

N° 386081
M. B...A...

1^{ère} et 6^{ème} chambres réunies
Séance du 8 juin 2016
Lecture du 29 juin 2016

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

Cette affaire vous conduira à plonger dans les eaux troubles des règles de coordination entre le régime général et les régimes spéciaux de retraite.

M. A... vous demande d'annuler le refus¹ implicitement opposé par le directeur de la Caisse nationale d'assurance vieillesse à sa demande d'abrogation de la circulaire CNAV n° 79/76 du 7 juillet 1976 et la lettre CNAV du 10 juillet 1984 – dont il n'apparaît pas qu'elles auraient déjà été « abrogées » ou seraient caduques.

Le Conseil d'Etat est bel et bien compétent en premier et dernier ressort pour connaître de ce recours dirigé contre le refus d'abroger des « circulaires et instructions de portée générale » émanant de la CNAV, établissement public administratif dont vous pourrez juger qu'il constitue une « autorité à compétence nationale » au sens du 2° de l'article R. 311-1 du code de justice administrative. Dans votre décision *Syndicat SNUTEFI-FSU* du 26 juillet 2011 (n° 346771, au Recueil, concl. Maud Vialettes), vous avez interprété cette notion issue du décret n° 2010-164 du 22 février 2010, s'agissant des établissements publics nationaux, comme cantonnée à ceux qui ont « été dotés par un texte d'un pouvoir réglementaire ».

Il convient donc de rechercher si un texte a doté la CNAVTS d'un pouvoir réglementaire, aussi ténu soit-il, y compris si l'acte attaqué n'est pas intervenu dans le champ de cette habilitation et n'a pas été pris par les organes habilités (v. sur ce point CE, 23 janv. 2012, *Berthe et autres*, n° 350529, aux Tables). En l'espèce, la CNAV dispose *a minima* d'un pouvoir réglementaire pour l'exercice de ses compétences en matière d'action sanitaire et sociale, en vertu du 4° de l'article L. 222-1 du code de la sécurité sociale (CSS). Bien que cette accroche textuelle soit parfaitement étrangère au sujet du jour, elle suffit à conférer à la CNAV la qualité d'autorité à compétence nationale par le jeu de cette remarquable jurisprudence *SNUTEFI-FSU*.

Venons-en au contexte du litige, qui permettra d'en éclairer la portée concrète. M. A... a travaillé pendant trois ans à la SNCF pendant les années 1970, avant d'accomplir l'essentiel

¹ Cette demande, réputée avoir été transmise au directeur de la Caisse nationale d'assurance vieillesse (CNAVTS) en application de l'article 20 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 alors en vigueur, a été implicitement rejetée par celui-ci. M. A... a alors formé un recours pour excès de pouvoir contre ce refus devant le tribunal administratif de Marseille, qui vous a à son tour transmis ce recours.

de sa carrière dans le secteur privé. Il a au total cotisé pendant 180 trimestres, dont 12 au régime spécial de la SNCF, et 168 au régime général d'assurance vieillesse. En mars 2012, la CARSAT (caisse d'assurance retraite et de la santé au travail) Sud-Est lui a notifié une pension de retraite que celui-ci a estimée trop faible. Vous savez qu'une pension dans un régime de base est calculée, selon les règles applicables, en faisant le produit de trois paramètres : le salaire de référence, calculé sur la base des 25 meilleures années dans le régime ; le taux, qui est fonction de la durée de cotisation tous régimes confondus ; enfin, le coefficient de proratisation, c'est-à-dire le quotient entre le nombre de trimestres validés dans le régime et le nombre maximum de trimestres validables.

La critique porte de M. A... portait sur un point bien précis : il reproche à la CARSAT de n'avoir pris en compte, dans le calcul du salaire annuel moyen fondé sur les 25 meilleures années, que les seules années cotisées au régime général, alors que parmi ces 25 meilleures années auraient selon lui dû figurer les 3 années à la SNCF, où il a visiblement reçu une rémunération supérieure. Il a saisi en vain la CARSAT, puis la caisse chargée de gérer le régime spécial des agents de la SNCF, de recours tendant à ce qu'elle en tienne compte.

Sa critique reposait notamment sur les règles de coordination entre régime général et régimes spéciaux au sens de l'article L. 711-1 du code de la sécurité sociale (CSS) issues des alinéas 1^{er} et 2 de l'article 2 du décret n° 50-132 du 20 janvier 1950, codifiées à l'article D. 173-2 du CSS et selon lesquelles « *Les assurés [qui ont été affiliés successivement ou alternativement au régime général (...) et à un ou plusieurs régimes spéciaux] ont droit, en ce qui concerne l'assurance vieillesse, aux avantages dont ils auraient bénéficié sous le régime général (...) si ce régime leur avait été applicable durant la ou les périodes où ils ont été soumis à un régime spécial (...). Ces périodes entrent en compte, quel qu'ait été le montant de leur salaire, tant pour l'ouverture et la détermination de leurs droits que pour le calcul des avantages prévus par le régime général.* »

Historiquement, le but de cette règle de coordination était de **régler la situation des assurés ayant relevé de régimes spéciaux mais quittant ces régimes sans droit à pension**, faute notamment de remplir la condition de stage, c'est-à-dire d'avoir cotisé une durée minimum : c'est le cas de M. A..., qui n'a pas cotisé les [15 années] exigées alors au régime spécial de la SNCF. M. A... en déduit de cet article D. 173-2 un droit à la prise en compte des périodes cotisées au régime spécial de la SNCF au stade du calcul du salaire de référence.

Mais les deux caisses lui ont opposé les fameuses circulaire et lettre CNAV de 1976 et 1984. Ces deux instructions ne portent pas directement sur le calcul du salaire de référence. Elles exposent la manière dont la caisse du régime général, saisie d'une demande de pension émanant d'un polyaffilié, doit, dans le cadre de la fonction de « guichet unique » que lui confient les textes (art. D. 173-3), calculer la pension due à l'assuré et en répartir la charge entre le régime général et les régimes spéciaux concernés. La pension est donc composée en principe de deux fractions : d'une part, la fraction à la charge du régime général et, d'autre part, la fraction minimale mise à la charge du (ou des) régime spécial – sans préjudice des droits propres ouverts par celui-ci.

Ces instructions décrivent le mode opératoire suivant. Dans un premier temps, la CARSAT calcule et liquide la pension que le régime général doit lui-même en ne tenant compte que des trimestres validés pendant les périodes d'affiliation au régime général. Deux cas de figure se présentent alors. Si le nombre de trimestres est insuffisant pour atteindre le nombre de trimestres de référence (163 pour la génération de M. A...), la caisse va compléter l'équation

en tenant compte des trimestres cotisés au régime spécial, dans la seule mesure toutefois où ces trimestres sont nécessaires pour atteindre le plafond. Si les trimestres du régime spécial sont trop nombreux, la caisse va procéder à un écrêtement. La CARSAT notifie au alors régime spécial la fraction qu'il doit verser, au prorata du nombre de trimestres repêchés sur le total².

Mais il y a un deuxième cas de figure, celui où le nombre maximum de trimestres est atteint avec les seuls trimestres du régime général, comme pour M. A.... Dans ce cas, la caisse ne calcule aucune fraction due par le régime spécial, qui n'est donc pas sollicité financièrement. Pour revenir à la revendication de M. A..., le système décrit par ces instructions a pour effet, lorsqu'il n'est pas nécessaire d'aller chercher les trimestres d'affiliation au régime spécial, de ne pas tenir compte, d'aucune manière, des rémunérations perçues pendant cette période.

Pour schématiser, les instructions décrivent une logique de subsidiarité : on ne va chercher les trimestres cotisés au régime spécial, que ce soit pour le calcul du coefficient de proratisation ou le salaire de référence, que s'ils sont nécessaires pour parvenir au plafond ; M. A... défend une logique de fongibilité : si les trimestres du régime spécial ne peuvent conduire à dépasser le maximum de trimestres validables, ils ne doivent pas être ignorés pour le calcul du salaire de référence.

Pour tenter de départager les deux thèses en présence, il faut introduire une autre série de textes, issus d'un décret ultérieur, n° 75-109 du 24 février 1975, qui a partiellement abrogé le décret de 1950³ et a introduit une disposition ensuite codifiée à l'article R. 173-4 du CSS, qui dispose que « *Les avantages de vieillesse dus par le régime général de sécurité sociale aux assurés et aux conjoints survivants d'assurés ayant été affiliés successivement, alternativement ou simultanément à ce régime et à [notamment un régime spécial] (...) sont déterminés à l'exception du taux (...), sur la base des seules périodes d'assurance valables au regard dudit régime.* » Le 3^{ème} alinéa du même article impose au régime général « *de faire connaître aux régimes concernés, après liquidation des avantages de vieillesse dont la charge lui incombe, la date d'effet, le montant et les éléments de calcul de ces avantages, notamment le nombre de trimestres pris en compte pour ce calcul.* » Cet article R. 173-4 fait écho à l'article D. 173-3, qui précise que « *Chaque régime auquel l'assuré a été affilié supporte la charge de la prestation qui lui incombe, sur la base des seules périodes valables au regard dudit régime (...) [et] effectue le service de la fraction des avantages dont il a la charge.* »

La clé est dans l'articulation entre l'article D. 173-2, d'une part, et l'article R. 173-4, d'autre part. Deux lectures paraissent possibles, une simple proratisation entre régime général et régime spécial nous paraissant en revanche exclue par les textes⁴.

² Instruction a ultérieurement été donnée aux CARSAT de tenir compte, pour le calcul de la fraction « régime général » due par le régime spécial, des salaires perçus pendant cette période lorsque cette prise en compte est plus favorable à l'intéressé.

³ « Art. 19 – Sont abrogés : (...) Les décrets n° 50-132 (...) en tant qu'ils concernent les conditions de durée d'assurance exigées pour l'ouverture du droit à pension, la date d'effet et le mode de calcul des avantages de vieillesse dus par le régime général. »

⁴ Une autre lecture serait en effet de considérer que l'on calcule séparément, et sans priorité, la fraction de pension due par le régime général et la fraction de pension « régime général » due par le régime spécial, en prenant séparément les périodes cotisées à chacun de ces deux régimes, les salaires perçus pendant ces périodes, et en appliquant ensuite les règles du régime général à chacune. Les deux fractions sont ensuite additionnées. Mais ce mode de calcul pourrait conduire à prendre en compte, dans un cas comme celui de M. A..., un nombre de trimestres supérieur au maximum de trimestres validables dans le régime général. Or le droit de l'assuré polyaffilié trouve une limite dans les droits que lui confèreraient le régime général s'il était

Nous admettons avoir été séduit par la thèse de M. A... (la fongibilité), compte tenu de la lettre même de l'article D. 173-2, qui semble consacrer un véritable droit subjectif, au bénéfice de l'assuré polyaffilié, à ce que les périodes d'affiliation au régime général et au régime spécial soient assimilées. Certes, cet article prévoit que l'on applique les seuls paramètres du régime général, ce qui interdit de rémunérer, au titre de la retraite, plus de trimestres que ce régime admet d'en prendre en compte (163). Mais la lettre de l'article pousse à appliquer ces paramètres à une matière première formée par l'ensemble des trimestres validables.

Et l'article D. 173-2 ainsi lu ne serait pas contradictoire avec l'article R. 173-4. Certes, ce dernier article prévoit que la pension du régime général est calculée sur la base des seuls trimestres d'affiliation dans ce régime. Mais il ne s'agit pas de calculer la même chose. Le premier article pose un droit de l'assuré. Le second régit ce que doit le régime général sur ses propres deniers. Pour la mise en œuvre du droit de l'assuré, l'article D. 173-2 imposerait une fongibilité totale⁵. Pour la mise en œuvre de ce que doit la CNAV, on revient une logique de cloisonnement. Et s'il y a un différentiel entre les deux, bref si la fraction du régime général ne suffit pas à remplir l'assuré de ses droits, le régime spécial serait mis à contribution à due concurrence⁶.

La thèse de la subsidiarité, illustrée par les instructions litigieuses, a cependant pour elle deux séries d'arguments.

Le premier argument en faveur de cette lecture est la finalité des règles de coordination. Comme le rappelle un auteur : « ces dispositions (...) ne sont pas conçues pour permettre l'attribution à l'affilié de la prestation la plus élevée dans un des régimes concernés. Les principes de coordination ont été prévus afin d'éviter qu'un assuré qui change d'activité professionnelle soit privé de couverture sociale parce qu'il est contraint de quitter un régime pour s'affilier à un autre. » (T. Tauran, « Régime général et régime spécial : le cas de la

monoaffilié. Une variante de cette première lecture serait d'imaginer un système de proratisation afin de calculer le total des deux fractions sur la base du nombre maximum de trimestres admis. Le calcul du SAM lui-même serait proratisé, comme les textes le prévoient désormais pour les régimes « alignés » (régime général, RSI, régime agricole), afin de ne pas dépasser le nombre d'années dont le RG – qui est la norme de référence – admet lui-même la prise en compte à ce titre. Ce dispositif serait, il faut l'admettre, un peu raffiné par rapport à la lettre des textes, qui ne l'impose pas.

⁵ Cette thèse de la fongibilité n'est pas contredite par les décisions rendues par le juge judiciaire sur ces dispositions – même si aucune ne tranche la question précise qui vous est posée. Dans un arrêt du 3 octobre 1991, la chambre sociale a refusé, sur le fondement des articles 17 et 19 du décret du 24 février 1975 devenues R. 173-4, la prise en compte d'années cotisées au régime minier dans le salaire annuel moyen servant de base au calcul de la pension du régime général (Soc. n° 89-10788, publié au Bull. V, n° 395 p. 246) – mais cela n'exclut pas que ces années puissent peser pour déterminer la fraction due par le régime spécial. Dans un arrêt du 9 mars 2006, la Cour de cassation semble, pour censurer une cour d'appel qui avait au contraire accepté de rechercher certaines des meilleures années dans les périodes cotisées au régime agricole, s'être fondée sur ce que l'article D. 173-2 ne s'appliquait pas à la coordination entre régimes général et agricole (Civ. 2^{ème}, 9 mars 2006, n° 04-30618, inédite) – même si l'a contrario n'est pas évident.

⁶ A cela s'ajoute un autre indice textuel dans le sens de cette thèse de la fongibilité, tirée de l'ancien 3^{ème} alinéa de l'article 2 du décret de 1950, qui n'a pas été repris lors de la codification à droit constant du CSS en 1985, [sans que nous en ayons trouvé l'explication]. Ce 3^{ème} alinéa disposait que « lorsque l'intéressé est titulaire d'une pension d'un régime spécial et a été affilié, en dernier lieu, au régime général (...), il n'est fait état, pour la détermination du salaire servant de base au calcul de la pension, que des cotisations versées au cours des périodes d'affiliation au régime général ». A contrario, on pourrait y lire qu'en l'absence de droit à pension au titre d'un régime spécial, faute notamment de remplir la condition de stage, toutes les périodes peuvent être prises en compte dans le calcul du salaire de référence.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

SNCF », in *La Semaine Juridique Social* n° 12, 22 Mars 2011, 1145) Il s'agit d'éviter qu'un assuré se trouve piégé après avoir cotisé dans un régime, mais insuffisamment pour atteindre la durée de stage, bref pour que ces périodes n'aient pas été vaines. La prise en compte de ces périodes a été conçue comme palliatif.

Et les textes – c'est le deuxième élément – peuvent être alors lus à la lumière de cette finalité. Le premier article à mobiliser, logiquement, est alors non pas l'article D. 173-2, mais l'article R. 173-4, qui impose de commencer le raisonnement en calculant ce que le régime général, seul régime auquel des droits à pension sont ouverts, doit, avec ses propres paramètres et ses propres périodes. Mais le régime général ne peut pas prendre en compte plus d'un certain nombre de trimestres. Si, comme dans le cas de M. A..., les trimestres du RG suffisent, il est possible, et même nécessaire, de s'arrêter là. L'article D. 173-4 ne serait qu'une soupape permettant, de compléter si besoin, et dans la mesure de ce besoin.

Ajoutons pour finir – ce sera notre troisième argument en faveur de la subsidiarité - que la thèse de la fongibilité nous paraît finalement miroiter avec l'article D. 173-3 du code de la sécurité sociale. Quelle que soit la manière dont on la calcule, la fraction mise à la charge du régime spécial ne serait pas fixée sur la base des « seules périodes valables au regard de ce régime », dès lors que son montant dépendrait du différentiel entre le droit de l'assuré et ce que doit la CNAV, cette deuxième composante reposant sur des périodes qui ne sont pas valables au titre du RS.

C'est donc finalement cette lecture, avec laquelle les instructions litigieuses sont en harmonie, que nous vous proposerons de retenir. Nous ne pouvons nous empêcher de penser que la doctrine des caisses du régime général, qui a sur d'autres points évolué dans le temps, fait la part belle à une certaine commodité administrative liée aux difficultés pratiques dans l'échange d'information entre régimes⁷. Mais l'essentiel est que cette commodité administrative ne contredise pas frontalement les textes.

Vous écarterez donc le moyen tiré de la violation de l'article D. 173-2. Les autres moyens sont inopérants : l'article 2 du décret du 20 janvier 1950 n'est plus en vigueur ; l'article 33 du règlement du régime spécial de retraite du personnel de la SNCF n'est pas applicable à l'office de la CNAV dans le cadre des règles de coordination ; l'article R. 711-24 du CSS, qui régit le cas de la disparition d'un régime spécial, n'est pas pertinent ; M. A... ne saurait utilement soutenir que les circulaires attaquées méconnaissent une autre circulaire, à savoir celle du 8 janvier 2007 ; et à supposer que vous lisiez dans les écritures l'invocation du principe d'égalité par les circulaires litigieuses elles-mêmes, vous ne pourriez, en l'absence d'exception d'illégalité des textes appliqués, que relever que ces textes eux-mêmes placent

⁷ La succession des instructions, dont les deux circulaire et lettre litigieuses ne sont que deux des nombreux épisodes, ne donne pas l'impression d'une pratique très arrêtée des caisses du régime général sur des points connexes à la problématique qui vous est soumise, et accrédite l'idée que ce droit obscur a fait l'objet d'une interprétation conforme aux possibilités pratiques d'échanges d'information entre régimes, et à une certaine commodité administrative. Par exemple, lorsqu'une fraction est mise à la charge du régime spécial, les autorités ont pendant longtemps estimé qu'elle devait être calculée, elle aussi, sur la base des trimestres cotisés au régime général. Mais depuis 2007, les caisses acceptent, à la demande de l'assuré, de tenir compte des salaires perçus pendant les périodes cotisées au régime spécial si ce calcul est plus favorable. Les textes sous-jacents, eux, n'ont pas changé. La problématique de M. A... est en aval, pour le cas où la CARSAT estime qu'il n'y a même pas lieu de calculer une fraction due par le régime spécial. Mais nous voyons dans l'ouverture de 2007, purement gracieuse d'après le mémoire en défense, que la thèse défendue par l'intéressé ne serait pas nécessairement hors de portée.

l'assuré ayant cotisé le nombre maximum de trimestres dans le régime général dans une situation différente.

Par ces motifs nous concluons au rejet de la requête.