

# Documents et procédures

CAHIERS DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 3 - NOVEMBRE 1997

Depuis 1983, les saisines sont publiées à la suite des décisions du Conseil constitutionnel. Il en va de même, depuis 1994, des observations en réponse présentées par le Gouvernement. Il a paru opportun de porter à la connaissance du public, avec l'autorisation de leurs auteurs, certains mémoires en réplique des requérants, et lorsqu'il y a lieu, les observations du Gouvernement qu'ils ont suscitées, parmi les plus intéressants. Ainsi, on pourra trouver ci-dessous :

## Sommaire :

- le mémoire, présenté par les députés requérants, en réplique aux observations du Gouvernement sur la loi instituant une « prestation dépendance »,
- le mémoire présenté par les sénateurs requérants, en réplique aux observations du Gouvernement sur la loi créant les plans d'épargne retraite ainsi que
- les observations en réponse du Gouvernement sur cette réplique.

---

## Réplique des députés

RÉPLIQUE DES DEPUTES AUX OBSERVATIONS FORMULÉES PAR LE GOUVERNEMENT SUR LA SAISINE CONCERNANT LA LOI TENDANT, DANS L'ATTENTE DU VOTE DE LA LOI INSTITUANT UNE PRESTATION D'AUTONOMIE POUR LES PERSONNES AGEES DÉPENDANTES, À MIEUX RÉPONDRE AUX BESOINS DES PERSONNES AGÉES PAR L'INSTITUTION D'UNE PRESTATION SPECIFIQUE DÉPENDANCE.

### I. Sur la méconnaissance de l'article 34 de la Constitution

La défense du Gouvernement consiste essentiellement à soutenir qu'aucun alinéa de l'article 34 de la Constitution ne concernerait réellement la matière régie par la loi déferée, qui aurait selon lui parfaitement pu faire l'objet d'un décret réglementaire n'étant la compétence gestionnaire dévolue au département. Ainsi le seul intérêt dont la défense lui paraisse justifier l'intervention du législateur est-il celui non des personnes âgées dépendantes, mais des présidents de conseils généraux ...

Une telle analyse n'a pu être soutenue qu'en ignorant la portée, voire le sens de la disposition énoncée par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Pourtant et assez contradictoirement, les observations du Gouvernement reconnaissent plus loin (page 4) que la « prestation dépendance » satisfait « à une exigence trouvant son fondement dans les dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, et notamment du droit à la sécurité matérielle énoncé au onzième alinéa ». Il est donc désormais incontesté que la loi déferée a pour objet de déterminer les garanties d'exercice d'un droit satisfaisant une exigence de valeur constitutionnelle.

Or, on ne saurait imaginer que les garanties du respect d'exigences de valeur constitutionnelle, pas plus que celles qui sont accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, soient abandonnées à la compétence exclusive du pouvoir réglementaire. Le Conseil constitutionnel considère d'ailleurs constamment, en particulier dans sa décision n°86-225DC du 23 janvier 1987 (considérants 16 et 17, Rec. page 13) citée par le Gouvernement, qu'« il incombe tant au législateur qu'au Gouvernement, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes proclamés par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, les modalités de leur mise en oeuvre », et il est traditionnellement jugé qu'il appartient au législateur d'assurer la sauvegarde des droits et libertés constitutionnellement garantis, en déterminant lui-même la nature des garanties nécessaires (décision n°85-198DC du 13 décembre 1985, considérant 12, Rec. page 78). Il est donc clair qu'en aucun cas la « prestation dépendance » n'aurait pu être créée par le seul règlement, indépendamment même du fait qu'est imposée une obligation aux départements.

Certes, la protection constitutionnelle du droit des vieux travailleurs à la sécurité matérielle n'obligeait pas à créer cette nouvelle prestation, mais dès lors qu'il est décidé de la créer elle ne peut l'être que par la loi, sauf à donner au respect des exigences de valeur constitutionnelle moins d'importance qu'au respect des principes généraux du droit (et l'on sait que la mise en cause d'un principe général du droit suffit à justifier l'intervention du législateur même dans une matière étrangère à l'énumération de l'article 34 de la Constitution).

Au surplus, le Gouvernement est parfaitement conscient de la nécessité du recours à la loi pour créer cette prestation qui va constituer une pièce maîtresse de la mise en oeuvre du droit des vieux travailleurs à la sécurité matérielle. Preuve en est que la suite de ses observations (page 3) vise uniquement à tenter de cantonner au seul principe de sa création la compétence législative par analogie avec le droit de la sécurité sociale... ce qui signifie bien que l'intervention de la loi est loin d'avoir pour seul fondement constitutionnel la protection de l'autonomie du département.

L'analogie avec le droit de la sécurité sociale est d'autant plus intéressant que, contrairement à ce que soutient par ailleurs le Gouvernement, la compétence législative pour créer la « prestation dépendance » est bel et bien imposée par un alinéa de l'article 34... qui se trouve précisément être celui qui réserve au législateur la détermination des principes fondamentaux de la sécurité sociale. La jurisprudence intègre en effet au nombre de ces principes ceux qui régissent l'octroi de nombreuses prestations comparables (et relevant souvent de l'action sociale) :

- constituent par exemple des principes fondamentaux de la sécurité sociale - et relèvent à ce titre du domaine de la loi - les principes déterminant les bénéficiaires :
  - de l'allocation logement (Conseil constitutionnel n°60-4L du 7 avril 1960, considérant 1, Rec. page 31) ;
  - de l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité (Conseil constitutionnel n°61-11L du 20 janvier 1961, Rec. page 33) ;
  - des allocations familiales (Conseil constitutionnel n°72-74L du 8 novembre 1972, considérants 2 à 4, Rec. page 34) ;
- il a encore été jugé que la mission de promotion de l'action sanitaire et sociale des organismes de sécurité sociale constituait un principe fondamental de la sécurité sociale au sens de l'article 34 de la Constitution (Conseil constitutionnel n°60-5L du 7 avril 1960, considérant 5, Rec. page 32) ;
- enfin et surtout, dans un contexte tout à fait comparable à celui de la loi déferée, il est apparu que l'existence même d'un régime d'allocation spéciale vieillesse est à « ranger au nombre des principes fondamentaux de la sécurité sociale qui comme tels relèvent du domaine de la loi » (Conseil constitutionnel n°90-163L du 6 mars 1990, considérant 4, Rec. page 48).

C'est donc pour garantir le respect de l'exigence constitutionnelle de solidarité nationale envers les vieux travailleurs, exigence dont l'existence a été reconnue par le Gouvernement lui-même, que le recours à la loi s'imposait... et c'est pour la même raison que ladite loi ne saurait s'en tenir à décider le principe de l'existence d'une prestation dont le contenu resterait totalement indéterminé : le « nominalisme social » n'est pas compatible avec le respect de l'exigence posée par le onzième alinéa du Préambule.

On peut à cet égard s'étonner de voir le Gouvernement soutenir qu'il suffirait que le législateur crée une sorte d'étiquette en laissant au pouvoir réglementaire le soin de définir le « produit » normatif qu'elle désignerait. La loi aurait créé une « prestation dépendance », mais qui en bénéficierait ? dans quels cas ? à quelle hauteur ? pour combien de temps ? peu importerait-il au constituant soucieux des droits des personnes âgées dépendantes ? En réalité, relève en la matière du domaine de la loi la fixation des garanties fondamentales de respect de l'exigence constitutionnelle, c'est-à-dire notamment la définition du champ d'application de la nouvelle prestation au moins dans la mesure où ce champ la rattache à ladite exigence : de ce point de vue, la loi déferée ne définit pas réellement la notion de dépendance et dès lors ne fixe pas les garanties constitutionnellement requises du point de vue du droit des vieux travailleurs à la sécurité matérielle... et à l'égalité territoriale de traitement.

Il résulte d'ailleurs des décisions du Conseil constitutionnel citées plus haut que la détermination de la nature des garanties nécessaires à la sauvegarde de droits constitutionnellement garantis relève du domaine de la loi... ainsi que celle des bénéficiaires d'une prestation d'action sociale porteuse de solidarité nationale (allocation logement, allocation supplémentaire du FNS, etc.).

La défense du Gouvernement qui, après avoir tenté un instant de soutenir que la création de la « prestation dépendance » ne relevait pas en elle-même du domaine de la loi, essaie ensuite de limiter ce domaine à une simple affirmation de principe, à la création d'une sorte de contenant sans contenu, de forme vide que le pouvoir réglementaire remplirait à son gré, ne fera pas plus illusion dans cette deuxième version que dans la première. Dès lors, pour les raisons développées dans la saisine, la compétence législative a été trop incomplètement exercée pour que la loi déferée échappe à la censure.

## **II. Sur la méconnaissance du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et du principe d'égalité**

On l'a déjà constaté, le Gouvernement a admis dans sa défense que la création de la « prestation dépendance » satisfaisait « à une exigence trouvant son fondement dans les dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 », exigence dont les garanties fondamentales du respect ne peuvent être déterminées que par la loi.

Le Gouvernement semble ici se borner à inviter le Conseil constitutionnel à faire confiance à la vigilance dont fait preuve le juge administratif dans l'exercice de sa mission de contrôle des règlements à intervenir en la matière. Mais la question du plein exercice de la compétence législative ne saurait ainsi s'évanouir du simple fait que le juge de l'excès de pouvoir pourrait le cas échéant annuler tel règlement

Quant au principe d'égalité, si bien évidemment il ne s'oppose pas nécessairement à ce qu'un président de conseil général ait compétence pour octroyer tel avantage à un administré, il exige en revanche qu'en pareil cas, et surtout s'il s'agit de la mise en oeuvre d'un droit satisfaisant à une exigence constitutionnelle, le pouvoir de l'autorité décentralisée soit réellement encadré, conditionné, par le législateur. Or, tel n'est en rien le cas dans la loi déferée, et les dispositions que cite le Gouvernement dans sa défense ne feront pas ici illusion : elles concernent la forme et la procédure de la décision prise par le président du conseil général, et non les critères d'appréciation des situations individuelles des demandeurs qui constituent évidemment la clef du respect du principe d'égalité en la matière.

C'est en vain que le Gouvernement a tenté ici de caricaturer l'argumentation de la saisine : ce qui est aux yeux des exposants contraire au principe d'égalité, ce n'est nullement le principe de l'exercice d'un pouvoir de décision par une autorité décentralisée - on serait d'ailleurs surpris d'une telle inconséquence de la part de parlementaires dont beaucoup ont compté parmi les principaux promoteurs des lois de décentralisation des années 1980, alors ardemment combattues par la majorité d'aujourd'hui... -, mais bien l'attribution à cette autorité décentralisée d'un pouvoir totalement discrétionnaire d'octroi d'une prestation qui répond à une exigence de valeur constitutionnelle.

Les observations du Gouvernement posent en réalité, d'une manière certes peu explicite et quelque peu biaisée, la question décisive en affirmant que « la logique d'un mécanisme de prestation géré et financé par les départements » justifie que le montant des prestations soit librement fixé, au-delà d'un minimum décretaal, par chaque conseil général lors du vote du règlement sanitaire départemental. Au fond, la loi déferée adopte en matière de traitement de la dépendance des personnes âgées une logique de solidarité...(intra-)départementale, alors que l'exigence constitutionnelle posée par le onzième alinéa du Préambule de 1946 impose une logique de solidarité nationale. C'est en cela que tout le dispositif de cette loi est à des degrés divers entaché de violation du principe d'égalité territoriale devant la loi.

La fin de la défense gouvernementale en témoigne d'ailleurs très clairement lorsqu'elle reconnaît que la loi déferée réserve bel et bien, au nom du respect de conventions expérimentales antérieures, un traitement plus favorable, à situation identique, aux personnes âgées dépendantes résidant dans des départements où avait été mise en place la « prestation expérimentale dépendance ». Autant on peut concevoir qu'en l'absence de régime législatif général des expériences conventionnelles engendrent une diversité territoriale de régimes, autant la loi « générale et impersonnelle » ne saurait sans rupture d'égalité ignorer l'ampleur nationale de la solidarité constitutionnellement requise : au demeurant, si le législateur tenait, encore que rien ne l'y obligeât, à ne pas remettre en cause les conventions expérimentales, il lui était loisible d'aligner sur leurs stipulations le nouveau régime national, ce qui eût concilié le respect desdites conventions avec celui, autrement plus impératif à son égard, du principe constitutionnel d'égalité de traitement.

Le blanc-seing donné à l'autorité décentralisée résultant d'un exercice extrêmement partiel de la compétence législative n'est pas plus compatible avec le principe d'égalité devant la loi qu'avec les dispositions de l'article 34 de la Constitution ni - surtout - avec l'exigence de solidarité nationale posée par le Préambule de 1946.

La loi déferée ne saurait dès lors échapper à la censure.

## Réplique des sénateurs

### RÉPLIQUE DES SÉNATEURS SOCIALISTES AUX OBSERVATIONS DU GOUVERNEMENT RELATIVES AU RECOURS DIRIGÉ CONTRE LA LOI CRÉANT LES PLANS D'ÉPARGNE RETRAITE

Les trois régimes de retraite obligatoire dont la France dispose depuis environ un demi-siècle sont entrés, depuis une quinzaine d'années, dans une phase de maturité. Ils ne sont plus appelés à se développer ; ils doivent, dans un contexte difficile, assurer l'équilibre de leurs opérations et gérer progressivement la baisse de leur rendement, c'est-à-dire la diminution du niveau de couverture qu'ils assurent. Ces évolutions nécessaires vont entraîner une modification substantielle du système des retraites en France.

Pour faire face à ces évolutions, deux voies sont envisageables :

- offrir, dans le cadre de leurs entreprises ou de leurs branches professionnelles, à de larges catégories de salariés la possibilité de se constituer un véritable complément de retraite,
- laisser les salariés se constituer, avec l'aide éventuelle de leur employeur, une épargne-retraite qu'ils percevront au moment de leur départ en retraite sous forme d'une rente ou d'un capital ou de ces deux modalités.

Le premier système permet la couverture d'un grand nombre de salariés. En raison de la faculté ouverte aux entreprises et aux branches professionnelles de rendre ces systèmes obligatoires pour les salariés concernés, il permet à ceux-ci de cotiser pendant des durées très longues (20, 30, 40 années) et donc de se constituer dans les meilleures conditions possibles de sécurité un véritable revenu de substitution qui fasse l'objet d'une revalorisation satisfaisante des prestations servies. Les entreprises ne sont pas liées indéfiniment par les systèmes qu'elles mettent librement en place. Elles peuvent les interrompre à tout moment sans mise en cause des droits acquis par les salariés.

En faisant peser sur l'individu la décision de se constituer une épargne-retraite, la loi ne vient pas le protéger contre sa préférence naturelle pour le court terme. Les périodes cotisées ne seront pas suffisamment longues et les montants versés suffisamment importants pour que l'épargne-retraite constituée permette au salarié de disposer d'un véritable revenu de remplacement. Enfin, l'insuffisance des règles prudentielles propres à l'assurance jointe au fait que, selon la nature des produits proposés, l'assuré supportera parfois directement le risque de placement en font des dispositifs à la sécurité aléatoire.

Ces deux approches sont, dans leurs philosophies, différentes. La modification substantielle du système des retraites en France et la gravité des menaces que la loi relative aux plans d'épargne retraite fait peser sur les grands régimes obligatoires de retraite justifient, dans le cadre des compétences qui sont les siennes, que le Conseil Constitutionnel soit saisi de ce texte.

## **I - Sur le respect des dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.**

A) Sur le 11<sup>e</sup> alinéa du Préambule.

A l'argumentation tirée de la méconnaissance du 11<sup>e</sup> alinéa du Préambule de 1946, le Gouvernement oppose le fait que la loi adoptée tend seulement à encourager et à encadrer des mécanismes d'épargne volontaire et qu'elle ne modifie en rien les droits et obligations qui résultent du régime de base de sécurité sociale et des régimes complémentaires.

On relèvera d'abord que le Gouvernement a développé en introduction une argumentation rigoureusement inverse. Alors qu'il a présenté le texte de la loi comme ayant pour objet de favoriser des mécanismes de retraite venant compléter les pensions servies par les trois grands régimes obligatoires, il le qualifie de dispositif d'épargne volontaire. On verra que, selon ses besoins, il qualifie tantôt le dispositif retenu par le législateur de système de retraite ou de système d'épargne.

De même, alors qu'il a commencé par affirmer l'impossibilité d'envisager une augmentation indéfinie des cotisations des régimes obligatoires, il considère néanmoins que ces régimes pourront toujours assurer leur équilibre financier en agissant sur les prestations et sur les cotisations et que rien ne limite leurs possibilités d'évolution dans l'avenir.

Il convient de rappeler que :

a) dans sa décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, le Conseil Constitutionnel, saisi des régimes de retraite supplémentaire à adhésion obligatoire ou facultative qui, antérieurement à une loi n° 94-678 du 8 août 1994, pouvaient être créés dans le cadre d'organismes qualifiés d'institutions de retraite supplémentaire et régis par le code de la sécurité sociale, a considéré que ces régimes qui servent des rentes venant compléter les pensions du régime de base et des régimes complémentaires AGIRC/ARRCO appartenaient au domaine de la protection sociale. Or, exception faite des contrats d'assurance vie libellés en unités de compte qui sont des placements financiers, les opérations d'épargne retraite de la présente loi sont rigoureusement identiques aux opérations de ces institutions de retraite supplémentaire.

Saisi, dans ce recours, de la question de savoir si le législateur pouvait limiter la création de nouvelles institutions de retraite supplémentaire aux cas où les salariés d'une entreprise ne relevant pas des régimes de retraite complémentaire AGIRC/ARRCO, c'est-à-dire bénéficiant d'un régime spécial de sécurité sociale, viendraient à en relever, le Conseil Constitutionnel a estimé que « le législateur a entendu favoriser l'application des règles de droit commun aux salariés bénéficiant jusque-là d'un régime spécial » afin que les salariés concernés puissent « continuer à acquérir des droits supplémentaires pour la fraction non couverte par ces régimes légaux ». Les régimes spéciaux de sécurité sociale garantissant, comme le régime des fonctionnaires, le service de pensions égales à 75 % du dernier salaire, cela signifie bien que la fraction comprise entre ce niveau de couverture et celui assuré par le régime de base, l'AGIRC et l'ARRCO appartient au domaine de la protection sociale.

On ajoutera que cette analyse est en parfaite cohérence avec la jurisprudence du Conseil d'Etat qui, au regard de l'assiette de l'impôt sur les bénéfices des sociétés, n'admet la déductibilité des cotisations servant à financer des retraites supplémentaires qu'à la condition que l'ensemble des pensions servies à l'intéressé n'atteigne pas un montant excessif (17 juin 1985, n° 53699 et 51135). Souverainement déterminé par la Haute Assemblée, le caractère excessif est le plus souvent apprécié par référence au mode de calcul des pensions du secteur public (75 % du dernier traitement).

b) La réduction de l'assiette des cotisations de sécurité sociale et des régimes complémentaires AGIRC/ARRCO consécutive à l'avantage accordé à l'article 27 de la loi aux abondements des employeurs aux plans d'épargne retraite va, dans les dix années à venir, peser fortement sur l'équilibre de ces régimes alors qu'ils connaissent depuis plusieurs années des difficultés importantes. Contrairement à ce que soutient le Gouvernement, lorsque des hausses de cotisations au régime de base de la sécurité sociale, à l'AGIRC et à l'ARRCO devront être envisagées, les employeurs s'y opposeront, préférant abonder des plans d'épargne retraite largement exonérés de cotisations de sécurité sociale. En outre, ils pourront toujours réduire ultérieurement leur abondement ou même le supprimer.

Ce qui est important, pour tout employeur, c'est le coût global de l'ensemble de ses salariés (salaire direct + charges sociales de toute nature). Dans ces conditions et de son seul point de vue, il est logique qu'en matière d'augmentations de rémunérations il soit tenté de privilégier ce qu'il pourra ultérieurement remettre en cause par rapport à ce qui ne peut être modifié et qu'il ait une préférence pour des avantages générant moins ou peu de charges sociales.

Pour ces différentes raisons, les requérants demandent au Conseil Constitutionnel, sur la base de l'alinéa 11 du Préambule de 1946, de confirmer :

- que celui-ci serait méconnu si les prestations servies par les régimes obligatoires de retraite ne garantissaient pas aux assurés un niveau de retraite suffisant,

- que les plans d'épargne retraite contribuant à la sécurité matérielle des personnes ne peuvent avoir pour effet de réduire, directement ou indirectement, le niveau de couverture assuré par les régimes obligatoires et qu'ils doivent obéir à des règles assurant la sécurité effective de leurs adhérents.

B) Sur le 8<sup>e</sup> alinéa du Préambule.

Contrairement à ce que soutient le Gouvernement, l'article 4 de la loi limite considérablement le droit à la négociation collective.

On relèvera, tout d'abord, que lorsqu'elle vise à mettre en oeuvre le 8<sup>e</sup> alinéa du Préambule de 1946, cette expression doit être entendue largement. Or, le législateur a écarté deux autres modalités : l'accord conclu au sein du comité d'entreprise et l'accord proposé par le chef d'entreprise et adopté à la suite de la ratification par une majorité de salariés. Ces deux modalités sont prévues en matière d'intéressement (article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986). La seconde est d'application générale en matière de garanties sociales complémentaires (article L. 911-1 du code de la sécurité sociale). On ajoutera également que l'avis préalable du comité d'entreprise n'est pas prévu et que, avec le plein assentiment du Gouvernement, le rapporteur de la loi devant le Sénat l'a fermement écarté (Débats Sénat 2<sup>ème</sup> lecture JO 1997 N°9, p 477).

L'objet de la loi n'est pas, comme le soutient le Gouvernement, « de financer des fonds d'épargne retraite », mais de permettre à des salariés de se constituer un complément de retraite. La réponse du Gouvernement sur ce point constitue presque un aveu : s'agit-il de favoriser les assureurs et les établissements bancaires ou bien de permettre aux salariés de disposer d'une meilleure protection ?

L'argument invoqué par le Gouvernement selon lequel les comités de surveillance disposeraient de « pouvoirs d'actions importants » n'étant étayé par aucun élément précis, manque en fait. On se contentera de rappeler que :

- les conseils de surveillance, lorsqu'ils seront effectivement mis en place, ne disposeront d'aucun pouvoir de décision et que les avis qu'ils pourront émettre ne lieront en aucune manière les gestionnaires du fonds ;

- lorsque les sommes issues de l'intéressement et de la participation des salariés sont investies dans un fonds commun de placement, le règlement du fonds prévoit l'instauration d'un conseil de surveillance et les cas où la société de gestion doit recueillir l'avis de ce conseil ; le conseil de surveillance qui est composé de représentants des salariés et, pour moitié au plus, de représentants de l'entreprise, exerce les droits de vote attachés aux valeurs comprises dans le fonds et décide des transformations, fusions, scissions ou liquidations ; aucune modification du règlement du fonds ne peut être décidée sans l'accord du conseil de surveillance (article 20 de la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988). Dans ce cas, et dans ce cas seulement, on peut considérer que ces conseils de surveillance sont dotés de moyens d'action importants.

Enfin, dans sa décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, le Conseil Constitutionnel a estimé que « si le législateur... pouvait ne plus permettre pour l'avenir... la constitution d'institutions de retraite supplémentaire, il a prévu cependant que les partenaires sociaux pouvaient souscrire un contrat de groupe auprès d'une institution de prévoyance ou créer une institution de prévoyance particulière à une entreprise ou à un groupe d'entreprises » ; il a également insisté sur le fait que ces organismes étaient « administrés paritairement et constitués sur la base d'une convention ou d'un accord collectif, d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise et ratifié à la majorité des intéressés ou par accord entre

des membres adhérents et des membres participants réunis à cet effet en assemblée générale ». Ce n'est que parce que ces différentes conditions étaient remplies qu'il a admis que la loi qui lui a été déférée ne portait pas atteinte au principe énoncé au 8<sup>e</sup> alinéa du Préambule de 1946.

Les requérants demandent donc au Conseil Constitutionnel de confirmer sa jurisprudence qui affirme le rôle privilégié des partenaires sociaux, écarte le recours à la seule décision unilatérale de l'employeur et considère que la participation des assurés à la gestion de leurs avantages implique que les organismes qui en assurent la mise en oeuvre soient gérés paritairement.

## II - Sur le respect du principe d'égalité.

A) La rupture de l'égalité devant les charges publiques.

1) Article 26 de la loi.

Le Gouvernement invoque trois arguments pour contester qu'il y ait rupture de l'égalité devant les charges publiques. Aucun de ces arguments ne résiste à l'analyse.

a) Sur le fait que l'avantage fiscal serait d'autant plus important que la rémunération est faible :

Le Gouvernement semble gravement méconnaître le niveau du salaire moyen ainsi que la répartition entre catégories de salariés. En 1995, le salaire net annuel moyen des salariés à temps complet s'élevait à 124 720 F (Source : Synthèses n° 8, p. 23, INSEE). En 1995, il se répartissait ainsi pour les catégories socioprofessionnelles suivantes :

Cadres	251 050 F
ETAM	137 280 F
Ouvriers qualifiés	96 670 F
Ouvriers non qualifiés	77 400 F

Plafond annuel Séc. Soc. en 1995 155 940 F

La capacité d'épargner en vue de cotiser à un plan d'épargne retraite dépend directement du niveau de revenu disponible. On voit mal, dans ces conditions, comment un ouvrier non qualifié pourrait consacrer 31 188 F (20 % du plafond annuel 1995) de son revenu, c'est-à-dire 40 % de celui-ci au financement d'un plan d'épargne retraite. Sur les mêmes bases, la proportion est de 32 % pour les ouvriers qualifiés, 23 % pour les ETAM et 12 % pour les cadres.

On rappellera que l'hypothèse la plus plausible est que les salariés, lorsqu'ils en auront la volonté, consacrent 1 à 2 % de leur revenu annuel aux plans d'épargne retraite. Pour un ouvrier non qualifié, cela représenterait un versement mensuel de 100 à 200 F.

Sur ces bases, un salarié âgé de 20 ans en 1997 qui verserait 100 F par mois à un PER jusqu'à sa retraite 40 ans plus tard, percevrait une rente viagère réversible égale à 240 F par mois. Le même, âgé de 40 ans en 1997, percevrait une rente de 103 F par mois. L'abondement d'un même montant de l'employeur double le montant de ces rentes. On rappellera que la cotisation de l'ouvrier à l'ARRCO est de 3 % de son salaire. Les hypothèses qui viennent d'être présentées sont donc parfaitement plausibles. Le Gouvernement et les auteurs de la proposition de loi semblent bien éloignés de ces réalités

Ce seront donc bien les salariés les plus aisés, c'est-à-dire les cadres et, plus encore, les cadres supérieurs et les cadres dirigeants qui utiliseront le plus le nouvel avantage fiscal institué par le législateur. Il faut, en outre, rappeler qu'aucune limite en valeur absolue n'étant fixée pour les titulaires de hauts revenus, les entreprises pourront, pour ces catégories arbitrer entre augmentations de salaires et abondements à un plan d'épargne retraite.

Pour que le raisonnement adopté par le Gouvernement ait un sens, il faudrait que les salariés titulaires de faibles revenus épargnent davantage que ceux qui bénéficient des salaires les plus élevés. Par cet effort d'épargne, ils rétabliraient la progressivité de l'impôt sur le revenu en bénéficiant davantage que les salariés à revenus élevés de l'avantage fiscal prévu à l'article 26 de la loi. On voit bien l'absurdité d'un tel raisonnement.

#### b) Sur la CSG.

Bien qu'elle ne soit pas directement en relation avec le présent recours, on mentionnera l'erreur commise par le Gouvernement en ce qui concerne l'assiette de la CSG qui a été redéfinie par la loi de financement de la sécurité sociale. Exception faite de la part employeur des cotisations AGIRC/ARRCO, les contributions patronales de retraite complémentaire sont assujetties à la CSG dès le premier franc. Les pensions de retraite ou rentes servies sont également assujetties à la CSG. Dans le silence de la loi relative aux plans d'épargne retraite, les mêmes règles s'appliqueront aux abondements de l'employeur et aux rentes servies au titre d'un plan d'épargne retraite. Il y aura donc bien, pour les plans d'épargne retraite, double imposition au titre de la CSG. Mais, cette question ne peut être soulevée dans le cadre du présent recours.

#### c) Sur la constitution d'un complément de retraite par capitalisation.

L'affirmation du Gouvernement selon laquelle la loi aurait « clairement pour objet, dans toutes ses dispositions, la mise en place d'un dispositif dont la vocation est ... d'offrir... aux salariés qui le souhaitent la possibilité de se constituer un complément de retraite par capitalisation » est fautive comme les requérants l'ont montré au IX, page 19, du recours.

La comparaison faite avec la PREFON n'est pas opérante. Les régimes de retraite qui bénéficient des dispositions du 1<sup>o</sup> bis de l'article 83 du code général des impôts (PREFON, CREEF, CGOS, etc.) viennent s'ajouter à des régimes de sécurité sociale qui garantissent 75 % du dernier traitement ou salaire d'activité. Les salariés du secteur privé ne bénéficient pas d'une telle garantie au titre du régime de base, de l'AGIRC et de l'ARRCO.

Les requérants maintiennent donc leur argumentation. Ils soulignent qu'il y a bien atteinte au principe de l'égalité devant les charges publiques et à son corollaire, le principe de progressivité de l'impôt sur le revenu. Ils rappellent, en outre, que l'avantage n'est pas plafonné en valeur absolue.

#### 2) L'exonération de la contribution des institutions financières.

Contrairement à ce que prétend le Gouvernement, des opérations de même nature seront tantôt assujetties à cette contribution (sociétés d'assurance réalisant des opérations de retraite supplémentaire à adhésion obligatoire), tantôt exonérées (opérations d'épargne retraite des fonds d'épargne retraite). Il y a donc bien rupture du principe d'égalité sans que cette rupture ne soit justifiée par des motifs tirés de l'intérêt général.

#### B) Les multiples méconnaissances du principe de l'égalité.

##### 1) Les salariés de droit privé des entreprises nationales.

Les auteurs de la saisine maintiennent l'argumentation qu'ils ont développée et constatent que les explications fournies par le Gouvernement viennent confirmer son bien fondé.

##### 2) Sur le délai d'un an.

Le Gouvernement n'apporte pas de réponse à l'objection soulevée. Dans l'année qui suit la promulgation de la loi, les salariés des entreprises existantes se voient interdire totalement la faculté d'adhérer individuellement à un plan d'épargne retraite. A supposer que ce délai ait été justifié par le souci de laisser à la négociation collective la faculté de se nouer dans l'entreprise, ce que la possibilité offerte à l'employeur de prendre une décision unilatérale dément, il aurait fallu que le même délai s'applique aux entreprises qui se créeront après la promulgation de la loi. Dans ces conditions, il y a bien une différence de traitement que rien ne justifie :

- les salariés des entreprises existantes auxquels aucune proposition ne sera faite pendant l'année qui suivra la promulgation de la loi et qui souhaiteraient adhérer à un plan d'épargne retraite perdront définitivement une année au cours de laquelle ils auraient pu se constituer des droits ;

- les salariés des entreprises qui se créeront après ce délai d'un an pourront, selon les modalités fixées par la loi, adhérer immédiatement à un

plan d'épargne retraite.

### 3) Les Français établis à l'étranger.

La réponse apportée par le Gouvernement signifie qu'un certain nombre de Français établis à l'étranger pourront cumuler les différentes formules existantes et bénéficier, selon leur statut, des régimes accessibles aux fonctionnaires (PREFON, CREF, etc.) ou aux non salariés (loi Madelin).

### 4) L'interdiction de mettre en oeuvre des plans d'épargne retraite à prestations définies.

Les régimes à prestations définies offrent une sécurité très importante aux salariés qui en bénéficient puisque ceux-ci se voient garantir un niveau de retraite le plus souvent exprimé en pourcentage de leur dernier salaire. L'assurance vieillesse de la Sécurité sociale et les régimes de fonctionnaires de l'Etat ou des collectivités territoriales sont à prestations définies. L'argument tiré d'un manque de sécurité de ces régimes n'existe donc pas.

On rappellera, enfin, que le Gouvernement entend continuer à favoriser fiscalement certains régimes à prestations définies qui bénéficient essentiellement aux cadres dirigeants des entreprises. Le fisc admet, en effet, que les contributions des employeurs au financement de ces régimes soient intégralement déductibles de l'assiette de l'impôt sur le revenu. Le ministre du budget a confirmé l'intention du Gouvernement de maintenir ce régime exorbitant (Débats Sénat, 2ème lecture, JO N°9, 1997, p.503).

### 5) Les différences relatives au montant des transferts.

Le Gouvernement ne répond pas à la critique adressée qui concernait les sommes qui seront transférées. Le législateur a, en outre, méconnu sa compétence en ne fixant pas des règles qui, comme le Conseil Constitutionnel l'a rappelé dans sa décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, offrent « des garanties de nature à assurer effectivement la sécurité des salariés ».

### 6) Les différences de traitement entre adhérents individuels et collectifs.

L'analyse développée par le Gouvernement est contraire au texte de la loi adoptée par le Parlement.

L'article 5 subordonne la mise en place d'un plan d'épargne retraite « à la conclusion d'un contrat entre un employeur, un groupement d'employeurs, d'une part, et un organisme mentionné à l'article 8, d'autre part », c'est-à-dire un fonds d'épargne retraite. Cela signifie qu'un adhérent individuel ne peut contracter directement avec un fonds d'épargne en souscrivant avec celui-ci un contrat d'assurance individuel. Seuls des contrats d'assurance de groupe peuvent donc être souscrits avec un fonds d'épargne retraite. En l'absence de dispositions particulières, le législateur a renvoyé aux différents codes applicables (article 11). Or, le code des assurances définit ainsi le contrat d'assurance de groupe :

"Est un contrat d'assurance de groupe le contrat souscrit par une personne morale ou un chef d'entreprise en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des conditions définies au contrat, pour la couverture des risques dépendant de la durée de la vie humaine, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque de chômage.

Les adhérents doivent avoir un lien de même nature avec le souscripteur."

Les dispositions du second alinéa de cet article interdisent que des adhérents puissent avoir des liens de nature différente avec un souscripteur. Cette condition est parfaitement justifiée. On imagine mal que l'employeur qui contracte avec un assureur puisse s'engager pour des personnes autres que ses propres salariés. On ne voit pas davantage pour quelle raison il devrait assurer l'information de ces personnes.

Des adhérents individuels ne pouvant adhérer au plan d'une entreprise dont ils ne sont pas les salariés, on ne peut soutenir, comme le fait le Gouvernement, qu'ils seront ainsi représentés et destinataires des informations prévues par le législateur.

S'agissant des PME, on voit mal comment des entreprises de quelques salariés pourraient mettre en place un comité de surveillance. On rappellera qu'en 1995, 55 % des salariés étaient employés dans des entreprises de moins de 50 salariés. Au-delà de l'atteinte à l'égalité entre salariés des PME et salariés des grandes entreprises le législateur a également méconnu sa compétence en n'adoptant pas un dispositif qui corresponde à la réalité des entreprises françaises.

## III - Sur le respect de divers autres principes.

A) Les principes qui n'auraient pas valeur constitutionnelle.

1) Le principe de l'application de l'avantage plus favorable en cas de concours d'accords collectifs.

Contrairement à ce que soutient le Gouvernement au a), les sénateurs auteurs du recours n'ont pas confondu les principes qui fondent la compétence du législateur avec ceux qui en limitent l'exercice. Ils maintiennent donc intégralement leur argumentation qui a pour objet de demander au Conseil Constitutionnel de reconnaître comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République le principe selon lequel, dans le domaine du droit du travail, en cas de conflit de normes, c'est la plus favorable qui doit recevoir application.

Les remarques présentées « à titre subsidiaire » par le Gouvernement sont purement politiques et excèdent donc le cadre de ce recours. Elles ne sont, en outre, conformes ni au texte de loi, ni à la réalité de la négociation collective en France :

- la négociation collective n'est en aucune manière privilégiée ; l'obligation posée à l'article 4 de conclure toute négociation dans un délai de six mois ne permettra pas à celle-ci de se développer librement ;

- les articles L. 132-13 et L. 132-23 du code du travail ainsi que l'ensemble des dispositions du titre 111 du livre 1<sup>er</sup> de ce code n'opèrent aucune distinction selon que les dispositifs mis en place sont à caractère obligatoire ou facultatif ; il convient de rappeler qu'un accord collectif, acte librement négocié entre l'employeur et les organisations syndicales de salariés (article L. 132-2 du code du travail) engage d'abord l'entreprise (article L. 135-2). Dans le domaine de la protection sociale complémentaire, de nombreux accords laissent aux salariés concernés la liberté de s'affilier au non aux régimes mis en place. Les accords collectifs n'ont pas nécessairement la rigidité que leur prête le Gouvernement ;

- l'affirmation selon laquelle des employeurs « auraient pu craindre de se voir imposer par les échelons de négociation supérieurs des contraintes supplémentaires au sein de leur accord d'entreprise » est juridiquement fautive ; en effet, le législateur n'ayant pas prévu que les accords de branche ou interprofessionnels puissent faire l'objet d'arrêtés d'extension de la part de la puissance publique, seules les entreprises adhérentes à une fédération patronale signataire de ces accords seront engagés par les dispositions de celui-ci. Or, lorsqu'une entreprise adhère à un syndicat d'employeurs, elle s'engage à en respecter les décisions. Elle doit être considérée comme ayant consenti aux décisions que celui-ci prendra.

Les requérants maintiennent donc intégralement leur argumentation. Ils tiennent seulement à souligner que le principe qu'ils demandent au Conseil Constitutionnel de constitutionnaliser trouve son origine dans une loi de 1936 et que le Conseil d'Etat et la Cour de cassation en font application même dans le silence de la loi.

2) Le principe de la liberté contractuelle.

Les requérants tiennent à préciser les critiques qu'ils ont adressées au V de leur recours consacré aux entraves au libre choix du plan d'épargne retraite, la réponse du Gouvernement ne correspondant pas aux questions soulevées.

Le fait que le Conseil Constitutionnel n'ait pas constitutionnalisé la liberté contractuelle n'a pas la portée que lui prête le Gouvernement. De nombreuses limites sont apportées à cette liberté sans que pour autant elles soient entachées d'inconstitutionnalité. La question qui se pose, ici, est d'une nature différente. Alors que le législateur a prévu que des salariés auxquels un plan ne serait pas proposé par leur entreprise puissent adhérer individuellement au plan de leur choix, l'employeur qui, sans participer au financement du plan, prendrait une décision unilatérale en faveur d'un plan et d'un fonds d'épargne retraite déterminés paralyserait les possibilités de choix de l'assuré sans lui consentir le moindre avantage. Celui-ci devrait attendre dix ans avant de pouvoir choisir un autre plan.

Cette situation, dont les requérants admettent qu'elle ne résulte pas nécessairement d'une volonté délibérée du législateur, porte atteinte à l'autonomie de la volonté du salarié. Cette autonomie ne peut être altérée au travers du choix par le chef d'entreprise du plan d'épargne retraite que si elle est assortie d'une contrepartie, c'est-à-dire d'une participation, même limitée, de l'employeur au financement du plan d'épargne retraite.

D'autre part, dans un domaine où se rencontreront des offres des différents fonds d'épargne retraite et des demandes des salariés et des employeurs, des décisions unilatérales n'entraînant aucune charge pour l'entreprise et donc faciles à prendre pour un chef d'entreprise vont empêcher d'autres fonds d'épargne retraite de proposer aux salariés d'entreprises qui, manifestement, n'auront aucune volonté particulière de s'impliquer réellement dans des systèmes d'épargne retraite, d'adhérer aux plans qu'ils proposeront. Il y aura, dans ce cas, atteinte à la liberté d'entreprendre et à son corollaire la liberté du commerce et de l'industrie sans que des motifs tirés de l'intérêt général ne viennent justifier ces atteintes.

La question soulevée par les requérants pourrait justifier une réserve d'interprétation.

B) Les autres principes constitutionnels qui seraient méconnus.

1) La méconnaissance de la liberté d'entreprendre.

L'affirmation du Gouvernement selon laquelle les fonds d'épargne retraite ne seraient pas concernés par la liberté d'entreprendre devrait étonner les assureurs et les établissements bancaires qui s'appêtent à solliciter, de la part des Pouvoirs Publics, l'agrément de fonds d'épargne retraite.

Le Gouvernement s'étant abstenu de répondre aux arguments développés par les requérants, ceux-ci ne peuvent que renvoyer aux termes de leur recours en soulignant les trois points suivants :

- l'obligation faite à des organismes qui ont été agréés et pratiquent déjà des opérations d'épargne retraite de constituer un nouvel organisme assureur qualifié de fonds d'épargne retraite est inutilement contraignante puisque les autorités administratives compétentes ont déjà exercé sur ces activités leurs pouvoirs d'agrément et de contrôle ; c'est en ce sens que l'atteinte à la liberté d'entreprendre est excessive ;

- la question, soulevée dans le recours, du double emploi des mêmes fonds propres et, plus généralement, du risque d'insolvabilité du fonds d'épargne retraite n'a reçu aucune réponse ; or, saisi de la question de savoir si des entreprises garantissant directement des opérations de retraite supplémentaire mises en oeuvre par une institution de retraite supplémentaire en inscrivant à leur bilan des provisions et en garantissant le risque lié à leur insolvabilité dans des conditions fixées par décret, le Conseil Constitutionnel, dans sa décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, a estimé que le législateur « doit être ainsi regardé comme ayant prévu dans ce cas des garanties de nature à assurer effectivement la sécurité des salariés » et « qu'il appartiendra au pouvoir réglementaire d'y veiller » ; le dispositif adopté par le législateur en ce qui concerne les fonds d'épargne retraite n'assure pas ces garanties dont le Conseil Constitutionnel a estimé, dans cette décision, pour des organismes ayant une activité comparable, qu'il relevait de sa compétence afin que la sécurité des salariés concernés soit effectivement assurée ;

- l'adaptation de certaines des règles prudentielles propres à l'assurance annoncée à l'article 23 de la loi ne répond pas à cette exigence de sécurité ; elle ne traite ni de la question du double emploi des fonds propres, ni du risque d'insolvabilité du fonds d'épargne retraite ; la pression des organismes offreurs devrait plutôt conduire à un allègement des règles de l'assurance vie classique.

En conséquence, les requérants maintiennent leur argumentation qui concerne une des questions fondamentales de la loi en soulignant qu'à la méconnaissance de la liberté d'entreprise s'ajoute également la méconnaissance, par le législateur, de sa propre compétence telle que le Conseil Constitutionnel l'a rappelée dans sa décision du 3 août 1994.

2) Sur la méconnaissance de l'article 15 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.

Les requérants maintiennent leur argumentation.

#### **IV - Sur les moyens relatifs à l'étendue de la compétence du législateur.**

1) L'égalité entre les hommes et les femmes.

La mise en oeuvre, dans tous les domaines, du principe constitutionnel de l'égalité entre les hommes et les femmes n'a rien d'évident. Aussi le Préambule de 1946 confie-t-il au législateur le soin d'en garantir le respect.

Les raisons pour lesquelles cette question se pose en matière d'épargne retraite sont très simples. L'espérance de vie à la naissance des femmes est différente de celle des hommes, les femmes vivant en moyenne 7 ans de plus que les hommes. Le capital constitutif d'une rente à servir à des femmes sera donc sensiblement plus élevé que celui nécessaire au service de la même rente aux hommes. En conséquence, si le législateur n'interdit pas aux responsables des fonds d'épargne retraite de tenir compte de l'espérance de vie des hommes et des femmes dans le calcul des rentes que ces fonds leur serviront, les contrats proposés pourront prévoir, pour un même plan, des rentes d'un montant inférieur pour les femmes par rapport à celles qui seront servies aux hommes.

En conséquence, dans un domaine qui relève à la fois du droit du travail et des obligations civiles, le législateur a bien méconnu la compétence qu'il tire de l'article 34 de la Constitution.

L'intervention des partenaires sociaux ne constitue pas, comme le prétend le Gouvernement, une garantie. On rappellera que la France s'est fait

condamner par la Cour de justice des Communautés européennes pour avoir laissé aux partenaires sociaux le soin de mettre en oeuvre le principe de l'égalité de traitement en matière de conditions de travail (25 octobre 1988, aff. 312/86, Commission c/ République française, Rec. 6315).

2) L'absence de définition des modalités d'adhésions individuelles.

Dans sa réponse, le Gouvernement confond, comme on l'a indiqué précédemment, les contrats individuels d'assurance et les contrats d'assurance de groupe. Dans un domaine qui relève du droit des obligations civiles et commerciales, le législateur doit fixer clairement les principes relatifs aux modalités de souscription des contrats relatifs à des plans d'épargne retraite.

3) Le partage des droits à réversion.

Quel que soit le système de retraite, les droits à réversion dérivent nécessairement des droits directs. Les droits directs sont constitués tout au long de la carrière au profit du salarié et, lorsqu'il fait le choix d'une faculté de réversion, de son ou de ses conjoints successifs. Le revenu de remplacement qui sera versé à compter de la date de liquidation de la rente doit donc également bénéficier à chacun des conjoints lorsqu'il y en a eu plusieurs. Ceux-ci ont, proportionnellement à la durée du mariage, un droit de créance sur une fraction des droits à réversion.

Les difficultés d'application invoquées par le Gouvernement ne sont nullement probantes, plusieurs pays de l'Union européenne (Pays-Bas, Allemagne, etc.) ayant fixé des règles très précises en la matière.

Accorder l'intégralité de la pension de réversion au dernier conjoint survivant revient à léser gravement les éventuels conjoints antérieurs. Cette disposition de la loi porte atteinte aux droits des personnes et de la famille. Traditionnellement, la compétence du législateur est entendue largement dans ces domaines.

4) Les groupements d'employeurs.

La réponse apportée par le Gouvernement fait pleinement ressortir l'extrême imprécision des termes utilisés par le législateur.

Il faut, en préalable, observer qu'elle est très éloignée de la conception très extensive développée par le rapporteur de la loi devant le Sénat. En faisant référence aux dispositions du code du travail qui définissent les personnes habilitées à négocier une convention ou un accord collectif, le Gouvernement répond à la seule question qui ne se posait pas puisque, comme il le souligne, l'article 4, 2<sup>e</sup> alinéa de la loi renvoie, notamment, aux articles L. 132-2 et L. 132-3 du code du travail.

Là encore, on se situe dans un domaine qui relève à la fois du droit du travail et des obligations civiles et commerciales. La compétence du législateur est toujours entendue largement.

5) L'information et la protection des droits des adhérents.

Le législateur a laissé aux fonds d'épargne retraite une très grande liberté. Les adhérents qui, souvent, vont être des adhérents individuels et qui, parfois, supporteront le risque de placement de l'assureur, vont se trouver dans une situation d'infériorité qui déséquilibrera la relation contractuelle. Il convient donc, dans un domaine qui relève des obligations civiles et commerciales, que le législateur exerce pleinement ses compétences comme il le fait en matière de droit des consommateurs.

6) Le statut des membres de la COB.

La réponse du Gouvernement n'apporte pas d'élément déterminant s'agissant d'une autorité administrative indépendante disposant de pouvoirs de sanction étendus.

7) Les exonérations de cotisations de sécurité sociale.

a) Une modification substantielle de l'assiette des cotisations de sécurité sociale :

Le Gouvernement a fait une mauvaise lecture des travaux parlementaires relatifs à l'article 27 de la loi qui, au sein même de la majorité, ont donné lieu à de très vives discussions (JO Débats, Sénat, no 107, 1996, p. 7388 et s.).

On rappellera également que la proposition de loi initiale ne prévoyait aucun avantage social particulier. A une question de M. Yves Deniaux

relative à l'exclusion de l'assiette des cotisations sociales des contributions versées aux employeurs, M. Jacques Barrot et M. Jean-Pierre Thomas indiquaient que « ces contributions restaient dans l'assiette des cotisations sociales » (rapport élaboré en 1994 par MM. Charles Millon et Jean-Pierre Thomas et Jacques Barrot (Assemblée Nationale,

rapport no 1286, p. 87).

Contrairement à ce qu'indique le Gouvernement, la déductibilité des abondements de l'employeur aux plans d'épargne retraite n'était nullement de plein droit sur la base des dispositions des articles L. 242-1 et D. 242-1 du code de la sécurité sociale.

Il est tout d'abord nécessaire de rappeler que le principe posé à l'article L.242-1 du code de la sécurité sociale est celui de l'assujettissement à cotisations de sécurité sociale de tout avantage servi à l'occasion du travail. L'exception ne peut être que l'exclusion de cette assiette.

On indiquera, ensuite, que toute mesure d'exonération de cotisations de sécurité sociale est d'interprétation stricte. La Cour de cassation a eu l'occasion, par exemple, d'en juger ainsi à propos de certains régimes de retraite à prestations définies. Le caractère aléatoire du versement des prestations promises (ancienneté importante dans l'entreprise et présence dans celle-ci lors du départ en retraite) avait conduit certaines entreprises à considérer que les contributions des employeurs échappaient à toutes cotisations de sécurité sociale même lorsque la limite de 85 % posée à l'article D. 242-1 du code de la sécurité sociale était franchie. La Cour de cassation a écarté cette analyse au motif que l'avantage était bien consenti à l'occasion du travail (23 juin 1994, CFFC c/ URSSAF de Paris, RJS 8-9/94, n° 1050).

Ces principes ou règles étant rappelés, l'exclusion de contributions des employeurs de l'assiette des cotisations de sécurité sociale ne peut s'appliquer qu'à des régimes qui présentent un caractère réellement complémentaire à la sécurité sociale. Or, les plans d'épargne retraite ne remplissent pas cette condition fondamentale :

- certains des produits envisagés ont le caractère de placements financiers (contrats d'assurance en unités de compte) ; s'agissant d'opérations d'épargne pure, ils sont nécessairement hors du champ de la sécurité sociale qu'ils ne peuvent, en conséquence, compléter ;

- les cotisations versées au titre d'un plan d'épargne retraite sont totalement variables et dépendront le plus souvent de décisions individuelles et non d'une décision collective des salariés ; la Sécurité sociale s'est, par exemple, toujours refusée à admettre la déductibilité de la participation d'un employeur au financement de contrats en sur-salaire ou de collaborateurs en raison, notamment, du caractère individuel et non solidaire de ces contrats.

Ces éléments suffisent à montrer, contrairement aux affirmations du Gouvernement, que la déductibilité des abondements des employeurs aux plans d'épargne retraite n'était pas possible sans que l'avant-dernier alinéa de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale ne soit dûment complété. Il faut, en tout cas, une audace certaine pour la qualifier de « précision rédactionnelle », ne serait-ce qu'en raison de son coût prévisible.

Afin d'éclairer sur ce point le Conseil Constitutionnel et sous réserve de confirmation par des études approfondies, il est possible de fournir quelques indications sommaires. Le coût, en année pleine, lorsque le nouveau dispositif sera entré en vigueur et qu'il aura atteint son régime « normal », pourrait être de 7 milliards de F pour le seul régime de base de Sécurité Sociale. Ce calcul a été fait sur la base d'une enquête SOFRES faite auprès des chefs d'entreprise. Les versements que ceux-ci pourraient consentir seraient de l'ordre de 1,4 % de la masse salariale. On a supposé que les versements des salariés représenteraient 1 à 2 % du salaire.

C'est donc bien l'économie du dispositif adopté par le Parlement en 1979 qui est bouleversée et qui justifie que l'ensemble des dispositions de l'avant-dernier alinéa de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale soit soumis au Conseil Constitutionnel.

b) Le législateur a méconnu sa compétence lorsqu'il a adopté l'avant-dernier alinéa de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale.

Ainsi que l'a souligné le Professeur Jean-Jacques Dupeyroux dans son précis de sécurité sociale (p. 594), en matière de contributions des employeurs au financement de l'ensemble des couvertures complémentaires, dans la pratique, la règle est l'exonération et l'exception la soumission à cotisations. Comme cela a été indiqué dans le recours, les travaux préparatoires de la loi de 1979 montrent que

telle n'était pas la volonté du législateur.

Enfin, si un élément aussi important de l'assiette des cotisations de sécurité sociale ne relève pas des principes fondamentaux de la sécurité sociale qu'il incombe, en vertu de l'article 34 au législateur de déterminer, il est permis de se demander ce qui peut bien rester de sa compétence.

On se trouve manifestement dans des hypothèses où il y eu dénaturation, par le pouvoir réglementaire, de dispositions législatives par trop imprécises.

## **V - Sur le domaine réservé aux lois de financement de la sécurité sociale.**

On ne peut, comme le fait le Gouvernement, soutenir que l'introduction des plans d'épargne retraite n'aura aucun effet sur les conditions de financement de l'ensemble des régimes sociaux. Les conditions de l'équilibre financier de la sécurité sociale et aussi des régimes complémentaires AGIRC/ARRCO vont donc bien être affectées sans que le Parlement n'ait été informé du montant prévisible des pertes de recettes, aucune étude chiffrée n'ayant été fournie par le Gouvernement au cours de la discussion parlementaire.

## **Observations sur la réplique des auteurs de la saisine dirigée contre la loi créant l'épargne-retraite aux observations du gouvernement**

La réponse des sénateurs auteurs de la saisine aux observations que le Gouvernement a présentées sur leur recours développe, pour l'essentiel, une argumentation à laquelle il a déjà été répondu. Certains des points évoqués dans cette réponse appellent cependant les quelques remarques suivantes.

### **I - Sur L'objet de la loi déferée**

Les plans d'épargne retraite ne sauraient être assimilés, comme le font les requérants au soutien de leur argumentation, à des régimes de sécurité sociale, quand bien même cette dernière notion devrait être entendue de manière extensive. Il existe en effet une différence de nature entre :

- d'une part, des dispositifs obligatoires qui relèvent d'une solidarité nationale ayant pour finalité de servir des prestations en contrepartie de cotisations,

- et d'autre part le mécanisme en cause en l'espèce, qui ne fait que promouvoir et encadrer des initiatives comme il en existe déjà, afin de permettre aux salariés de se constituer un capital grâce auquel ils bénéficieront, après la cessation de leur activité, du versement d'une rente venant compléter les pensions servies par les régimes de sécurité sociale.

Dès lors qu'il s'agit seulement d'un dispositif fondé sur un effort d'épargne volontaire, et même si sa finalité est l'amélioration du niveau des ressources dont pourront disposer les retraités, l'objet et la logique d'un tel texte sont étrangers aux dispositions du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dont se prévaut la saisine. En assurant l'encadrement d'un tel dispositif et en prévoyant des incitations fiscales, le législateur ne peut, en effet, être regardé comme mettant en oeuvre le principe énoncé par le onzième alinéa du Préambule, suivant lequel la Nation doit garantir à tous la sécurité matérielle, non plus que celui du huitième alinéa relatif à la participation des travailleurs à la détermination collective de leurs conditions de travail.

Pour les mêmes raisons, la loi adoptée ne peut être utilement contestée sur le fondement des dispositions de l'article 34 de la Constitution qui fondent la compétence du législateur pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail et de la sécurité sociale.

### **II- Sur l'exonération de la contribution des institutions financières**

L'article 8 de la loi déferée prévoit que les fonds d'épargne retraite sont constitués sous la forme d'une société anonyme d'assurance, d'une société d'assurance mutuelle, d'une institution de prévoyance relevant du code de la sécurité sociale ou d'un organisme mutualiste relevant du code de la mutualité.

L'exonération prévue à l'article 30 permet d'assurer un traitement homogène au regard de la contribution des institutions financières, de ces personnes morales qui auront pour même objet exclusif de gérer les plans d'épargne retraite.

A défaut, seuls les fonds constitués sous forme de société anonyme d'assurance et de société d'assurance mutuelle seraient assujettis à cet impôt. Il en résulterait une discrimination qui, indirectement, serait préjudiciable à certains salariés.

A l'inverse de ce que soutiennent les saisissants, cette mesure est donc destinée à mettre en oeuvre le principe d'égalité.

Elle ne conduit pas à traiter différemment des « opérations de même nature » puisque, précisément, l'objet de la loi déferée porte sur un mécanisme facultatif d'épargne retraite par capitalisation, géré par des organismes dédiés : au regard du principe d'égalité, il n'y a guère de sens

à rapprocher l'épargne retraite de dispositifs existants qui ont un objet différent, relèvent d'un régime juridique distinct et sont gérés par d'autres types de personnes morales.

### III - Sur les différences de traitements entre adhérents individuels et adhérents collectifs

L'argumentation nouvelle que les requérants tirent des dispositions du code des assurances est inopérante.

Elle procède en effet d'une lecture inexacte de la loi déferée, dont l'article premier prévoit expressément la possibilité, pour les salariés qui n'ont pas de plan dans leur entreprise, d'adhérer à un plan déjà existant à l'extérieur de l'entreprise. La loi créant l'épargne retraite déroge ainsi à la disposition du code des assurances dont se prévalent les requérants. Comme le précise, en effet, l'article 11, si « les règles propres à la forme juridique sous laquelle est constitué le fonds d'épargne retraite continuent à s'appliquer », c'est « sous réserve qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions de la présente loi ».

L'affirmation selon laquelle les adhérents individuels ne peuvent adhérer au plan d'une entreprise dont ils ne sont pas salariés est donc erronée.

### IV - Sur la valeur du principe de l'application de l'avantage le plus favorable en cas de concours d'accords collectifs.

Pour demander au Conseil de « constitutionnaliser » ce principe, les sénateurs auteurs de la saisine tirent argument de son origine, qui remonterait, selon eux, à 1936.

Cette argumentation n'est pas de nature à remettre en cause celle que défend le Gouvernement, qui considère qu'il s'agit seulement d'un principe fondamental du droit du travail, au sens de l'article 34 de la Constitution, dont il appartient au législateur de définir et, le cas échéant, de limiter la portée.

Comme le souligne M. Genevois dans son ouvrage consacré à la jurisprudence du Conseil constitutionnel (p. 200 n°334) « le principe fondamental reconnu par les lois de la République apparaît ... comme un principe essentiel, posé par le législateur républicain, touchant à l'exercice des droits et libertés et qui a reçu application avec une constance suffisante dans la législation antérieure à la Constitution du 27 octobre 1946 ». Cette définition permet, en effet, de rendre compte de l'utilisation de cette notion par le Conseil constitutionnel pour consacrer :

- le principe des droits de la défense (n°76-70 DC du 2 décembre 1976),
- la liberté de l'enseignement (n° 77-87 DC du 23 novembre 1977),
- l'indépendance de la juridiction administrative (n° 80-119 DC du 22 juillet 1980),
- celle des enseignants du supérieur (n° 83-165 DC du 20 janvier 1984),
- ou encore l'existence d'une juridiction administrative compétente pour censurer les actes illégaux de la puissance publique (n° 86-224 DC du 23 janvier 1987).

Le principe de l'application de l'avantage le plus favorable en cas de concours d'accords collectifs ne saurait être assimilé à ceux qui ont été dégagés par les décisions précitées.

D'une part, en effet, il ne s'agit pas de l'exercice des droits et libertés, mais essentiellement d'un mécanisme permettant de hiérarchiser les différentes normes applicables en droit social.

D'autre part, et en tout état de cause, l'invocation du précédent de 1936 ne permet pas de conclure à l'existence d'un principe qui ferait obligation au législateur de prévoir, en cas de conflit de normes, l'application de la plus favorable. L'article 1<sup>er</sup> de la loi du 24 juin 1936 se borne à insérer dans le code du travail un article 31 vc, aux termes duquel « les conventions collectives ne doivent pas contenir de dispositions contraires aux lois et règlement en vigueur, mais peuvent stipuler des dispositions plus favorables ».

Cette seule intervention du législateur avant 1946 ne suffit pas à témoigner d'une constance suffisante dans l'application du principe en cause. Et surtout on ne trouve pas, dans la règle édictée par le législateur de 1936, l'énoncé d'une prescription qui s'imposerait, de manière générale, en cas de concours d'accords collectifs. Il est à cet égard significatif de relever qu'à l'époque, les commentateurs les plus éclairés n'ont pas décelé dans la loi sur les conventions collectives le principe que la saisine voudrait « constitutionnaliser » (cf par exemple le commentaire de la loi au

Elever aujourd'hui un tel principe au rang constitutionnel serait, au surplus, contradictoire avec l'évolution récente de la législation sociale, notamment depuis 1982, qui tend, par une approche plus globale de la négociation collective dans des domaines comme celui de la durée du travail, à diversifier l'appréciation, souvent délicate, du caractère plus ou moins favorable des règles applicables aux salariés.

Le principe invoqué ne saurait donc se voir reconnaître le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

## **V - Sur le principe de libertés d'entreprendre**

Créant un nouveau dispositif d'épargne par capitalisation en vue d'un complément de retraite, le législateur a entendu que la gestion puisse en être assurée par des fonds ayant le statut de société anonyme d'assurance, de société d'assurance mutuelle, d'institution de prévoyance ou d'organisme mutualiste.

Il a défini un cadre juridique et prudentiel adapté à ces caractéristiques, qui s'inspire largement des règles applicables aux assurances et comporte des modalités particulières de contrôle par l'Etat.

Les fonds d'épargne retraite seront ainsi soumis à des règles d'évaluation de leurs actifs, de provisionnement et de participation aux excédents tenant compte de la nature et de la durée de détention de leurs actifs ainsi que de leurs besoins de solvabilité ; comme en matière d'assurance, ces règles seront précisées par décret en Conseil d'Etat (article 23). La loi, par ailleurs, détermine elle-même des contraintes de dispersion des actifs (articles 24 et 25).

Comme le relèvent les requérants, ce cadre prudentiel comporte l'obligation, pour les fonds d'épargne retraite, de n'exercer que la seule activité de couverture des engagements pris dans le cadre des plans d'épargne retraite (article 8) et d'obtenir préalablement un agrément à ce titre (article 9). En revanche, il n'est pas apparu nécessaire d'introduire des règles relatives au double emploi des fonds propres, qui n'existent actuellement pas dans le droit des sociétés d'assurance.

D'autres choix d'opportunité et d'autres modalités techniques auraient peut-être été possibles. Mais en tout cas, sur le terrain constitutionnel, on ne peut sérieusement reprocher au législateur ni d'avoir méconnu sa propre compétence, ni d'avoir porté une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre : comme il vient d'être montré, la loi déferée fixe des règles adaptées au mécanisme nouveau qu'elle institue afin d'assurer au mieux la protection des droits des adhérents.

## **VI - Sur la contestation du 5ème alinéa de l'article L.242-1 du code de la sécurité sociale.**

Pour étayer leur argumentation tendant à contester, par voie d'exception, les dispositions du cinquième alinéa de l'article L. 242-1 du code de la sécurité sociale, les requérants se prévalent des rapports parlementaires auxquels avait donné lieu un précédent projet.

Cette argumentation est inopérante, dès lors que le dispositif adopté par le Parlement est substantiellement différent, ce qui n'a pas échappé aux commentateurs (cf. par exemple l'article figurant p.78 du n° du 15 mars 1997 du « Point »).

On rappellera seulement que l'article L 242-1 exclut de l'assiette des cotisations de sécurité sociale, dans la limite d'un plafond fixé par décret : "... les contributions des employeurs destinées au financement de prestations complémentaires de retraite et de prévoyance... ". L'abondement des employeurs aux plans d'épargne retraite est, sans conteste, destiné à de telles prestations, puisque la sortie du plan ne peut se faire qu'à l'âge de la retraite. Cet article ne pose aucune condition quant au caractère collectif de la décision d'adhérer ou de verser des contributions. En ajoutant à cet alinéa de l'article L. 242-1 les mots « y compris les abondements des employeurs aux plans d'épargne retraite », le législateur s'est clairement borné à expliquer ce qu'impliquait déjà la rédaction antérieure de cet article.

En d'autres termes, la loi déferée ne modifie pas le champ d'application de l'article L 242-1. Elle définit seulement un type de contribution qui entre, compte tenu des caractéristiques qui lui sont assignées, dans le champ, antérieurement délimité, des contributions des employeurs exclues de l'assiette des cotisations de sécurité sociale.

La loi déferée n'affecte donc pas le domaine d'une loi promulguée et ne peut, par suite, être regardée comme ouvrant, selon la jurisprudence issue de la décision n°85-187 DC du 25 janvier 1985, la possibilité d'en remettre en cause les dispositions.