

Les soi-disant « Retraites chapeaux »

Jacques Barthélémy
Avocat – Conseil en droit social
Ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier

Régulièrement, à l'occasion du départ en retraite d'un dirigeant d'une grande entreprise, la presse se fait l'écho de montants jugés indécents par un grand nombre de citoyens de « retraites chapeaux ». Les développements qui y sont consacrés ne mettent toutefois que rarement en évidence leurs caractéristiques identitaires. Ce sont celles-là :

- D'abord, leur pratique est fréquente dans les PME au profit des dirigeants, même si le montant des rentes est évidemment plus modeste ; prétendre que seuls les « grands patrons » en bénéficient est donc inexact d'autant que les systèmes doivent concerner une catégorie objective de personnels.
- Ensuite, on met en avant le flou des règles d'attribution des droits alors qu'elles sont précises pour permettre la déductibilité de l'impôt sur les sociétés des contributions destinées à alimenter les rentes ainsi que pour définir le sort fiscal de celles-ci au plan de l'impôt sur le revenu et social à l'égard des cotisations de sécurité sociale.
- Enfin, on les présente par opposition aux systèmes à cotisations fixes dans lesquels les rentes sont la conséquence de cotisations contractuellement fixées ; or le régime fiscal et social des systèmes à prestations définies est le même si les droits s'y acquièrent progressivement tout au long de la carrière et sont maintenus en cas de départ de l'entreprise avant l'âge de la retraite ; dans les systèmes à prestations définies, l'obligation de l'employeur porte soit sur une somme égale au pourcentage du dernier salaire s'ajoutant aux pensions de sécurité sociale et de retraite complémentaire, soit sur un différentiel entre un pourcentage du dernier salaire et ces primes (d'où d'ailleurs l'appellation de retraite chapeau qu'un magistrat facétieux avait baptisé retraite haut de forme).

Ce qui est identitaire de ces constructions n'est pas - contrairement à la présentation qui en est généralement faite, par les assureurs eux-mêmes - le fait qu'il s'agisse de systèmes à prestations définies mais l'aléa de la présence dans les effectifs le jour du départ en retraite. Cette caractéristique permet de résoudre la quadrature du cercle en rendant les contributions déductibles de l'impôt sur les sociétés parce qu'elles sont une charge (d'où la référence à l'article 39 du CGI), sans toutefois entrer dans l'assiette de celle de l'impôt sur le revenu et des charges sociales (conséquence de l'aléa). Depuis la réforme de 2003 - et suite à un bras de fer entre le ministre de la sécurité sociale qui souhaitait voir disparaître de telles constructions et

l'AFEP - un compromis a été trouvé, matérialisé par la soumission à des contributions sociales soit des primes soit des rentes, prélèvements destinés à financer la protection sociale, c'est-à-dire à contribuer à la solidarité. Les montants ont été par la suite progressivement élevés, rendant ces systèmes moins attrayants ; plus récemment a été rajoutée une contribution supplémentaire acquittée par les bénéficiaires des rentes, de 7 % ou 14 % selon leur montant ; le conseil constitutionnel est intervenu dans ce débat pour considérer confiscatoire un taux de prélèvement de 21 % au-delà d'un certain seuil.

Fondamentalement, il ne s'agit pas de retraite, ce mot induisant une finalité sociale alors que ces constructions n'ont d'autre vocation que patrimoniale. Il ne s'agit pas davantage de régime, ce mot induisant un objectif de solidarité car on est ici en présence d'une rémunération différée contractualisée. Et il ne s'agit même pas d'assurance puisque non seulement le système peut prendre la forme d'un compte autogéré par l'entreprise mais encore il n'y a pas de relation automatique entre les contributions versées et la rente due ; ce sont en fait des provisions versées (éventuellement) entre les mains d'un tiers, banquier ou assureur, dans la perspective de constituer petit à petit les capitaux dont sera issue la rente s'imposant à l'employeur du fait d'un accord ou d'un simple engagement unilatéral. Ces provisions tiennent compte, puisque la retraite n'est acquise que si l'intéressé est présent dans les effectifs le jour de son départ en retraite, du turn over dans la catégorie bénéficiaire du risque. Et l'assureur ne verse des droits que dans les limites des sommes existant dans le fond.

Ces de ce fait « soi-disant retraites chapeaux » ont comme finalité de permettre un certain taux de remplacement du dernier salaire (par mimétisme avec la fonction publique donc la règle des 2 %, multiplié par le nombre d'années d'activité) qui non seulement s'érode peu à peu du fait de la baisse de rendement des régimes légaux et complémentaires (Agirc et Arrco) conséquence de l'accroissement de l'espérance de vie et du taux de chômage, mais aussi et surtout de la carrière à la fois exponentielle et courte de ceux exerçant les plus hautes responsabilités, spécialement dans les grands ensembles économiques.

Ce constat met en évidence la manière dont on pourrait sortir d'un système qui, outre son caractère perçu comme scandaleux par l'opinion publique, fait courir un risque sérieux d'atteinte à la libre circulation des travailleurs, prohibée par le droit communautaire ; ceci du fait que ne bénéficient d'un tel avantage que ceux présents dans les effectifs le jour de leur départ en retraite.

Pour identifier cette solution alternative, il faut d'abord mettre en évidence le droit fiscal et social de la retraite supplémentaire (et au demeurant aussi de la prévoyance collective). Lorsqu'un salarié bénéficie de garanties supplémentaires de retraite, l'avantage n'est pas la prestation mais le fait d'être assuré ; le montant de l'avantage c'est celui de la prime, de la cotisation car elle évalue actuariellement le risque. Cette cotisation devrait donc entrer totalement dans l'assiette de l'impôt sur le revenu et la part patronale dans celle des cotisations de sécurité sociale.

Ceci étant, au nom du principe d'égalité devant les charges publiques, hérité de la déclaration des droits de l'Homme, donc principe constitutionnel, a été mis en place, d'abord par tolérances administratives (BOCD du 27 avril 1967 puis instruction fiscale du 1^{er} juin 1975) ensuite par la loi (du 11 juillet 1985) une neutralité fiscale des contributions versées par les entreprises en vue de constituer des vraies retraites supplémentaires dans la limite d'un plafond (article 83 du CGI) ; cette même règle était ensuite transposée en matière sociale (L242.1, 6^e à 8^e alinéas du code de la sécurité sociale né de la loi du 21 décembre 1979 et du décret du 23 juillet 1985). Le taux, fonction du salaire et de l'ancienneté, consacrant cette neutralité sous plafond a été fixé initialement à partir des contributions nécessaires pour qu'un salarié du secteur privé puisse obtenir un montant total de revenus de substitution à son dernier salaire égal à celui auquel peut prétendre un fonctionnaire. C'est la fameuse règle des 19 %. Par la suite – et notamment du fait de la loi de 2003 qui a fait sortir les cotisations Agirc et Arrco de l'assiette de cette règle en leur conférant la même qualification que celles du régime de base – la règle a été modifiée et surtout le dispositif a été affiné en séparant, en droit fiscal comment en droit de la sécurité sociale, ce qui relève de la retraite et ce qui relève de la prévoyance qui n'était initialement qu'une partie d'un tout.

Cette règle de neutralité sous plafond a été établie (par le BOCD du 27 avril 1967) à partir d'une situation standard, celle d'un salarié ayant une carrière pleine et linéaire. Elle induit un certain taux de remplacement du salaire, même si ce taux diminue du fait de la baisse de rendement des régimes légaux et conventionnels obligatoires. Du fait de ce mode de calcul, ce taux de remplacement est nettement plus bas si la carrière est courte et exponentielle, cas très habituel des dirigeants de grandes entreprises. On pourrait donc remplacer le régime chapeau (L137.11 du code de la sécurité sociale), qui a vocation à apporter une solution à cette situation, en distinguant par des règles différentes la situation de ceux ayant une carrière pleine et linéaire et de ceux ayant une carrière courte et exponentielle. Les deux ensembles de règles auront alors un même objectif, celui de favoriser, par référence à la situation des fonctionnaires, le respect du principe d'égalité devant les charges publiques puisque telle est la raison à l'origine de la tolérance administrative dite des 19 %. De ce fait, on éviterait les

tripatouillages permettant de contourner la difficulté liée à la présence dans les effectifs le jour de départ en retraite pour bénéficiaire de la rente « chapeau », source à la fois de tolérances administratives (cf. la circulaire DSS de décembre 2004 qui admet que la neutralité sociale n'est pas remise en cause si l'intéressé conserve ses droits alors que son contrat a été rompu à partir d'un certain âge, spécialement dans le cadre d'un licenciement économique) et de contentieux bien inutiles (les actions devant le TASS de bénéficiaires de ces rentes se multipliant). Cette solution serait d'autant plus satisfaisante que contrairement à la présentation qui en est faite, y compris par les actuaires, le fait que le système soit à cotisations fixes ou à prestations définies n'a strictement aucun impact en soi sur le sort fiscal et social des cotisations.