du Bundesarbeitsgericht du 8 juin 1993) avant la réforme de la loi et jouit d'une importance croissante en pratique. Elle permet au salarié de profiter des privilèges fiscaux pour la retraite complémentaire d'entreprise et aux employeurs de réduire leurs coûts en faisant participer les salariés au financement de la retraite.

²⁹ La loi parle de *derechos consolidados* (droits consolidés/acquis) et estime que constituent des droits acquis les droits économiques d'un participant à un fonds de pension dérivés de ses apports ainsi que du régime financier-actuariel de capitalisation mis en œuvre par le plan de pension (loi du 8 juin 1987 sur les plans et fonds de pension, art. 10§3).

³⁰ P. et L. BOUDIAS, « Les retraites chapeau ou les limites de certaines formes d'ingénierie juridique », La Semaine Sociale Lamy, n° 998, oct. 2000, p. 8.

³¹ Les mêmes auteurs font remarquer que par le passé, la Cour de cassation a assujetti à cotisations sociales les provisions constituées par les entreprises pour garantir les droits des salariés dans les régimes « chapeau ». Ce faisant, la Cour a bien considéré que ces régimes confèrent un avantage consistant en une rémunération différée sur laquelle les salariés acquièrent des droits au prorata de leur présence dans l'entreprise (v. Cass. soc., n° 93-18. 572, 28 mars 1996, SA Lyonnaise des Eaux-Dumez/URRSF Eure-et-Loire).

2°) La portabilité des droits d'une entreprise à une autre

En matière de pensions, un certain nombre de législations prévoient aujourd'hui la possibilité de transférer les droits acquis d'un plan d'entreprise à un autre plan. On remarquera que cette possibilité ne pose guère de problèmes techniques dès lors qu'il s'agit de droits acquis dans des régimes à cotisations définies fonctionnant, par hypothèse, sur la base de comptes individualisés.

En Allemagne, pour la plupart des plans (à l'exception des caisses de prévoyance)³², la législation prévoit que lorsque le contrat de travail se termine avant la retraite, les droits acquis par les membres des plans doivent être préservés dans le plan ou bien transférés dans le plan du nouvel employeur. Cependant, si les plans doivent autoriser les transferts « de sortie », la législation n'oblige pas à accepter les transferts « en entrée ». Dans le cas de plans à prestations définies, les droits accumulés doivent être calculés au prorata de la période passée au service de l'entreprise, en référence à la période maximum que le salarié aurait accomplie dans le plan s'il était resté jusqu'à l'âge de la retraite. Aucune règle légale n'exige l'indexation des droits préservés/conservés dans un plan après la sortie du salarié, mais nombre de plans prévoient une revalorisation. La portabilité n'est donc pas assurée de manière générale. Depuis 2005, cependant, il est prévu que les deux parties au contrat de travail – employeur et salarié – s'accordent sur cette question et, notamment, écartent l'application de la période de stage de cinq ans.

En Belgique, lorsque le contrat de travail cesse avant l'âge de la retraite, l'intéressé a le choix :

- de garder ses droits acquis dans le plan de l'ancien employeur (cette option doit être explicitement confirmée par les membres du plan de pension) ;
- de transférer les montants accumulés dans le plan du nouvel employeur. Le plan du nouvel employeur ne peut refuser ce transfert ;
- de transférer les droits acquis dans une institution administrant des pensions complémentaires volontaires (type compagnie d'assurance).

En Espagne, la législation permet le transfert mais uniquement dans le cas où le salarié quitte l'entreprise d'origine (rupture du contrat de travail). La loi pose que les droits acquis des participants au fonds de pension ne deviendront effectifs que s'il s'agit de les intégrer dans un autre plan de pension ou bien lorsque se produit l'événement donnant droit à la prestation (la retraite). Les droits accumulés peuvent être conservés dans le plan initial si cette option est prévue par le plan, ou bien transférés dans un autre plan de pension (soit celui du nouvel employeur, soit un autre plan désigné par le bénéficiaire).

³² Unterstützungskasse. Il s'agit d'une personne morale distincte de l'employeur, dans la plupart des cas une société à responsabilité limitée, ou une association. Dans ce système, le salarié bénéficiaire n'a pas droit à des prestations d'un montant déterminé. Ces institutions ne sont pas soumises à la tutelle de l'Office de Surveillance des Entreprises d'Assurance. Cette forme permet à l'employeur de disposer d'une certaine flexibilité au regard des coûts de la pension d'entreprise. Lorsque le contrat de travail prend fin avant la retraite, il n'y a pas de possibilité de transfert vers un autre plan. Les intéressés doivent cependant être traités de la même manière que les salariés qui demeurent employés jusqu'à l'âge de la retraite (ils doivent donc pouvoir continuer à cotiser).

En France, pour ce qui est des retraites supplémentaires de l'art. 83 CGI, en cas de départ de l'entreprise avant l'âge de la retraite, les droits restent acquis au salarié et l'épargne constituée continue d'être revalorisée ou peut être transférée vers un autre contrat de même nature³³.

En Grande Bretagne, dans les plans à prestations définies, les droits du salarié qui quitte l'entreprise avant l'âge de la retraite doivent être conservés et réévalués au taux de l'inflation (maximum 5% par an). Les plans collectifs à cotisations définies doivent prévoir une augmentation des droits acquis en relation avec les retours d'investissement. En général, les droits ne sont pas transférables auprès d'un autre employeur. La loi prévoit seulement la possibilité de transférer les contributions d'un plan collectif d'entreprise (*occupational pension scheme*) vers un plan individuel (*personal pension scheme*) ou d'acheter des annuités auprès d'une compagnie d'assurance. Les plans ne sont pas obligés d'accepter les transferts. Par contre, les droits acquis dans les plans individuels (*personal pension schemes*) sont portables et transférables.

En Italie, la portabilité des droits est assurée lorsque les salariés changent d'employeur tout en restant couverts par le même accord de branche (cas des fonds institués au niveau des branches). Si ce n'est pas le cas et que le salarié quitte le plan, il peut soit retirer le capital accumulé soit le transférer dans un autre fonds ouvert ou fermé. Cependant, le retrait du capital accumulé suite à une démission volontaire du salarié est assujéti à un régime fiscal moins favorable. Les salariés peuvent en toute hypothèse transférer leur capital accumulé dans un autre fonds après 3 ans.

On observera que les législateurs nationaux ont prêté une attention particulière à la question de la portabilité des droits en instaurant les nouvelles formules d'épargne retraite évoquées. En Grande Bretagne, les droits acquis dans les nouveaux *stakeholders pensions schemes* peuvent être transférés d'un plan d'entreprise vers un autre sans pénalités. En France, on notera que la législation française de 1997 (la « loi Thomas ») relative aux plans d'épargne retraite, loi jamais appliquée et finalement abrogée, appliquait le même principe. L'épargne retraite mise en place en 2003 (le PERCO) est dans la même lignée : si le salarié change d'emploi, il peut : soit laisser son épargne fructifier sur le Perco dans son ancienne entreprise jusqu'à l'heure de la retraite (mais il ne peut plus faire de nouveaux versements); soit la transférer dans sa nouvelle entreprise, si celle-ci propose également un Perco. En cas d'interruption des versements, les fonds individuels des salariés bénéficiaires continuent d'être rémunérés. Les droits de chaque salarié sont transférables sur un autre plan de même nature ouvert par un nouvel employeur³⁴. En pratique, l'entreprise remet au salarié un livret d'épargne salariale lorsque ce dernier quitte l'entreprise³⁵. Chaque entreprise doit dresser dans ce livret l'état des lieux de l'épargne salariale du salarié au moment de son départ de l'entreprise. Toutes les informations disponibles alimenteront une base de données des porteurs de parts de l'épargne salariale commune à l'ensemble des sociétés de gestion de

³³ L'article L. 132-23 al. 3 du Code des assurances indique que « 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 ».

³⁴ La loi nouvelle facilite la conservation et le transfert des mécanismes d'épargne salariale indifféremment du mode de départ du salarié de l'entreprise : démission, licenciement, ...

³⁵ Ce livret a été mis en place par la loi Fabius de 2001 sur l'épargne salariale.

l'épargne salariale. Il n'y a pas d'obligation de clore le plan, sauf si le fonds commun de placement d'entreprise est exclusivement investi en titres de l'entreprise. Dans ce cas, une clause peut prévoir que le salarié est obligé de solder son épargne salariale. Mais, l'entreprise doit alors lui offrir la possibilité de placer son épargne salariale sur un autre fonds.

B. La portabilité en droit communautaire. Tentatives d'harmonisation.

Dans le cadre communautaire, la directive 98/49/CE du 29 juin 1998 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non salariés à l'intérieur de la Communauté a réalisé un premier pas. Elle tend en effet à éviter que les salariés qui quittent l'entreprise pourvoyeuse d'un régime complémentaire pour aller travailler dans un autre pays membre de la Communauté ne soient lésés. Ses dispositions se contentent cependant, pour l'essentiel, de garantir que le travailleur dans ce cas de figure ne sera pas plus mal traité que celui pour lequel les cotisations au régime ne sont plus versées mais qui reste dans le même Etat membre³⁶. Elle exige aussi que puissent être payées sur le territoire d'un autre Etat membre les prestations dues sur le territoire du pays de l'entreprise d'origine. La directive n'impose donc pas, à proprement parler, la portabilité des droits dans le cas d'une mobilité transfrontalière.

La Commission a cependant lancé en 2002 une consultation des partenaires sociaux européens sur ce thème, demandant si une action européenne est pertinente en la matière et dans l'affirmative, sous quelle forme. Sur la question de l'opportunité d'une action communautaire, les réponses des partenaires sociaux ont été dans l'ensemble favorables. Une seconde consultation a été lancée en 2003 sur le contenu possible d'une action communautaire. Cette consultation a fait ressortir un certain nombre de divergences entre partenaires sociaux quant à l'enjeu de l'action et aux instruments. Ils n'ont pas souhaité engager de négociations en vue d'un accord autonome sur le sujet. Pendant cette période de consultations, le Comité dans le domaine des pensions complémentaires dénommé « Forum des pensions » créé en 2001 a été impliqué et a produit une expertise sur les entraves à la mobilité dérivant des régimes complémentaires. Les avis des Etats membres et des partenaires sociaux émis à travers ce forum ont été intégrés dans une étude d'impact accompagnant la proposition formulée par la Commission en octobre 2005.

1°) La proposition de directive relative à l'amélioration de la portabilité des droits à pension complémentaire présentée le 20 octobre 2005 par la Commission. Les objectifs

La proposition de directive vise tout régime complémentaire de pension à l'exception des régimes couverts par le règlement n° 1408/71, afin de maintenir une cohérence avec la directive 98/49/CE³⁷. La perspective générale de la proposition de directive, telle qu'exprimée dans l'exposé des motifs, est de permettre aux personnes de « changer d'emploi ». Il semble donc que le législateur communautaire ne se soucie pas que de mobilité géographique, mais se focalise bien sur la problématique du changement

³⁶ En France, ces dispositions ont été transposées par une loi du 17 janvier 2002, dans l'article L. 913-3 du code de la sécurité sociale.

³⁷ Le « régime complémentaire de pension » est défini comme « tout régime professionnel établi conformément à la législation et à la pratique nationales, tel que, entre autres, 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 ».

d'employeur ou d'entreprise. Bien que la proposition en réfère à l'objectif d'amélioration du droit à la libre circulation en tant que liberté fondamentale de la Communauté (d'où la base juridique de l'article 42 TCE)³⁸, elle vise aussi bien la mobilité intracommunautaire que la mobilité professionnelle à l'intérieur d'un même pays.

Si la Commission semble mettre l'accent sur la volonté et la liberté individuelles, elle estime aussi que le fait que certaines entreprises retiennent « captif » leur personnel qualifié à l'aide de promesses de pension liées à la fidélité est une entrave aux conditions de concurrence sur le marché du travail. Cela justifie, formellement, que la proposition soit aussi fondée sur l'article 94 TCE³⁹. Selon la Commission, ces pratiques empêcheraient les autres entreprises de recruter ce même personnel qualifié. On peut se demander si le problème est réel ou s'il n'y a pas là quelque point de vue idéologique... D'ailleurs, plus que la liberté de circulation, l'objectif avéré de la proposition est de rendre plus flexibles (et par là plus efficaces) les marchés du travail, thématique récurrente dans l'exposé des motifs.

Par delà cet arrière-plan, l'objet de la directive est de faciliter la mobilité professionnelle en réduisant les obstacles créés par certaines règles régissant les régimes professionnels. Pour la Commission, les entraves à la mobilité se trouvent dans :

- les conditions d'acquisition des droits à pension ;
- les conditions de préservation des droits à pension dormants ;
- la transférabilité des droits acquis
- l'information fournie aux travailleurs sur les conséquences de la mobilité pour les droits à pension complémentaire ;

2°) La proposition de directive. Les solutions.

Le texte définit la portabilité comme « la possibilité pour le travailleur d'acquérir et de conserver des droits à pension lors de l'exercice de son droit à la libre circulation ou à la mobilité professionnelle ».

Concernant les conditions d'acquisition des droits (article 4) : les législations nationales devront faire en sorte que, lorsque les droits à pension ne sont pas encore acquis au moment de la cessation d'emploi, la totalité des cotisations versées par le travailleur sortant, ou au nom de celui-ci (cas du financement par le seul employeur) soit remboursée ou transférée. En outre, lorsqu'un âge minimum est exigé, celui-ci ne devra pas dépasser 21 ans. Le salarié pourra être affilié au régime complémentaire après une période maximale d'emploi d'un an ou, le cas échéant, au plus tard lorsqu'il aura atteint l'âge minimum requis. Enfin, le texte prévoit que les travailleurs doivent acquérir des droits à pension après une période maximale d'affiliation de deux ans. On remarque que ces dispositions sont assez proches du droit britannique actuel. En cas de vote de la directive, elles devraient modifier, en France, la conception des régimes « chapeau » de l'article 39 CGI.

Concernant la préservation des droits dormants (art. 5), c'est à dire des droits maintenus dans le régime dans lequel ils ont été acquis par le bénéficiaire qui, par hypothèse, a quitté son emploi avant l'âge de la retraite, les législations nationales devront assurer un

³⁸ L'article 42 requiert l'unanimité des voix au Conseil.

³⁹ L'article 94 (ancien article 100 du Traité CEE) concerne le rapprochement des législations et prévoit que le Conseil peut adopter à l'unanimité des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres *qui ont une incidence directe sur le marché commun*.

« ajustement équitable » de ces droits afin d'éviter une pénalisation du travailleur sortant. La norme est ici très souple et le texte de la proposition se contente d'indiquer que « les Etats membres peuvent permettre aux régimes complémentaires de ne pas préserver les droits acquis, mais de recourir à un transfert ou au paiement d'un capital représentant les droits acquis lorsque ces derniers ne dépassent pas un seuil fixé par l'Etat membre concerné ». La Commission doit être informée du seuil appliqué.

Concernant la transférabilité (art. 6) : les législations nationales doivent faire en sorte qu'en cas de mobilité, si le travailleur sortant n'est pas couvert par le même régime complémentaire de pension dans son nouvel emploi, il puisse obtenir, à sa demande, au plus tard 18 mois après la cessation d'emploi, un transfert, au sein d'un Etat membre ou vers un autre Etat membre, de tous ses droits à pension acquis. Les règles actuarielles ou relatives aux taux d'intérêts applicables pour déterminer la valeur des droits acquis à transférer ne doivent pas pénaliser le travailleur sortant. Lorsque des frais administratifs sont exigés lors d'un transfert, ils doivent être proportionnés à la durée de l'affiliation du travailleur sortant. La transférabilité devient donc de droit. Le « transfer out » et surtout le « transfer in » ne pourront être refusés et le régime recevant le transfert ne peut pas soumettre les droits transférés à des conditions d'acquisition. Elle n'est toutefois pas automatique. L'intéressé doit en faire la demande. En outre, le texte de la directive prévoit que sous certaines conditions, les Etats membres peuvent ne pas appliquer la règle de la transférabilité aux régimes en répartition, aux caisses de soutien et aux entreprises qui constituent des provisions au bilan en vue du versement d'une pension à leurs employés.

Concernant l'information (article 7) : de manière générale, les législations nationales devront assurer que les travailleurs soient informés par le responsable de la gestion du régime des conséquences d'une cessation d'emploi sur les droits à pension complémentaire. Le texte prévoit aussi le droit de recevoir des informations spécifiques pour les travailleurs qui en font la demande. Ces informations portent sur les conditions d'acquisition des droits et les conséquences d'applications de ces conditions en cas de cessation d'emploi ; les prestations de pension envisagées en cas de cessation d'emploi ; les conditions de préservation des droits dormants ; les conditions de transfert des droits acquis.

Pour conclure, on dira qu'au-delà de la dimension technique de la question de la portabilité, c'est aujourd'hui un modèle qui se cherche, en Europe quant aux articulations entre l'emploi et la protection sociale. S'il est difficilement contestable que le modèle fordiste est aujourd'hui en déclin, que les salariés sont amenés à beaucoup plus de mobilité, même à leur corps défendant, il n'est pas évident que l'entreprise soit l'espace adéquat pour développer pleinement la protection sociale, notamment s'agissant de petites et moyennes entreprises. Les comparaisons le montre : les problèmes de portabilité des droits à pension se posent particulièrement là où les régimes d'entreprise correspondent au modèle dit du « régime d'employeur » et lorsque le système global de protection contre le risque vieillesse a laissé une place importante à la protection sociale d'entreprise en matière de retraite. Le problème est donc important dans un pays comme l'Allemagne, il est bien plus relatif en France et sans doute négligeable dans des pays comme l'Italie ou l'Espagne. Faut-il dès lors tabler sur une montée en charge et une généralisation des dispositifs d'entreprise volant au secours des régimes de base aujourd'hui en difficulté ? Il est vrai que les réformes des systèmes de retraite en Europe tendent à faire émerger ce scénario, tout en mettant en avant des formes plus adaptées que les anciens régimes collectifs à prestations définies : l'épargne salariale orientée vers la retraite apparaît comme la panacée. Néanmoins, si ces formules s'avèrent plus adaptées à la mobilité salariale, c'est parce que l'individu assume pour une

grande part la prise en charge du risque vieillesse. Le paradigme qui se dessine est en effet celui d'un individu plus libre (en théorie) et plus responsable. Pourtant, d'autres modèles ont fait leurs preuves. La protection sociale complémentaire organisée à l'échelle de la branche, notamment, constitue sans doute une alternative intéressante si devait s'affirmer en Europe le scénario de la *flexsécurité*.