PROTECTION SOCIALE

SÉCURITÉ SOCIALE : ORGANISATION, FINANCEMENT

MINISTÈRE DES SOLIDARITÉS
ET DE LA SANTÉ

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE,
DES FINANCES ET DE LA RELANCE

MINISTÈRE DU TRAVAIL,
DE L'EMPLOI ET DE L'INSERTION

Direction de la sécurité sociale

Sous-direction des retraites et des institutions
de la protection sociale complémentaire

Bureau des régimes professionnels de retraite
et institutions de la protection sociale complémentaire (3C)

Sous-direction du financement de la sécurité sociale

Bureau de la législation financière sociale et fiscale (5B)

Instruction interministerielle n° DSS/3C/5B/2020/135 du 27 juillet 2020 relative à la fermeture des régimes de retraite conditionnant la constitution de droits à prestations à l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise en application de l'ordonnance n° 2019-697 du 3 juillet 2019

NOR : *SSAS2020562J*

Date d'application : immédiate.

Résumé : l'ordonnance n° 2019-697 du 3 juillet 2019 relative aux régimes professionnels de retraite supplémentaire transpose la directive 2014/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les États membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire, en prohibant dans tous les contrats de retraite professionnelle supplémentaire l'aléa de l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise au moment de la liquidation pour bénéficier des prestations attachées.

La présente instruction précise les modalités d'application des dispositions de l'ordonnance relatives à la fermeture des régimes de retraite conditionnant la constitution de droits à prestations à l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise.

Mention outre-mer : l'instruction est applicable aux départements et régions d'outre-mer régis par l'article 73 de la Constitution à l'exception de Mayotte pour ce qui concerne les dispostions issues du livre 1 du code de la sécurité sociale.

S'agissant des collectivités régies par l'article 74 de la Constitution, l'instruction est applicable à Saint-Barthélemy et Saint-Martin. Elle n'est en revanche pas applicable à Saint-Pierre-et-Miquelon pour ce qui concerne les dispostions issues du livre 1 du code de la sécurité sociale, Wallis-et-Futuna, en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie.

Mots clés : régimes professionnels de retraite supplémentaire – régime de retraite supplémentaire à droits aléatoires – régime de retraite à prestations définies.

Références :

Ordonnance n° 2019-697 du 3 juillet 2019 relative aux régimes professionnels de retraite supplémentaire ;

Articles L. 143-0 à L. 143-9 et L. 370-2 du code des assurances ;

Articles L. 136-1-1, L. 137-11, L. 137-11-1, L. 137-11-2 et L. 241-3 et L. 932-40 à L. 932-48-1 du code de la sécurité sociale ;

Articles L. 222-3 à L. 222-12 du code de la mutualité ;

Circulaire n° DSS/5B/5C/2004/105 du 8 mars 2004 relative à la contribution à la charge de l'employeur sur les régimes de retraite conditionnant la constitution de droits à prestations à l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise.

Le ministre de l'économie, des finances et de la relance, la ministre du travail, de l'emploi et de l'insertion et le ministre des solidarités et de la santé à Monsieur le directeur de l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale ; Monsieur le directeur général de la Caisse centrale de la mutualité agricole.

L'ordonnance du 3 juillet 2019 relative aux régimes professionnels de retraite supplémentaire prévoit, à compter du 5 juillet 2019, l'interdiction d'instaurer dans les régimes de retraite professionnelle supplémentaire un aléa lié à l'achèvement de la carrière dans l'entreprise pour bénéficier des prestations attachées, ainsi que d'affilier de nouveaux bénéficiaires aux régimes à droits aléatoires existants. En outre, aucun nouveau droit supplémentaire conditionnel à prestations ne peut être acquis dans les régimes existants au titre des périodes d'emploi postérieures au 31 décembre 2019.

L'ordonnance n'est toutefois pas applicable aux régimes existants à droits aléatoires qui ont cessé au plus tard le 20 mai 2014 d'accepter de nouveaux affiliés actifs et restent fermés à de nouvelles affiliations. Les bénéficiaires de ces régimes peuvent donc continuer d'acquérir de nouveaux droits, y compris après l'entrée en vigueur de l'ordonnance, ces derniers étant soumis à l'aléa de la présence dans l'entreprise au moment de la liquidation. Il en va de même pour les droits afférents aux périodes d'emploi accomplies avant la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance.

La présente instruction vient préciser les modalités de fermeture des régimes à droits aléatoires existants et de gel des droits aléatoires accumulés jusqu'au 31 décembre 2019.

L'ordonnance pose le principe d'une interdiction d'affiliation de nouveaux bénéficiaires à compter du 5 juillet 2019 et d'acquisition de droits aléatoires à compter du 1er janvier 2020. Il revient donc aux employeurs de respecter cette interdiction, qui présente un caractère d'ordre public. Toute clause contraire à cette interdiction est nulle de plein droit et donc inapplicable sans obligation de dénonciation des règlements et contrats antérieurs.

Une telle nullité ne saurait cependant dispenser l'employeur du respect de son devoir d'information des bénéficiaires concernés ou susceptibles de l'être.

1. Conditions d'appréciation au 4 juillet 2019 des bénéficiaires des régimes de retraite conditionnant la constitution de droits à prestations à l'achèvement de la carrière du bénéficiaire dans l'entreprise

Les précisions suivantes peuvent être apportées s'agissant de l'appréciation des bénéficiaires au 4 juillet 2019 des régimes de retraite à droits aléatoires désormais fermés.

Aucun nouveau bénéficiaire ne peut être intégré à un régime à prestations définies à droits aléatoires depuis le 5 juillet 2019.

Il y a lieu de considérer trois types de conditions d'application des régimes de retraite :

- les conditions d'entrée dans le champ d'application du régime (notamment, le cas échéant, les catégories de salariés concernées), qui doivent être remplies au 4 juillet 2019, hors conditions d'ancienneté, lesquelles peuvent être appréciées lors de la liquidation des droits, sous réserve d'une modification du règlement du régime. Lorsque la condition d'entrée dans le champ d'application du régime est une condition de durée, celle-ci peut être vérifiée au 31 décembre 2019 ;
- les conditions relatives au bénéfice des prestations (conditions qui doivent être justifiées au moment de la liquidation des droits) : ces conditions devront être remplies au moment de la liquidation des droits à retraite, au même titre que la condition d'achèvement de la carrière dans l'entreprise ;
- les conditions relatives à l'acquisition des droits : elles ne doivent pas être prises en compte pour la détermination des bénéficiaires au 4 juillet 2019. Les conditions d'appréciation des bénéficiaires du champ d'application du régime au 4 juillet 2019 restent celles précisées supra.

Exemple 1 : *un règlement prévoit que tous les salariés et assimilés membres du comité exécutif (COMEX) ou de direction d'une entreprise entrent dans le champ d'application du régime de retraite à prestations définies à droits aléatoires (condition pour entrer dans le champ d'application du régime). Ils acquièrent des droits année après année (conditions d'acquisition des droits) et doivent comptabiliser 10 ans d'ancienneté dans l'entreprise au moment du départ en retraite pour bénéficier des prestations (conditions pour le bénéfice des prestations).*

Au 4 juillet 2019, doivent être considérés comme bénéficiaires du régime les seuls salariés et assimilés membres à cette date du comité exécutif ou de direction de l'entreprise.

La condition d'ancienneté devra être vérifiée au moment du départ en retraite de chacun des bénéficiaires. En conséquence, les salariés et assimilés totalisant 10 ans d'ancienneté dans l'entreprise au moment de leur départ en retraite mais n'étant pas membre du comité exécutif ou de direction de l'entreprise au 4 juillet 2019 ne pourront pas bénéficier de droits aléatoires.

*Pour le calcul des droits des bénéficiaires du régime, qui sont, dans le cas d'espèce, accumulés année après année, voir ci-dessous (*cf. *point 2).*

Exemple 2 : *un règlement prévoit que tous les salariés dont la rémunération annuelle moyenne des deux dernières années d'activité excède 4 plafonds annuels de la sécurité sociale entrent dans le champ d'application du régime de retraite à prestations définies à droits aléatoires (condition de durée pour entrer dans le champ d'application du régime). Ils acquièrent des droits année après année (conditions d'acquisition des droits).*

Au 4 juillet 2019, doivent être considérés comme bénéficiaires du régime les seuls salariés dont la rémunération annuelle moyenne des deux dernières années au 4 juillet 2019 excède 4 plafonds annuels de la sécurité sociale. La rémunération annuelle moyenne peut être appréciée sur la base de la rémunération annuelle moyenne perçue sur les années calendaires 2018 et 2019.

*Pour le calcul des droits des bénéficiaires du régime, qui sont, dans le cas d'espèce, accumulés année après année, voir ci-dessous (*cf. *point 2).*

Exemple 3 : *un règlement prévoit que tous les salariés cadres entrent dans le champ d'application du régime de retraite à prestations définies à droits aléatoires (condition pour entrer dans le champ d'application du régime). Ils acquièrent une prestation de retraite égale à 10 % du salaire de fin de carrière s'ils totalisent 15 ans d'ancienneté dans l'entreprise au moment du départ en retraite (conditions pour le bénéfice des prestations).*

Au 4 juillet 2019, doivent être considérés comme bénéficiaires les seuls salariés cadres à cette date.

La condition d'ancienneté devra être justifiée au moment du départ à la retraite de chacun des salariés cadres de l'entreprise. L'ensemble des salariés cadres présents dans l'entreprise au 4 juillet 2019 et totalisant 15 ans d'ancienneté au moment de leur départ en retraite pourront bénéficier de la prestation de droits aléatoires.

*Pour le calcul des droits des bénéficiaires du régime, voir ci-dessous (*cf. *point 2).*

Exemple 4 : *un règlement prévoit que tous les salariés cadres ayant plus de 3 ans d'ancienneté en tant que cadre entrent dans le champ d'application du régime de retraite à prestations définies à droits aléatoires (condition pour entrer dans le champ d'application du régime). Au moment du départ en retraite, ils acquièrent une prestation de retraite égale à 1 % du salaire de fin de carrière, multiplié par le nombre d'année d'ancienneté dans des fonctions d'encadrement (conditions relative à l'acquisition des droits).*

Au 4 juillet 2019, doivent être considérés comme bénéficiaires les salariés cadres ayant plus de trois ans d'ancienneté en tant que cadres à cette date. Les cadres présents à l'effectif au 4 juillet 2019 mais ayant moins de trois ans d'ancienneté dans des fonctions d'encadrement au 4 juillet 2019 peuvent être considérés comme bénéficiaires du régime s'ils totalisent trois ans d'ancienneté au moment de leur départ en retraite et si l'employeur modifie le règlement du régime en ce sens.

*Pour le calcul des droits des bénéficiaires du régime, voir ci-dessous (*cf. *point 2).*

Peuvent également être considérés comme des bénéficiaires de droits aléatoires au 4 juillet 2019 :

- les salariés et assimilés qui ont répondu aux critères posés par les régimes avant le 4 juillet 2019 ;
- les salariés et assimilés qui ont été dans le champ d'application du régime avant le 4 juillet 2019 et dont le contrat de travail est suspendu, quelle qu'en soit la raison (congé maternité, accident du travail, maladie ...), ou rompu avec promesse de réintégration, pour cause de détachement ou d'expatriation dans une autre entreprise du groupe ;
- dans le cas où le règlement ou le contrat ne définit pas le champ d'application du régime mais seulement les conditions d'acquisition de droits et les conditions de bénéfice des prestations (par exemple, tout salarié bénéficiant de 15 ans d'ancienneté dans l'entreprise au moment de son départ en retraite bénéficiera d'une retraite supplémentaire représentant 10 % de sa rémunération de fin de carrière), les salariés assimilés présents dans l'effectif de l'entreprise au 4 juillet 2019.

Tout agent d'un corps de contrôle pourra demander communication des éléments prouvant la réalisation des conditions fixées pour le bénéfice du régime.

2. **Modalités de gel des droits aléatoires au 31 décembre 2019**

Le VI de l'article L. 137-11 du code de la sécurité sociale, tel qu'issu de l'ordonnance, permet aux bénéficiaires de droits aléatoires de conserver les droits aléatoires à retraite accumulés jusqu'au 31 décembre 2019. Ils pourront bénéficier des prestations attachées lorsque la condition de réalisation de l'aléa spécifié dans le régime se réalise.

Ainsi, continuent de bénéficier des dispositions mentionnées à l'article L. 137-11 du code de la sécurité sociale les contributions patronales versées à tout moment et destinées à couvrir les droits gelés au 31 décembre 2019 ainsi que, le cas échéant, leurs revalorisations prévues par le contrat ou le règlement.

Pour permettre la cristallisation des droits, un acte de droit du travail peut préciser si nécessaire les modalités du gel au regard des conditions du régime, notamment pour prévoir des modalités particulières d'application dans les conditions précisées infra. Ces modalités particulières ne doivent pas entrer en contradiction avec les dispositions de l'ordonnance interdisant l'acquisition de nouveaux droits aléatoires après le 31 décembre 2019. Afin de tenir compte des délais inhérents à la modification des actes instituant les garanties dans l'entreprise, l'acte de droit du travail devra avoir été conclu ou porté à la connaissance des bénéficiaires concernés ou susceptibles de l'être avant le 31 décembre 2020.

Pour la détermination des droits gelés au 31 décembre 2019, le salaire de référence à considérer est celui prévu par le règlement. Sont présentés ci-dessous des exemples non exhaustifs de règlements de régimes à prestations définies à droits aléatoires. Pour les règlements ici décrits, les modalités de gel des droits présentées infra doivent être entendues comme des plafonds. Toute modalité de gel des droits aboutissant à un calcul de droits gelés inférieurs ou égaux à ces plafonds peut être mise en œuvre sans remettre en cause le bénéfice des dispositions mentionnées au I de l'article L. 137-11 du code de la sécurité sociale.

Cas des règlements avec une condition d'acquisition des droits selon un rythme périodique :

Cas d'une périodicité annuelle : les droits aléatoires accumulés au 31 décembre 2019 sont gelés, en appliquant le taux de pourcentage de droits accumulés à cette date au salaire de référence défini par le règlement. Aucun droit aléatoire ne peut être acquis par le salarié après cette date.

Exemple 5 : *un règlement garantit pour les bénéficiaires du régime une prestation égale à 1,5 % du salaire de fin de carrière par année d'ancienneté (conditions d'acquisition des droits). Un salarié admis dans la catégorie des bénéficiaires du régime a 5 ans d'ancienneté au 31 décembre 2019. L'entreprise peut donc geler pour lui 1,5 % × 5 ans = 7,5 % de son salaire de fin de carrière.*

Au moment de son départ en retraite en 2023, son salaire annuel de fin de carrière est de 55 000 €. S'il respecte l'ensemble des conditions de bénéfice des prestations prévues par le règlement (présence dans l'entreprise, le cas échéant depuis au moins 10 années par exemple), il percevra 4 125 € annuels de prestations (55 000 × 1,5 % × 5). Il ne pourra percevoir aucun droit supplémentaire au titre de la période 2020-2023.

Cas d'une périodicité supra-annuelle (règlements prévoyant des conditions d'acquisition de droits pluri-annuelles) : dans les cas où, au 31 décembre 2019, les bénéficiaires n'ont pas atteint la durée nécessaire à l'acquisition de droits, les entreprises ont la faculté de geler des droits à due proportion.

Exemple 6 : *un règlement garantit pour les bénéficiaires du régime une prestation égale à 5 % du salaire de fin de carrière à chaque palier de cinq ans dans l'entreprise atteint par le salarié. Au 31 décembre 2019, un salarié admis dans la catégorie des bénéficiaires du régime avant le 4 juillet 2019 totalise neufs ans d'ancienneté.*

Un acte de droit du travail peut permettre de geler au 31 décembre 2019 des droits au prorata de l'ancienneté effective de chaque salarié admis dans la catégorie des bénéficiaires. Dans l'exemple présenté supra, des droits aléatoires pourront être gelés à hauteur de 9 % du salaire de fin de carrière : 5 % correspondant au premier palier de 5 ans effectué par le bénéficiaire et 4 % correspondant à une proratisation du second palier atteint à 4/5 uniquement.

Lors de son départ à la retraite en 2030, le salaire annuel de fin de carrière du salarié est de 55 000 €. Il percevra donc 4 950 € annuels de prestations au titre du régime de retraite supplémentaire à prestations définies (55 000 € × 9 %).

Cas des droits acquis sur la base d'un pourcentage fixe d'un salaire de référence (sans aucune référence à une condition d'acquisition par année d'ancienneté) : les droits gelés au 31 décembre 2019 correspondent au pourcentage, défini par le contrat ou le règlement, du salaire de référence même si celui-ci n'est pas encore connu.

Exemple 7 : *un règlement garantit pour les bénéficiaires du régime une prestation égale à 15 % du salaire de fin de carrière, dès lors qu'ils totalisent trois ans d'ancienneté dans l'entreprise au moment du départ en retraite. Ce règlement ne prévoit donc aucune condition de création des droits mais uniquement une condition de bénéfice des prestations. L'entreprise peut geler pour chaque bénéficiaire admis dans la catégorie des bénéficiaires, 15 % de son salaire de fin de carrière. Au moment de son départ en retraite en 2022, un salarié admis dans la catégorie des bénéficiaires du régime avant le 4 juillet 2019 a cinq ans d'ancienneté. Son salaire annuel de fin de carrière est de 55 000 €.*

Le salarié pourra bénéficier de la totalité des droits et percevra 8 250 € annuels de prestations au titre du régime de retraite supplémentaire (55 000 € × 15 %).

Exemple 8 : *un règlement garantit pour les bénéficiaires du régime de l'entreprise une prestation égale à 10 % du salaire de fin de carrière, dès lors que le niveau de rémunération a atteint 100 000 € brut au moment du départ en retraite. Ce règlement ne prévoit aucune condition de création des droits mais uniquement une condition de bénéfice des prestations. Au 31 décembre 2019, un salarié admis dans la catégorie des bénéficiaires du régime est rémunéré 70 000 € brut annuels. Toutefois, au moment de son départ en retraite, il est rémunéré à hauteur de 105 000 €.*

Cette condition devant s'apprécier à la fin de la carrière du salarié, il peut bénéficier de l'intégralité des droits, lors de son départ en retraite, soit 105 000 € × 10 % = 10 500 €.

Cas des régimes différentiels :

Dans le cadre des régimes différentiels (acquisition de droits versés sous déduction des prestations perçues au titre des régimes de retraite légalement ou conventionnellement obligatoires auxquels est affilié le bénéficiaire) prévoyant une condition d'ancienneté pour l'acquisition des droits ou un calcul des droits en fonction du nombre d'années d'ancienneté, la proratisation s'applique sur la différence entre le taux de remplacement prévu par le règlement et le taux de remplacement induit par les régimes de retraite légalement ou conventionnellement obligatoires, ou de toute autre prestation prévue par le règlement pour déduction (capitaux de fin de carrière, contrat « article 82 », etc.).

Comme le taux de remplacement induit par les régimes de retraite légalement ou conventionnellement obligatoires ne peut être connu que lors du départ effectif à la retraite du salarié, le différentiel de taux de remplacement à cristalliser ne peut pas être connu à la date de la cristallisation des droits. L'acte de droit du travail visant à cristalliser les droits peut donc indiquer la formule de calcul des droits qui sera retenue lors du départ effectif à la retraite des salariés.

Les contributions patronales versées à tout moment et destinées à couvrir les droits gelés au 31 décembre 2019 sur la base d'une telle formule de calcul et d'une estimation réaliste du taux de remplacement induit par les régimes de retraite légalement ou conventionnellement obligatoires (ou par toute autre prestation prévue par le règlement pour déduction), de l'âge effectif de départ à la retraite du bénéficiaire et des autres paramètres permettant de calculer la rente à la liquidation continuent de bénéficier des dispositions de l'article L. 137-11 du code de la sécurité sociale.

Condition d'acquisition de droits selon un rythme périodique :

Exemple 9 : *un règlement garantit à ses bénéficiaires un niveau de retraite égal à 4 % du salaire annuel de fin de carrière par année d'ancienneté, sous déduction des rentes versées par les régimes légaux et conventionnels obligatoires, dans la limite d'un taux de remplacement global de 80 %. Un salarié admis dans la catégorie des bénéficiaires du régime a 15 ans d'ancienneté au 31 décembre 2019. En 2021, il décide de partir à la retraite. Son salaire annuel de fin de carrière est de 46 000 €. Il perçoit 23 000 € de prestations des autres régimes de retraite obligatoire, soit un taux de remplacement des régimes légaux de 50 %.*

En l'absence de publication de l'ordonnance du 3 juillet 2019, avec 17 ans d'ancienneté en 2021, le salarié aurait pu prétendre à un taux de remplacement de 68 %, soit 18 points de plus que le taux de remplacement dont il bénéficie avec ses régimes de retraite obligatoires. Toutefois, du fait de l'interdiction de création de droits aléatoires à compter du 31 décembre 2019, date à laquelle il ne comptait que 15 ans d'ancienneté, ce salarié ne peut cristalliser que 15/17 de ces 18 points supplémentaires, soit 15,9 points. Son taux de remplacement cristallisé au 31 décembre 2019 est donc de 65,9 %.

Toutefois, lors de la cristallisation des droits, une estimation réaliste des rentes offertes par les régimes légaux et de la date et de l'âge de liquidation du salarié conduisent à estimer un supplément de taux de remplacement supérieur à 15,9 points. Les éventuels versements de l'employeur effectués chaque année en vue de financer cette estimation du supplément de taux de remplacement bénéficient des dispositions de l'article L. 137-11.

Exemple 10 : *un règlement garantit à ses bénéficiaires un niveau de retraite égal à 70 % du salaire annuel de fin de carrière. Le règlement prévoit une condition d'acquisition des droits de 10 ans d'ancienneté dans l'entreprise. Un des salariés de l'entreprise a 9 ans d'ancienneté au 31 décembre 2019. Lorsqu'il liquide sa retraite en 2021, son salaire annuel de fin de carrière est de 46 000 €. Il perçoit 23 000 € de prestations des autres régimes de retraite obligatoire, soit un taux de remplacement de 50 % de son salaire annuel de fin de carrière.*

Un acte de droit du travail peut permettre de geler des droits pour ce salarié au prorata de son ancienneté effective au 31 décembre 2019, soit 9 ans, sur la durée requise pour acquérir des droits. Dans ce cadre, le salarié peut bénéficier d'un niveau de retraite égal à 9/10 du supplément de taux de remplacement que lui aurait garanti le régime de « retraite chapeau » en l'absence de publication de l'ordonnance du 3 juillet 2019 ; le taux de remplacement aurait alors été de 70 %, soit 20 points de plus que celui offert par les régimes de retraite légalement ou conventionnellement obligatoires dont bénéficie le salarié. Le salarié pourra donc bénéficier d'un supplément de taux de remplacement de 9/10 de 20 points, soit 18 points. Le salarié pourra ainsi percevoir 8 280 € annuels de prestations au titre du contrat de retraite supplémentaire à prestations définies ((70 %-50 %) × 0,9 = 18 % × 46 000 € = 8 280 €).

Absence de condition d'acquisition des droits, mais condition de bénéfice des prestations :

Exemple 11 : *un règlement garantit un niveau de retraite égal à 70 % du salaire annuel de fin de carrière sous déduction des rentes versées par les régimes légaux et conventionnels obligatoires pour ses bénéficiaires ayant plus de 4 ans d'ancienneté dans l'entreprise lors de leur départ en retraite (condition de bénéfice des prestations). L'un des salariés de l'entreprise a moins de 4 ans d'ancienneté au 31 décembre 2019. Lorsqu'il liquidera sa retraite en 2025, il totalisera plus de 4 ans d'ancienneté.*

La condition de bénéfice des prestations devant s'apprécier à la fin de la carrière du salarié, ce dernier pourra bénéficier de la totalité des droits. Son salaire annuel de fin de carrière est de 46 000 €. Il perçoit 23 000 € de prestations des autres régimes de retraite obligatoire. Il percevra donc 9 200 € annuels de prestations au titre du contrat de « retraite chapeau » (46 000 € × 70 % = 32 200 € – 23 000 € = 9 200 €).

Pour les ministres et par délégation :
Le directeur de la sécurité sociale,
F. Von Lennep