



## LE DOSSIER DU MOIS DU CERCLE DE L'ÉPARGNE

---

### DE LA NOTION DE « FONDS DE PENSION » À L'ÉMERGENCE DE L'INSTITUTION DE RETRAITE PROFESSIONNELLE

*Par*  
*Florence Legros, Directeur général de l'ICN Business School*  
*Jacques Barthélémy, avocat-conseil en droit social et ancien professeur associé à la*  
*faculté de droit de Montpellier,*  
*Philippe Crevel, Directeur du Cercle de l'Épargne*

**Avril 2016**

# DE LA NOTION DE « FONDS DE PENSION » À L'ÉMERGENCE DE L'INSTITUTION DE RETRAITE PROFESSIONNELLE

---

## SOMMAIRE

|  |          |
|--|----------|
| <b>DEUX CRITÈRES IDENTITAIRES PERMETTENT DE CERNER LA NOTION .....</b>   | <b>4</b> |
| <b>LES ASPECTS ÉCONOMIQUES À ABORDER.....</b>  | <b>5</b> |
| 1/ LA FISCALITÉ .....  | 5        |
| 2/ LE RISQUE FINANCIER ET SOLVENCY II .....  | 5        |
| 3/ L'AVANTAGE DE LA DÉTENTION D' ACTIONS .....   | 5        |
| <b>FINALITÉS PROFONDES DES FONDS DE PENSION.....</b>   | <b>6</b> |
| 1/ LES FINALITÉS DE CES "FONDS DE PENSION" QUE SONT LES "INSTITUTIONS DE<br>RETRAITE PROFESSIONNELLES" PEUVENT SE TROUVER DANS : .....   | 6        |
| 2/ C'EST SUR LES ÉLÉMENTS CI-DESSUS QUE DOIVENT SE CONSTRUIRE LES<br>MOYENS PERMETTANT DE DISTINGUER LES IRP DE L'ASSURANCE COLLECTIVE DES<br>PERSONNES. ET CECI À PARTIR DE : ..... | 7        |
| <b>RÈGLES DE GOUVERNANCE ET DE SOLVABILITÉ .....</b>   | <b>7</b> |

# DE LA NOTION DE « FONDS DE PENSION » À L'ÉMERGENCE DE L'INSTITUTION DE RETRAITE PROFESSIONNELLE

Par  
*Florence Legros, Directeur général de l'ICN Business School*  
*Jacques Barthélémy, avocat-conseil en droit social et ancien professeur associé à la*  
*faculté de droit de Montpellier,*  
*Philippe Crevel, Directeur du Cercle de l'Épargne*

## Considérations préliminaires

La notion de fonds de pension est, bien souvent galvaudée à l'image du contrat unique de travail. Elle ressemble à une auberge espagnole où chacun vient y rechercher ce qui l'arrange et lui plaît au vu de ses propres préoccupations. Certains pensent retraite quand d'autres y voient financement de l'économie. Quoi qu'il en soit, les mots « fonds de pension » sont fortement chargés émotionnellement, et ce, pour plusieurs raisons :

- D'une part, parce qu'ils ont été opposés à la retraite par répartition qui est un des piliers de notre pacte social. Promouvoir les fonds de pension reviendrait à fragiliser la répartition. Opposition factice et stérile car si rapport de forces il y a, il est largement dominé par la répartition qui représente plus de 97 % des dépenses de pensions ;
- D'autre part, parce que les pro-fonds de pension ont quelquefois utilisé des arguments manifestement fallacieux pour en faire la promotion (augmentation supposée de l'épargne des ménages, protection contre les fluctuations démographiques et l'allongement de l'espérance de vie...).

Les partisans de la capitalisation ont été accusés de ne voir dans son développement qu'un marché et un moyen de favoriser l'efficacité économique. À la solidarité intergénérationnelle, ils préféreraient un système plus individualiste.

Au vu de ce contexte, il est indispensable – au nom de l'intérêt général mais aussi pour écarter tout contresens et des stratégies fondées sur des postulats faux – de rechercher une définition, la plus rigoureuse possible. Cela implique la fixation de ses critères identitaires (I) ainsi que les aspects économiques (II). Au-delà, il convient d'en explorer les finalités profondes afin de bien marquer les différences entre l'assurance collective et avec l'épargne (III). Enfin, doivent émerger de ces spécificités des règles de gouvernance et de solvabilité (IV).

## DEUX CRITÈRES IDENTITAIRES PERMETTENT DE CERNER LA NOTION

1/ Le fonds de pension est avant tout un ensemble d'adhérents. C'est une communauté. Il suppose l'existence juridique d'une collectivité, celle des adhérents.

Le fonds de pension un groupement ayant des intérêts propres, distincts de la somme des intérêts individuels de ses membres. Il est doté d'un organe de direction dont la fonction est l'expression de ces intérêts. En d'autres termes, cette collectivité est une personne morale dotée d'un patrimoine. C'est pour cette raison que dans certains États, le fonds de pension est une fiducie (exemple : l'Angleterre ou la Suisse).

L'institution de prévoyance historique née de l'ordonnance de 1945 (article 18) et codifié ensuite dans l'article L4 du premier code, obéissait à cette identité. Au nom du droit de la concurrence et du fait de la loi du 8 août 1994 transposant les directives vie et non vie relatives à la libre concurrence en matière d'assurance des personnes, l'institution de prévoyance est devenue un organisme d'assurance. La conception institutionnelle historique subsiste toutefois dans les Institutions de Retraite Complémentaire obligatoire où, de ce fait, institution et régime se confondent. Ainsi l'AGIRC est aussi bien la fédération des institutions que le régime de retraite. Et c'est pour concrétiser la notion de fonds de pension qu'ont été créés les groupements Madelin, ayant une nature juridique d'association loi 1901 qui leur confère la personnalité morale.

C'est la personnalité juridique de la collectivité des adhérents/participants qui permet, en s'inspirant des principes de la fiducie, en particulier, la faculté de démembrement du patrimoine, d'écarter la qualification de contrat d'assurance, donc les exigences de libre concurrence (prohibition des positions dominantes abusives en particulier) et de liberté contractuelle ou d'entreprendre (en s'inspirant de l'intérêt général économique au sein du titre IV de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). De ce fait sont essentielles l'existence et l'action du conseil d'administration, instruments de l'expression collective.

Ensuite doivent être appréhendés les instruments permettant de sécuriser les droits individuels dans un univers marqué par l'organisation collective. Le décret du 8 juin 1946, pris en application de l'ancien article L4, distinguait deux sortes d'institutions : celles dans lesquelles les prestations étaient garanties par l'employeur et celles dans lesquelles les prestations pouvaient être révisées (donc éventuellement in pejus) lorsque les contributions nécessaires à leur alimentation devenaient incompatibles avec une gestion économique normale de l'entreprise. Si la seconde voie – qui a donné naissance à l'AGIRC et à l'ARRCO – se concrétise par le recours à la technique de répartition, pour la première, deux voies sont possibles pour garantir les prestations, la constitution de capitaux de couverture et le provisionnement des engagements.

Enfin, il y a lieu de définir ce qu'on entend par retraite. Si on dépasse l'idée de rente évaluée à partir du capital constitué à l'âge du départ à la retraite, donc d'un produit d'assurance individualisé peu important que le système soit collectif, il faut s'intéresser à deux questions complémentaires :

- D'abord aux droits du conjoint survivant mais aussi, oui ou non, des ayants droit ;
- Ensuite à l'éventuelle majoration du montant de la pension (sous forme d'une rente ?) en cas de perte d'autonomie. C'est la meilleure façon d'appréhender la dépendance.

## LES ASPECTS ÉCONOMIQUES À ABORDER

### 1/ la fiscalité

On s'accorde généralement sur le fait qu'il n'y a pas de raison d'accorder des avantages fiscaux spécifiques à l'épargne sauf :

- S'il s'agit d'une fonction sociale, l'exemple le plus couramment pris est celui du livret A, censé financer le logement social ;
- S'il convient de « compenser » une caractéristique négativement perçue : la rente ;
- La forme de la fiscalité doit tenir compte du risque financier, du terme de l'épargne (risque fiscal ou double loterie), du profil de revenu lié au terme de l'épargne (ex : décroissance des revenus implique fiscalité plus favorable à l'entrée).

On peut donc défendre l'argument fiscal pour les fonds de pension et leur sortie en rente.

### 2/ le risque financier et Solvency II

Il nous semble qu'il faut plaider pour une mutualisation inter-temporelle et démontrer que le risque baisse avec la durée de détention

Si le risque baisse avec la durée de détention, c'est que le profil de risque lié aux actifs financiers (en particulier actions) se déforme avec le temps. Il est donc exclu de considérer que 30 ans c'est 30 fois un an. La directive Solvency II paraît de ce fait inadaptée pour les fonds de pension.

### 3/ L'avantage de la détention d'actions

- Elle permet de financer l'économie ;
- Elle désintermédie l'économie et abaisse les coûts de financement.

Le placement « actions » est sur le long terme le placement potentiellement le plus en phase avec les besoins retraite. Le recours par tous les fonds de pension à des poches « actions » n'est pas le fruit du hasard. Néanmoins, il ne faut pas faire de cette allocation « actions » l'objectif numéro 1 du développement des fonds de pension. En effet, en économie, il est bien connu qu'un instrument à qui on fixe plusieurs objectifs a vocation à n'en atteindre aucun. L'objectif des fonds de pension, c'est la délivrance de rentes pour assurer des revenus aux retraités. Si demain les actions se révèlent un meilleur placement, les fonds de pension auront le devoir de changer leur politique d'allocation.

## **FINALITÉS PROFONDES DES FONDS DE PENSION**

### **1/ Les finalités de ces "fonds de pension" que sont les "institutions de retraite professionnelles" peuvent se trouver dans :**

- Leur fonction sociale, ce qui implique une réflexion complémentaire sur le rôle que doit ou simplement peut y jouer la solidarité ;
- Leur rôle dans le développement économique, donc l'emploi. Il ne fait aucun doute, par exemple, que la possibilité de provision en interne déductibles fiscalement de l'IS dans les régimes de retraite allemands matérialisés par des revenus de substitution au salaire directement dus par l'entreprise a fortement aidé la croissance dans la période pendant laquelle les provisions se constituaient progressivement. Au contraire, en France, sans nier qu'il s'agissait bien d'une charge d'exploitation puisque l'entreprise se créait une obligation, la loi a subordonné la déduction fiscale au désistement des droits provisionnés entre les mains d'un tiers. Or, un fonds de pension n'est pas un tiers par rapport aux participants du régime ;
- Leur rôle dans la mise en œuvre de droits fondamentaux de l'Homme (tels celui à la santé, à la dignité, à un revenu raisonnable, à la conciliation entre vie personnelle et vie professionnelle) et de l'employabilité (droit subjectif complétant le droit objectif à l'emploi), tels celui de la mobilité, à l'adaptation des compétences et plus généralement de la mutualisation des contributions en matière de formation. L'existence d'un pot commun sur lequel le travailleur a un droit de tirage social favorise, par la mutualisation qui n'est qu'un moyen au service d'un objectif, des stratégies de ce type ;
- La transférabilité et la portabilité des droits, rendues aisées par la constitution d'un pot commun appartenant à la collectivité des participants, sont de nature à accompagner les changements dans la vie professionnelle individuelle, donc à favoriser les libertés individuelles d'un côté, les mutations de l'emploi liées aux effets des progrès des TIC et du numérique d'un autre côté.

La notion d'institution de retraite professionnelle s'inscrit dans la perspective d'accès à l'intérêt économique général, en particulier au sens de l'article 36 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. C'est cette qualité qui justifie un traitement fiscal de faveur pour les contributions, voire les prestations.

## **2/ C'est sur les éléments ci-dessus que doivent se construire les moyens permettant de distinguer les IRP de l'assurance collective des personnes. Et ceci à partir de :**

- D'une part, la prééminence du collectif sur l'individuel. L'assurance collective des personnes repose sur l'individualisation des droits bien qu'il soit fait appel aux instruments permettant d'appréhender la réalité du risque sur une collectivité ; cela éclaire au demeurant le sens donné à la notion de mutualisation ;
- D'autre part la technique de provisionnement des engagements et de constitution progressive des capitaux de couverture des risques, évaluée actuariellement et se traduisant par une individualisation des droits, peu important que le capital soit aliéné.

L'autogestion induit un sens spécifique à la mutualisation et la concrétisation de manière spécifique de la fonction démocratique interne à la collectivité fondée sur l'idée de bien collectif qui favorise l'émergence d'objectifs, donc de prestations, particuliers. On songe ici par exemple à la dépendance, matérialisée par une majoration de la rente (ou de la pension).

### **RÈGLES DE GOUVERNANCE ET DE SOLVABILITÉ**

Organisation collective et autogestion posent en des termes particuliers – parce que l'institution n'est pas un tiers par rapport aux assurés – la question de la solvabilité et des moyens de son contrôle. Il est ici plus fait confiance à la démocratie interne. Cela induit des moyens propres, tirés de la gouvernance de l'institution conférant la personnalité morale à la collectivité des participants.

L'exigence d'information et de traitement de l'information ne se situe plus sur le terrain du droit des tiers et donc de la projection. L'obligation de loyauté du prestataire de services à l'égard du client cède la place à celle de consentement éclairé dans les instances décisionnelles.

De même, des choix autres que ceux de sacrifier sans nuance à la prudence peuvent se concrétiser au vu d'objectifs à caractère social, sans qu'une faute puisse être reprochée par le participant (du reste à qui ? en fait à lui-même !), par exemple en cas de diminution du montant de ses revenus.

Dans cette perspective, l'intermédiaire, l'expert joue un rôle de conseil, de metteur en forme, le patrimoine étant dans le giron des assurés. Et cela fixe en d'autres termes la nature de la relation entre lui et la collectivité des adhérents.

### **Considérations conclusives**

Si – et c'est ce qui résulte des débats lors du dîner du Conseil scientifique du Cercle de l'épargne – est démontré que l'émergence, dans le droit positif, de la notion de fonds de pension (en faisant appel à la notion d'institution) est utile à l'intérêt général, il faut absolument :

- Éliminer les "a priori", positifs ou négatifs du reste, qui peuvent être des obstacles, par des mauvaises-compréhension des objectifs, à la création d'un outil utile ;
- Bien dissocier autogestion par la collectivité des participants et recours à un tiers assureur ;
- maîtriser le concept de retraite dans ses définitions juridiques, économiques, sociologiques ;
- Positionner particulièrement (en France par rapport à ce qui peut exister ailleurs) la construction en tenant compte d'un côté de ce que recouvre le premier pilier de la protection sociale (régime légal de base et régimes complémentaires obligatoires d'essence conventionnelle), d'un autre côté la concurrence avec l'assurance collective, avec l'épargne au vu de la retraite, avec l'épargne collective d'entreprise.

**Retrouvez la lettre et toutes les informations concernant le Cercle sur notre site :**

[www.cerclEDELEPARGNE.fr](http://www.cerclEDELEPARGNE.fr)

Sur le site vous pouvez accéder à :

- L'actualité du Cercle
- Les bases de données économiques et juridiques
- Les simulateurs épargne/retraite du Cercle

**Le Cercle de l'Épargne**, de la Retraite et de la Prévoyance est un centre d'études et d'information présidé par Jean-Pierre Thomas et animé par Philippe Crevel.

Le Cercle a pour objet la réalisation d'études et de propositions sur toutes les questions concernant l'épargne, la retraite et la prévoyance. Il entend contribuer au débat public sur ces sujets.

Pour mener à bien sa mission le Cercle est doté d'un Conseil Scientifique auquel participent des experts reconnus en matière économique, sociale, démographique, juridique, financière et d'étude de l'opinion.

**Le Conseil Scientifique du Cercle** comprend **Robert Baconnier**, ancien Directeur général des impôts et ancien Président de l'Association Nationale des Sociétés par Actions, **Jacques Barthélémy**, avocat conseil en droit social et ancien professeur associé à la faculté de droit de Montpellier, **Philippe Brossard**, chef économiste d'AG2R LA MONDIALE, **Jean-Marie Colombani**, ancien Directeur du Monde et fondateur de Slate.fr, **Jean-Paul Fitoussi**, professeur des universités à l'IEP de Paris, **Jean-Pierre Gaillard**, journaliste et chroniqueur boursier, **Christian Gollier**, Directeur de la Fondation Jean-Jacques Laffont - Toulouse Sciences Économiques, membre du Laboratoire d'Économie des Ressources Naturelles (LERNA) et Directeur de recherche à l'Institut d'Économie Industrielle (IDEI) à Toulouse, **François Héran**, ancien Directeur de l'INED et Directeur du département des sciences humaines et sociales de l'Agence Nationale de la Recherche, **Jérôme Jaffré**, Directeur du CECOP, **Florence Legros**, Directrice Générale d'ICN Business School et **Jean-Pierre Thomas**, ancien député et Président de Thomas Vendôme Investment.

Les études de l'épargne, de la retraite et de la prévoyance sont une publication du Cercle de l'Épargne.

Comité de rédaction : Philippe Crevel, Sarah Le Gouez

**Contact relations presse, gestion du Mensuel :**

Sarah Le Gouez

06 13 90 75 48

[slegouez@cerclEDELEPARGNE.fr](mailto:slegouez@cerclEDELEPARGNE.fr)