

N^{os} 387834, 391709

M. A...

1^{ère} chambre jugeant seule
Séance du 22 septembre 2016
Lecture du 27 octobre 2016

CONCLUSIONS

M. Jean LESSI, rapporteur public

En sus de leur régime obligatoire de base de retraite, géré par répartition, les pharmaciens bénéficient d'un régime complémentaire obligatoire de retraite. Conformément à l'article L. 644-1 du code de la sécurité sociale – relatif aux RCO des professions libérales – ce régime a été institué par décret, le mode de calcul des cotisations complémentaires étant lui aussi fixé par décret. De fait, c'est un décret n° 49-580 du 22 avril 1949 plusieurs fois modifié qui a créé ce régime, qui fixe les règles de calcul des cotisations, et qui renvoie le soin de définir l'ensemble des autres paramètres aux statuts de la section professionnelle des pharmaciens constituée au sein de la CNAVPL. Selon l'article L. 641-5 du CSS, applicable en l'espèce, les statuts des sections sont approuvés par arrêté ministériel¹.

Dans ce cadre, le régime des pharmaciens fonctionne, de longue date, sur un mode de gestion hybride : la part de cotisations allant jusqu'à 5 fois une cotisation de référence est gérée en répartition, la part excédant ce montant étant gérée par capitalisation. Quant au montant de cotisation, il dépend de la « classe de cotisation » d'appartenance du pharmacien, la classe 1 correspondant à une cotisation de 5 fois la cotisation de référence. Si ces fondamentaux sont constants, le régime a connu de profondes évolutions, en 2 étapes. Jusqu'en 2009, les pharmaciens pouvaient librement opter pour la classe de cotisation, tout en devant *a minima* choisir la classe 1. Le décret du 22 décembre 2008 maintient le libre choix mais supprime la classe 1, rendant obligatoire, *a minima*, l'appartenance à la classe 3, dont le taux de cotisation est 7 fois le niveau de référence – ce qui signifie que tout pharmacien voyait désormais une fraction de ses cotisations gérées en capitalisation. Le décret n° 2014-1446 du 3 décembre 2014 a substitué à ce principe de choix de la classe de cotisation un nouveau système, où la cotisation est objectivement fixée en fonction du niveau de revenu : en conséquence, le panachage répartition/capitalisation échappe à la volonté du pharmacien.

¹ On peut sérieusement se demander si ce renvoi ne constitue pas une subdélégation illégale, ce qu'il appartiendrait au juge de relever d'office à l'occasion de l'examen des dispositions des statuts prises au bénéfice de cette habilitation (CE, 17 nov. 2010, *Société Arthur Consulting*, n° 320827, aux Tables). Mais ce renvoi semble avoir été admis implicitement par la décision CE, 19 sept. 2012, *M. C...*, n° 349087, inédite, qui statue sur des dispositions statutaires approuvées par arrêté, dans une configuration analogue, sans soulever d'office cette difficulté. Et en tout état de cause, pour l'avenir l'article L. 641-5 a été modifié par l'art. 48 de la loi n°2014-40 du 20 janvier 2014 et est désormais ainsi rédigé : « Les sections professionnelles sont instituées par décret en Conseil d'Etat. », ce qui permet d'atteindre le niveau de norme exigé par l'article L. 644-1.

Si M. A..., pharmacien à Antony, échappera pour l'essentiel aux conséquences de cette nouvelle réforme en raison des dispositions transitoires qu'elle comporte pour les pharmaciens en activité, il vous demande d'annuler pour excès de pouvoir ce décret dont l'esprit contredit selon lui la philosophie des régimes de retraite en France, et plus juridiquement les normes juridiques censées cristalliser cette philosophie. Il vous demande également d'annuler l'arrêté du 4 juin 2015 portant approbation des modifications apportées aux statuts du régime complémentaire des pharmaciens. Vous admettez l'intervention en défense de la caisse d'assurance retraite des pharmaciens.

Nous serons brefs sur les conclusions dirigées contre le décret (req. n° 387834). Nous commencerons par le dernier moyen soulevé qui, en invoquant une atteinte au principe de hiérarchie des normes, reproche en substance au pouvoir réglementaire d'avoir empiété sur la compétence réservée au législateur par l'article 34 de la Constitution en procédant à un « bouleversement de la conception solidaire du système de sécurité sociale ». Mais quoi qu'il ait fait le décret, il l'a fait sous couvert de l'habilitation législative donnée au décret par l'article L. 644-1 dont M. A... ne remet pas en cause la conformité à la Constitution par le biais d'une question prioritaire de constitutionnalité – QPC qui serait sans doute vaine, compte tenu de ce que le Conseil constitutionnel a admis en matière de régimes spéciaux, où sont en cause des régimes de base (décision n° 2012-254 QPC du 18 juin 2012). Au demeurant, le décret se borne à faire ce que le 3^{ème} alinéa de l'article L. 644-1 lui demande spécifiquement de faire : fixer les modalités de calcul des cotisations.

Par tous les autres moyens qu'il soulève, M. A... critique une seule et même évolution : le fait qu'une part croissante des cotisations obligatoires des pharmaciens est gérée par répartition, sans aucune échappatoire désormais – jusqu'en 2009, il y avait l'échappatoire de l'option pour la classe 1, qui permettait de rester sous le seuil au-delà duquel une fraction de la cotisation est gérée par capitalisation ; et entre 2009 et 2014, l'échappatoire partiel consistant à choisir librement sa classe et à pouvoir ainsi minimiser la part gérée par capitalisation. Depuis 2014, on l'a dit, tout devient objectif en fonction du revenu, sous réserve des dispositions transitoires qui, on l'a aussi déjà dit, épargnent M. A.... Mais M. A... se trompe de cible en dirigeant ces moyens contre le décret : celui-ci se borne à refondre le mode de calcul des cotisations, c'est-à-dire l'amount du régime. Tout ce qui est en aval, c'est-à-dire le mode de gestion des cotisations ainsi liquidées, et le paramétrage des droits, figurent non pas dans le décret mais dans les statuts approuvés par arrêté ministériel. Tous les autres moyens du requérant manquent donc en fait. Vous les écarterez donc, et rejetterez ses conclusions.

Venons-en précisément au recours formé par M. A... contre l'arrêté du 4 juin 2015 (n° 391709), dont les moyens sont en substance identiques. Pour les raisons que nous venons d'indiquer, vous écarterez le moyen, tiré par voie d'exception de l'incompétence dont serait entaché le décret du 3 décembre 2014 pour l'application duquel a été pris l'arrêté attaqué.

Le moyen suivant est tiré de ce que le système de capitalisation entériné par l'arrêté attaqué, qui prévoit notamment à son article 22 l'inscription sur un compte individuel de capitalisation de la fraction des cotisations gérées en capitalisation, méconnaîtrait le 11^{ème} alinéa du Préambule de 1946 qui garantit à tout être humain « qui en raison de son âge ... se trouve dans l'incapacité de travailler... le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence ». Contrairement à ce que soutient M. A..., les termes du 11^{ème} alinéa du Préambule de 1946 sont trop généraux pour que l'on y détecte un fondement constitutionnel au système de la répartition et à ce que le requérant nomme « le pacte

intergénérationnel » - dont s'éloigne effectivement un système de capitalisation. On peut sans doute y trouver l'exigence d'un régime de solidarité, que traduit la mise en place de l'ASPA – allocation de solidarité aux personnes âgées, ex-minimum vieillesse. On peut éventuellement en déduire l'exigence de l'organisation, sous le contrôle de la puissance publique, d'un régime d'assurance vieillesse. Mais cet alinéa ne préjuge en rien des modalités fines de ce régime, y compris du régime de base, qu'il appartient au législateur de fixer selon les nécessités du moment pour, précisément, que le régime soit en mesure de garantir des moyens convenables d'existence.

M. A... invoque ensuite l'article L. 111-1 du code de la sécurité sociale, selon lequel l'organisation de la sécurité sociale est fondée sur le principe de « solidarité nationale », le II de l'article L. 111-2-1 issu de la loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014, dont le 1^{er} alinéa conduit « la Nation [à] réaffirme[r] solennellement le choix de la retraite par répartition au cœur du pacte social qui unit les générations », dont le 2^{ème} alinéa garantit aux assurés un traitement équitable, et dont le 3^{ème} alinéa assigne au système de retraite par répartition un objectif de solidarité inter- et intragénérationnelle. M. A... invoque aussi l'article 1^{er} de la loi du 21 août 2003 de réforme des retraites, au contenu identique au 1^{er} alinéa de l'article L. 111-2-1. Ces dispositions ne nous paraissent pas toutes dépourvues de portée normative (pour l'application du principe de « solidarité nationale », v. décision n° 2001-453 DC). Nous hésiterions à déduire de leur localisation législative dans le livre 1^{er} du CSS, intitulé dispositions communes aux régimes de base, qu'elles ne s'appliquent qu'aux régimes de base, tant la structuration du CSS appelle la plus grande prudence. Nous vous proposons donc de répondre, au fond, que ces dispositions ne font pas obstacle à ce qu'une fraction des cotisations versées à titre obligatoire à un régime de retraite complémentaire soit gérée par capitalisation. A nos yeux, un acte réglementaire miroiterait avec ces principes s'il en venait à organiser un régime de base et/ou un régime complémentaire obligatoire selon des modalités qui feraient la part trop belle à la capitalisation et réduiraient la répartition à la portion congrue, et dénatureraient ainsi les principes posés par le législateur qui, s'il avait entendu interdire par principe la capitalisation, aurait dû le dire expressément. En l'espèce, il ne ressort pas des pièces du dossier que l'arrêté attaqué dénaturerait les principes ainsi posés.

De même, l'article 107 de la loi du 21 août 2003 ne s'oppose pas à des modalités de capitalisation partielle à l'intérieur d'un régime complémentaire. Cet article dispose que « en complément des régimes de retraite obligatoires par répartition, toute personne a accès... à un ou plusieurs produits d'épargne réservés à la retraite ». Cet article n'entend donc pas régir, ni de près ni de loin, les paramètres des régimes complémentaires. Le moyen est inopérant. Vous écarterez ensuite le moyen tiré de la violation de l'article 3 de la loi du 21 août 2003, dépourvu de portée normative ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel par sa décision du 14 août 2003.

M. A... invoque enfin la méconnaissance, par l'arrêté attaqué, du « droit de la concurrence », des « principes du traité de l'Union » et de la « liberté du commerce et de l'industrie ». Son idée semble être que ce régime obligatoire par capitalisation, géré de manière monopolistique par une caisse de retraite, va assécher la concurrence avec les entreprises d'assurance qui proposent des produits de capitalisation. A titre principal, ces moyens ne nous paraissent pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé. Sur le fond, la simple gestion par capitalisation du produit des cotisations obligatoires des adhérents à un régime de retraite complémentaire ne nous paraît pas par elle-même susceptible de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, faute d'être constitutive d'une intervention sur un marché : ce sont le cas échéant les prestations proposées

par le régime à partir des cotisations ainsi gérées qui pourraient soulever de telles interrogations, et encore. Quant au droit de la concurrence, nous avons le sentiment que la gestion d'un tel régime ne relève pas de la notion d'entreprise au sens des articles 101 et s. du TFUE, compte tenu de deux caractéristiques : le caractère obligatoire de l'affiliation, des cotisations, ainsi que désormais du mode de calcul des cotisations ; d'autre part, le fait que l'étagage de capitalisation e, non pas une prestation distincte gérée à part, mais un élément indissociable de l'étagage de répartition, c'est-à-dire de la dimension de solidarité intergénérationnelle : c'est fondamentalement un régime mixte. (cf. sol contr. CE, 8 nov. 1996, Fédération française des sociétés d'assurance, n° 122644, au Recueil ; CE, 30 déc. 2013, Société Beaudout Père et fils, n° 357115).

Par ces motifs nous concluons au rejet des deux requêtes, et au rejet des conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du CJA par la caisse d'assurance vieillesse des pharmaciens, qui n'a pas la qualité de partie au présent litige.