

CONCLUSIONS

M. Charles TOUBOUL, rapporteur public

Dans le contexte de la réforme ferroviaire, on pourrait hésiter à aborder un sujet tel que celui des charges que représente le régime spécial de retraite des agents de la SNCF. Mais nous savons que rien ne peut ébranler la sérénité de votre justice et, à y regarder de près, la présente affaire ne se présente pas comme si sensible que cela. Il s'agit d'un litige d'ordre essentiellement financier opposant la direction de l'entreprise à l'Etat, à la suite d'un décret modifiant les cotisations sociales mises à sa charge et pris, au surplus, par le Gouvernement précédent.

1. Rappelons que le régime spécial de sécurité sociale des agents de la SNCF en matière de vieillesse, géré par leur Caisse de prévoyance et de retraite, est financé classiquement par des cotisations salariales, des cotisations patronales ainsi que par une subvention d'équilibre de l'Etat dans les conditions prévues par un décret n°2007-1056 du 28 juin 2007 relatif aux ressources de la caisse.

1.1 Les cotisations patronales se répartissent entre deux composantes dénommées par ce même décret « T1 » et « T2 ».

La composante « T1 », d'alignement théorique avec le régime général, représente l'écart existant chaque année entre les cotisations salariales effectivement collectées et ce qu'aurait représenté le total des cotisations si les agents concernés avaient relevé du régime général de base et complémentaire de retraite. Ce taux est fixé tous les ans par arrêté des ministres compétents.

La composante « T2 », de financement de la part exorbitante du régime, couvre quant à elle les droits spécifiques qui y sont attachés, y compris les coûts financiers liés à l'emprunt pour faire face aux échéances du service des prestations. Cette composante est définie de manière forfaitaire à travers un taux fixé dans le corps du décret lui-même.

1.2 Les contentieux se succèdent depuis des années sur le calcul de ces cotisations employeurs de la SNCF mais jusqu'ici, les litiges portaient essentiellement sur la composante « T1 » et notamment les catégories d'agents retenues par l'Etat pour le calcul de cette composante d'alignement avec le droit commun.

Après avoir rejeté les premiers recours de la SNCF sur les arrêtés 2011-2013 (30 janvier 2015, SNCF, n°369365, 372608) vous avez fait droit aux recours dirigés contre les

arrêtés 2013-2014 (20 mai 2016, SNCF, n°384816) et 2014-2015 (11 juillet 2016, SNCF, n°393920), laissant augurer à la SNCF une créance de 98.5 M€ sur la caisse, correspondant au trop versé à celle-ci pour les années concernées.

Quelques mois plus tard, Michel Sapin et Christian Eckert, respectivement ministre de l'économie et des finances et secrétaire d'Etat chargé du budget et des comptes publics ont adressé le 28 avril 2017 un courrier à Guillaume Pepy, président du directoire de l'EPIC de tête, pour l'informer d'une bonne nouvelle, la publication prochaine d'un nouvel arrêté fixant de nouveaux taux T1 en tirant les conséquences de l'annulation des arrêtés annulés ; mais aussi d'une mauvaise nouvelle : la modification du décret pour augmenter de deux points le taux T2 à compter du 1^{er} mai 2017. Annonces qui se sont concrétisées au JO du 3 mai 2017, où sont parus l'arrêté rectifiant les T1 et le décret fixant le nouveau taux T2.

La SNCF ne conteste pas le calcul auquel ont procédé les ministres pour l'arrêté T1 mais elle conteste, on s'en doute, le rehaussement du T2 par le décret.

2. Le premier moyen, de légalité externe, ne vous retiendra guère.

Le décret serait irrégulier faute d'avoir été soumis à la caisse de retraite et de prévoyance de la SNCF. Mais il ressort de la lettre même du deuxième alinéa de l'article 10 du décret n°2007-730 du 7 mai 2007 régissant cette consultation qu'elle n'est requise que pour les décrets relatifs à l'organisation et aux prestations du régime spécial, ce qui exclut *a contrario* la détermination d'un montant de cotisations. *A contrario* qui fait obstacle au raisonnement que vous soumet la SNCF qui tendait à regarder une modification de ces ressources comme affectant *par ricochet* l'organisation et les prestations du régime. Et la circonstance, invoquée par l'entreprise, que d'autres décrets voisins auraient été soumis à l'avis de la caisse n'est pas de nature à faire naître une obligation pour l'avenir.

3. Les deux moyens suivants, contestant le bien fondé de l'augmentation du taux litigieux deux points, sont beaucoup plus significatifs.

3.1 Le premier est tiré de ce que le Gouvernement aurait en réalité simplement cherché par l'augmentation du T2 à compenser les effets de l'annulation des arrêtés sur le T1.

3.1.1 Il ne s'agit pas d'un procès d'intention mais de l'exploitation par la SNCF d'un aveu, confondant de naïveté, figurant dans le courrier des ministres à M. Pepy, annonçant que : « *Le décret ci-joint prévoit, à compter du 1^{er} mai 2017, une augmentation de deux points du taux de cotisation dit « T2 », de façon à compenser les conséquences financières du taux T1 (...) L'ensemble constitué de ces deux textes permet ainsi de limiter les conséquences financières, pour l'Etat comme pour SNCF, des décisions du Conseil d'Etat* ».

Si l'on voyait dans ces mots les motifs du décret attaqué, il serait difficile de ne pas y voir d'illégalité. Sans même avoir à raisonner sur le terrain d'une atteinte à l'autorité de la chose jugée de vos décisions d'annulation des arrêtés T1, qui ne serait pas approprié, ou d'un détournement de pouvoir qui n'est pas explicitement soulevé, la compensation des effets d'une annulation peut rarement constituer un motif légal d'exercice du pouvoir réglementaire (v. par exemple, 16 déc. 2016, Sté Advanced Technical Fabrication et autres, n°397908, 398394 et 399351, T. sur d'autres points).

Ici, l'objet du taux T2 défini par le décret délimite les motifs légaux pouvant présider à sa fixation et ils ne peuvent inclure le souci de compenser une diminution du taux T1, les deux composantes ayant un objet propre et se présentent comme étanches l'une par rapport à l'autre.

En outre, la circonstance que le niveau de ce taux serait défini par le décret même qui en fixe l'objet, ne nous semble pas permettre au pouvoir réglementaire de s'affranchir de cet objet tant qu'il ne l'a pas modifié, dans l'esprit de votre jurisprudence d'Assemblée du 19 mai 1983, Club sportif et familial de la Fève et autre, n°23127;23181;23182 rec.

Cela étant rappelé, nous ne pensons pas que cette compensation ait constitué le motif réel du décret.

D'une part, le courrier des ministres se fondait également sur « *l'objet de ce taux, destiné à contribuer au financement des avantages supplémentaires et spécifiques de retraite que le régime spécial de la SNCF offre par rapport au régime général et aux régimes de retraite complémentaire* ». Il mentionnait donc un motif légal de fixation et de modification de ce dernier.

D'autre part, la défense du Gouvernement montre que celui-ci avait de longue date en projet de relever ce T2 pour qu'il soit à la hauteur des charges spécifiques pesant sur le régime. Cette justification n'a donc pas été élaborée pour les besoins de la cause mais apparaît comme un motif sérieux qui existait à la date d'intervention du décret.

A la lumière de ces éléments, on comprend mieux l'idée de compensation qui a été (si maladroitement) avancée dans le courrier des ministres. Il ne s'agissait pas de faire disparaître les effets de l'abaissement du T1, qui n'étaient d'ailleurs que passagers, alors que le relèvement du T2 est pérenne quant à lui, mais de profiter du gain conjoncturel qu'il représentait pour la SNCF pour « faire passer » le relèvement nécessaire du T2 et en amortir le choc. C'est de l'opportunisme sur le calendrier et non une illégalité de la mesure sur le fond.

Nous pensons donc que vous pourrez admettre que le relèvement de ce taux est intervenu pour un motif tiré de la nécessité d'assurer le financement des avantages spécifiques de ce régime, exempt d'erreur de droit.

3.2 Si vous nous suivez, il vous restera à vérifier que le relèvement de deux points du T2 (de 11,85% à 13,85%) était bien justifié au regard des coûts spécifiques des prestations servies par ce régime.

3.2.1 Précisons d'abord ce que peut être l'étendue de votre contrôle.

Le décret fixe -on l'a dit- un objet précis pour le T2 qui est de couvrir les avantages spécifiques servis par le régime. Mais leurs coûts dépendent de multiples paramètres de nature d'ailleurs différente puisque sont inclus les coûts financiers du recours à l'emprunt. Et comme le taux est lui-même fixé de manière forfaitaire et non à la suite d'une évaluation à actualiser tous les ans comme pour le T1, il y a nécessairement une part d'approximation. Enfin, tout ce qui n'est pas couvert par les cotisations du régime l'est par une subvention d'équilibre de l'Etat avec laquelle le T2 présente une porosité certaine.

Tout converge donc vers l'idée que vous ne pouvez opérer qu'un contrôle restreint du niveau de ce taux forfaitaire, contrôle qui est au demeurant celui que vous opérez sur le niveau des cotisations sociales en général (v. 26 février 1992, Groupement des industries françaises aéronautiques et spatiales -G.I.F.A.S-, Fédération nationale du bâtiment et Chambre syndicale de la construction de la région parisienne, n°95695, 95707, 95708, rec.).

3.2.2 Y a-t-il donc erreur manifeste d'appréciation dans le rehaussement de deux points de ce taux ?

La position du Gouvernement est essentiellement fondée sur un rapport du Contrôle général économique et financier (CGEFI) de 2011 qui avait associé la SNCF, dans un contexte déjà de tension avec l'Etat sur le niveau adéquat du T2. Or, ce rapport retenait comme scénario central un taux fixé entre 15% et 22% selon la population prise en compte pour la période 2008-2050. Ses conclusions ne sauraient être sérieusement contestées à la date à laquelle il a été remis même si un rapport antérieur, élaboré plus rapidement, avait retenu un taux moindre. Et au vu de ces chiffres, l'augmentation limitée à 13,85% apparaît tout en retenue.

L'essentiel du débat porte sur la pérennité des conclusions de ce rapport de 2011 alors que deux réformes des retraites sont intervenues depuis lors, cette même année et en 2014.

Mais les éléments avancés par la SNCF pour soutenir que ces conclusions seraient caduques du fait du rapprochement des coûts de ce régime spécial avec ceux du régime général ne sont pas très convaincants.

Les réformes intervenues n'ont en effet qu'amorcé la convergence avec le régime général et les écarts restent très significatifs, notamment sur la date de départ à la retraite, inférieur de 5 ans à celles de ce régime ou sur la règle des 6 derniers mois pour le calcul des pensions contre les 25 meilleures années pour le régime général. Quant aux mesures spécifiques adoptées dans le cadre de la réforme des régimes spéciaux, le Gouvernement rappelle qu'elles se sont accompagnées de mesures salariales qui ont ensuite pesé sur le niveau des pensions et donc le service des prestations. Une note d'analyse du 20 mars 2018 de l'un des auteurs du rapport de 2011 indique en outre que les évolutions postérieures au rapport tendent plutôt à conforter ses scénarios qu'à les infirmer. Enfin, l'augmentation continue de la subvention d'équilibre depuis 2015 tend à démentir l'idée d'un rapprochement des coûts de ce régime avec ceux supportés par le régime général. Ces éléments nous semblent suffisants pour écarter l'erreur manifeste.

Au surplus, le Gouvernement avance également que cette augmentation de deux points doit aussi permettre de prévenir un éventuel contentieux « aide d'Etat » alors que la subvention d'équilibre représente déjà 60% des ressources de la caisse. Cette argumentation est contestée par la SNCF qui rappelle que les systèmes de sécurité sociale relèvent de la compétence des Etats et qu'il s'agit d'une activité de solidarité nationale dépourvue de tout caractère lucratif et non d'une activité économique. C'est sans doute exact pour ce qui concerne la caisse elle-même, mais la difficulté ne tient pas à la subvention que l'Etat lui alloue en tant que telle, mais les moindres versements que cela autorise à la SNCF pour faire face aux charges du régime de ses agents.

Et le parallèle avec la procédure ouverte par la Commission concernant le cas du régime de retraite de la RATP conforte cette analyse. Si la Commission avait finalement

regardé la subvention d'équilibre de l'Etat à ce régime comme compatible avec le marché commun, c'est après l'avoir qualifiée d'aide d'Etat illégale et au bénéfice des engagements pris par l'Etat d'un adossement de ce régime au régime général (v. sa décision C(2009) 5505 du 13 juillet 2009).

Au vu de l'ensemble de ces éléments, on peut considérer qu'il y avait bien une sous-évaluation du T2 avant l'intervention du décret attaqué que le pouvoir réglementaire était ainsi fondé à relever. Et le choix d'un rehaussement de deux points, inférieur au scénario minimal retenu par le rapport de référence sur le sujet, ne semble pas lui non plus entaché d'erreur manifeste.

4. Reste à déterminer si les conditions d'entrée en vigueur de ce rehaussement sont elles-mêmes légales. Ce sont les deux derniers moyens de la requête, qui vous retiendront moins longuement.

4.1 Il est, d'une part, soutenu que le décret serait rétroactif en tant qu'il s'applique à compter du 1^{er} mai 2017 alors qu'il n'a été publié qu'au JO du 3 mai et n'est donc entré en vigueur que le 4.

Mais, comme on le sait, il n'y a pas rétroactivité si la règle nouvelle s'applique à une situation qui n'est pas encore constituée à la date à laquelle elle est formulée (v. not. sur ce point votre décision du 16 juin 2008 Fédération des syndicats dentaires libéraux et autres, n°296578 et 296590, rec. aux conclusions de L. Derepas).

Pour les cotisations sociales, les règles de droit commun fixées à l'article R. 243-6 du code de la sécurité sociale sont rendues applicables aux cotisations dues par la SNCF au titre des dispositions litigieuses en vertu des articles 16 et 17 du décret du 28 juin 2007. Or, ces règles de droit commun sont celles d'une obligation de paiement des cotisations le 5 ou le 15 du mois « *suivant la période de travail au titre de laquelle les rémunérations sont dues* ».

Ainsi, une entrée en vigueur du décret fixant le nouveau taux T2 le 4 mai 2017 permettait de l'appliquer aux cotisations dues au titre des périodes de travail de ce mois de mai non achevé, nonobstant le fait que 3 jours de ce mois s'étaient déjà écoulés. Il n'y avait donc pas encore de situation constituée à cette date et ainsi pas de rétroactivité au sens juridique du terme.

4.2 Il est d'autre part et enfin soutenu que l'entrée en vigueur non différée du texte portait atteinte au principe de sécurité juridique.

On sait que ce principe, dégagé par votre jurisprudence KPMG (Ass. 24 mars 2006, 288460 rec.) désormais codifiée à l'article L.221-5 du code des relations entre le public et l'administration, oblige le pouvoir réglementaire à prévoir des dispositions transitoires « *lorsque l'application immédiate d'une nouvelle réglementation est impossible ou qu'elle entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause* ».

Mais la SNCF ne tenait aucun droit au maintien du taux T2 tel qu'il résultait du texte précédent, même si celui-ci intégrait une règle d'évolution pour les années postérieures à 2011. Et le caractère brutal de l'augmentation du T2 qu'elle dénonce est à relativiser au regard des sommes en jeu. L'augmentation était certes de 60 millions d'euros, mais pour un

groupe tel que la SNCF dont le chiffre d'affaire dépasse 33 milliards d'euros et dont le régime de retraite pèse à lui seul 5,4 milliards d'euros, il ne s'agit que d'un modeste soubresaut.

Sans oublier que la concomitance de cette augmentation de 60 millions d'euros avec la régularisation du T1, emportant quant à elle une créance de près de 100 millions d'euros, fait qu'à la date d'entrée en vigueur du texte, c'est en réalité d'une créance de près de 40 millions et non d'une dette dont la SNCF se trouvait titulaire.

Vous écarterez donc sans difficulté le moyen tiré de ce que cette entrée en vigueur non différée aurait porté une atteinte telle à ses intérêts qu'il en ait résulté une méconnaissance du principe de sécurité juridique.

PCMNC au rejet de la requête.