

N° 365523

Mme M...

1^{ère} et 6^{ème} sous-sections réunies

Séance du 26 février 2014

Lecture du 24 mars 2014

CONCLUSIONS

M. Alexandre LALLET, rapporteur public

Dans un récent rapport consacré à « *la situation des polypensionnés* », le conseil d'orientation des retraites mettait en évidence les ambiguïtés de la législation applicable à ces personnes qui ont cotisé, au cours de leur carrière, à plusieurs régimes. Législation qui leur est pour partie favorable, et pour partie défavorable. Cette ambiguïté peut exister pour le bénéfice d'un même avantage de retraite. Tel est le cas, vous allez le voir, pour la majoration de la durée d'assurance prévue au bénéfice des parents du fait de la naissance ou de l'éducation d'un ou plusieurs enfants, à raison de 8 trimestres par enfant.

Afin d'éviter que cette majoration ne s'impute sur chaque régime auquel un polypensionné a cotisé, l'article R. 173-15 du code de la sécurité sociale fixe des règles de priorité qu'il convient de rappeler rapidement :

- Le 1^{er} alinéa pose une règle de priorité du régime général, lorsque la personne a cotisé à la fois au régime général et à un régime de non-salariés au cours de sa carrière ;
- Le 2^{ème} alinéa prévoit que, pour les personnes qui n'ont cotisé que dans des régimes de non-salariés, la majoration s'impute sur la pension due au titre de la dernière activité ou, en cas d'affiliations simultanées, sur la pension la plus élevée
- Le 3^{ème} alinéa donne priorité à certains régimes spéciaux, comme celui des fonctionnaires, sur les autres régimes, y compris le régime général.

Mme M... fait partie de ces « polypensionnés » puisqu'elle a cotisé à trois régimes : le régime général, au titre d'une activité salariée qu'elle a exercée dans les premières années de sa vie professionnelle ; au régime des salariés agricoles, dans les mêmes conditions ; et, pour l'essentiel de sa carrière, au régime des avocats. Alors qu'elle entendait faire valoir ses droits à la retraite, elle a constaté que la majoration de la durée d'assurance au titre des trois enfants qu'elle a eus, soit 24 trimestres, avait été imputée non sur la pension versée par la Caisse nationale des barreaux français, mais, conformément au 1^{er} alinéa de l'article R. 173-15, à celle due par le régime général. S'estimant lésée, elle a demandé au Premier ministre d'abroger l'article 2 du décret n° 2011-601 du 27 mai 2011 qui a modifié cet article R. 173-15 pour y inclure le régime des avocats. Elle vous demande d'annuler le refus implicite qui lui a été opposé.

Il convient à titre liminaire de bien mesurer la portée du dispositif, sur lequel la requérante se méprend en partie.

Le montant de la pension est fonction de trois paramètres : le taux de liquidation, le salaire de référence et le coefficient de proratisation¹, ce dernier permettant de déterminer ce que chaque régime doit verser, en fonction de la durée d'affiliation dans chacun d'eux.

La règle de coordination litigieuse est sans incidence sur le taux de liquidation et, en particulier sur le bénéfice du taux plein dans chacun des régimes et l'application d'une éventuelle décote ou surcote. En effet, le droit à bénéficier du taux plein s'apprécie en tenant compte des trimestres validés dans l'ensemble des régimes, donc en intégrant, le cas échéant, la majoration pour enfants (art. R. 351-4 et R. 351-27 du CSS).

La règle litigieuse n'intervient que pour le **calcul de la durée d'assurance respective dans chaque régime**, qui permet de fixer le « coefficient de proratisation ». En majorant la durée d'assurance dans le régime sur lequel elle s'impute, la majoration pour enfants va augmenter le coefficient de proratisation de ce régime. Mais, contrairement à ce que suggère le ministre, cette opération est loin d'être neutre sur le montant de la pension servie, car **il est nettement plus intéressant de valider des trimestres dans le régime dans lequel le salaire de référence est le plus élevé**. En l'occurrence, c'est, de loin, celui d'avocat, plutôt que le régime général pour lequel Mme M... n'a travaillé que quelques années à partir de ses 16 ans, pour un salaire assez modeste. Si la majoration avait été imputée sur sa retraite d'avocate, elle lui aurait permis de recevoir une pension supérieure.

Mme M... invoque la méconnaissance du principe d'égalité à deux niveaux.

En premier lieu, elle se plaint d'une différence de traitement entre les avocats, selon qu'ils sont mono- ou polypensionnés. Mais cette critique se heurte au fait que l'article R. 173-15 se borne à régir la situation des polypensionnés, qui est par nature différente de celle des monopensionnés puisqu'elle implique d'éviter un cumul de majoration, donc de prévoir une ou des règles de priorité.

En second lieu, elle soutient, de manière plus allusive mais plus délicate, que la disposition litigieuse introduit une différence de traitement entre les avocats qui ont cotisé au régime général, qui relèvent du 1^{er} alinéa – c'est-à-dire de la règle de priorité du régime général, et ceux qui ont cotisé dans un autre régime de non-salariés, qui relèvent du 2^{ème} alinéa – c'est-à-dire, en principe, de la règle de priorité du dernier régime d'affiliation. La critique est plus pertinente puisque le texte introduit une différence de traitement entre les polypensionnés. Mais le contrôle est malaisé. Il s'avère en effet que la différence de traitement peut être favorable, neutre ou défavorable selon les situations.

Les personnes qui, comme Mme M..., ont d'abord cotisé au régime général pour un salaire modeste, avant d'être affilié à un régime de non-salarié pour une rémunération plus élevée, auraient perçu davantage si la règle du dernier régime d'affiliation, qui figure au 2^{ème} alinéa, leur avait été applicable. Mais on peut aisément trouver d'autres personnes qui ont gagné à cette règle, plutôt qu'à celle du dernier régime d'affiliation : tel est le cas, par exemple, des pensionnés qui, après avoir longtemps cotisé comme salarié, ont repris en toute fin de carrière une activité non salariée faiblement rémunérée. Dans ce cas, l'imputation sur la pension du

¹ Ce coefficient est égal au rapport entre la durée d'assurance effective dans le régime et la durée requise pour bénéficier du taux plein.

régime général est plus favorable que celle du dernier régime d'affiliation. Ainsi, l'inégalité ne tient pas seulement à la règle elle-même, mais à son application à une situation caractérisée à la fois par une forte disparité entre la rémunération de référence perçue au titre de chacun des régimes et l'absence de carrière complète dans le régime où la rémunération a été la plus importante. Si Mme M... avait perçu la même rémunération comme salarié et comme avocate, elle n'aurait pas été pénalisée. Et si elle n'avait travaillé que quelques mois comme salariée, avant d'accomplir une carrière complète d'avocate, elle aurait même gagné à ce dispositif car la majoration de la durée d'assurance sur le régime « avocat » ne lui aurait pas permis d'obtenir plus que la pension pleine qui lui aurait été versée, le coefficient de proratisation étant plafonné à 1 au sein d'un même régime.

En vérité, sauf à prévoir que l'avantage s'impute sur le régime qui sert la pension la plus élevée, ces règles de coordination, quel que soit le critère utilisé, produiront toujours, selon les cas, des « gagnants » et des « perdants ». Mais nous pensons que le principe d'égalité n'impose pas systématiquement un alignement par le haut et qu'il serait périlleux d'obliger l'administration à sophistiquer toujours plus ses dispositifs pour éviter ces situations. Il est bien difficile, dans ces conditions, de caractériser une différence de traitement manifestement disproportionnée, d'autant que les parties n'indiquent pas clairement le montant que Mme M... aurait perçu si le 2^{ème} alinéa lui avait été applicable.

Il reste que, comme elle l'indique, l'intéressée est moins bien traitée qu'un collègue qui aurait fait exactement la même carrière qu'elle en percevant à chaque stade la même rémunération, à ceci près qu'au lieu d'avoir été salarié, il aurait été artisan ou commerçant dans les premières années de sa vie professionnelle.

Vous pourriez envisager de ne pas contrôler cette différence, de la même façon que vous vous refusez à entrer dans une comparaison entre les régimes de sécurité sociale, qui forment chacun un tout. Mais ceci nous paraît difficile s'agissant d'un avantage de retraite commun à tous les pensionnés, dans un cas où une même règle aurait tout à fait pu être appliquée à tous (V. par analogie, pour les conditions d'octroi d'une indemnité commune à l'ensemble de la fonction publique, nonobstant l'absence de comparaison des régimes indemnitaires entre deux corps : CE, 9 février 2005, Syndicat national unitaire et indépendant des officiers de police, n° 229547, au Rec.). Vous devez vous interroger, nous semble-t-il, sur le point de savoir si le critère de différenciation, qui dépend de l'affiliation ou non au régime général, est **en rapport avec l'objet de la norme**² ou, pour reprendre une terminologie européenne, s'il est rationnel.

Or, le ministre n'avance aucun début d'explication pour justifier cette différence. Il se borne à rappeler l'objet même de la norme, à savoir qu'une règle de coordination est nécessaire pour éviter que l'avantage ne soit servi cumulativement par chaque régime, ce qui est incontestable, mais peu éclairant. Hors le cas des affiliations simultanées, on comprendrait, par exemple, que l'avantage soit servi par le régime auquel l'intéressé était affilié quand l'enfant qui y a ouvert droit est né, ou encore qu'il soit réparti entre les régimes au prorata de la durée d'affiliation dans chacun d'eux. Le critère de la dernière activité est plus fragile, mais

² Vous devez vous interroger d'office sur ce point, comme vous vous interrogez d'office sur l'existence d'une disproportion manifeste, même si le requérant ne met en cause que le lien avec l'objet de la norme (CE, 30 mai 2007, H..., n° 251144, aux T.).

se comprend aussi. Et on concevrait tout aussi bien qu'en cas d'affiliations simultanées, soit retenu le régime le plus ou le moins favorable.

Le critère du régime général a surtout pour lui une certaine ancienneté, puisqu'il figurait déjà à l'article 16 du décret n° 75-109 du 24 février 1975. Et il peut se prévaloir de ce que – on pardonnera le truisme - le régime général... est le régime général, autrement dit, qu'il est, en quelque sorte, le régime de droit commun, applicable par défaut. Le législateur a très clairement entendu faire du régime général le régime de référence en matière d'assurance vieillesse. L'article L. 634-1 du code de la sécurité sociale, issu de la loi du 3 juillet 1972 (n° 72-554) prévoit ainsi que « *il est établi un alignement des régimes d'assurance vieillesse des professions artisanales, industrielles et commerciales sur le régime général de sécurité sociale, en attendant l'institution d'un régime de base unique en matière d'assurance vieillesse des travailleurs salariés et non salariés (...)* ». Il n'est donc pas illogique que le pouvoir réglementaire donne priorité au régime général en cas de concours d'affiliation.

Ce raisonnement est un peu fragilisé, sans être contredit, par deux arguments :

- D'une part, le 3^{ème} alinéa du même article R. 173-15 donne la priorité, sur le régime général, à un régime spécial prévoyant une majoration de durée d'assurance à raison d'une naissance, comme celui du code des pensions civiles et militaires de retraite. Mais on peut tout aussi bien soutenir que c'est ce 3^{ème} alinéa qui institue une différence de traitement à la légalité douteuse. Le 5^{ème} alinéa restaure d'ailleurs, dans une ultime pirouette, la priorité du régime général dans certains cas.
- D'autre part, l'article 3 de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites prévoit que « *les assurés doivent pouvoir bénéficier d'un traitement équitable au regard de la retraite, quels que soient leurs activités professionnelles passées et le ou les régimes dont ils relèvent* ». Cela étant, vous avez jugé que cette disposition était, par elle-même, dépourvue de valeur normative (CE, 19 septembre 2012, S..., n° 349087) et il nous paraît difficile d'y voir un obstacle au dispositif choisi par le pouvoir réglementaire.

Au total, nous vous proposons d'admettre que la différence de traitement entre les personnes relevant du 1^{er} et du 2nd alinéas de l'article R. 173-15 du code de la sécurité sociale est « en rapport direct » avec l'objet de la norme, et qu'elle ne présente pas un caractère manifestement disproportionné au regard des différences de situation susceptibles de la justifier.

Vous pourrez dans le même mouvement écarter le moyen ou l'argument, inexact, tiré de ce que la règle litigieuse priverait purement et simplement l'intéressée du bénéfice de la majoration pour enfants.

PCMNC au rejet de la requête et à ce que la contribution pour l'aide juridique soit laissée à la charge de Mme M...