

CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES

Séance plénière du 14 février 2018 – 9 h 30

« Les modes de calcul des droits et la transition d'un système à l'autre »

Document N°10

<i>Document de travail, n'engage pas le Conseil</i>

**Problématiques juridiques
de la transition vers un nouveau régime**

Secrétariat général du Conseil d'orientation des retraites

Problématiques juridiques de la transition vers un nouveau régime

Ce document vise à recenser les principales questions juridiques posées par le remplacement du calcul actuel des pensions par un nouveau mode de calcul (points ou comptes notionnels)¹.

Ce document rappelle d'abord brièvement les fondements juridiques de la sécurité sociale, par rapport auxquels le passage éventuel à un régime en points ou en comptes notionnels doit s'analyser (1). Il décrit ensuite les problématiques juridiques posées par le basculement vers un nouveau régime (2)² et examine les problématiques liées au changement de situation des assurés (3). Enfin est abordée la question de l'impact de la suppression éventuelle du paramètre de la durée d'assurance au regard des règles actuelles de coordination communautaire des régimes nationaux de sécurité sociale (4).

1. Les fondements juridiques de la sécurité sociale

Les fondements juridiques de la sécurité sociale renvoient à quelques grands principes constitutionnels et législatifs.

Les principes constitutionnels sont de deux ordres :

- le *principe d'égalité*, qui est issu de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (articles 1^{er} et 6) et de la Constitution de 1958 (art. 1^{er}). Il est appliqué en matière sociale par le Conseil constitutionnel, qui condamne les différences de traitement non justifiées par des différences de situation ou par des considérations d'intérêt général (DC n° 93-325 du 13 août 1993 ; DC n° 96-387 du 21 janvier 1997) ;

- les *principes économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps*, qui sont issus du préambule de la Constitution de 1946, dont les alinéas 10 (« *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à son développement* ») et 11 (« *Tout être humain qui, en raison de son âge (...) se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ») fondent constitutionnellement le principe de solidarité de la sécurité sociale.

En particulier, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le maintien d'un dispositif de minimum vieillesse constituerait, dans le cadre d'un éventuel basculement vers un nouveau régime, un garde-fou constitutionnel permettant d'assurer l'effectivité de l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 et de garantir le « *droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

¹ Ce document reprend dans les grandes lignes le II du chapitre 3 de la troisième partie du [septième rapport du COR](#) de janvier 2010 « Retraites : annuités, points ou comptes notionnels ? Options et modalités techniques », en tenant compte des évolutions législatives et réglementaires ayant eu lieu depuis.

² Concernant les différents modes de transition possibles dans le cadre du basculement vers un nouveau régime, voir le document n° 8 de cette séance.

Les principes législatifs au fondement de la sécurité sociale sont, outre l'équité de traitement et la pérennité financière :

- le principe de solidarité nationale, issu de l'article L. 111-1 du code de la sécurité sociale, aux termes duquel « *la sécurité sociale est fondée sur le principe de solidarité nationale* » ;

- le principe de répartition, issu de l'article 1^{er} de la loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, aux termes duquel « *la Nation réaffirme solennellement le choix de la retraite par répartition au cœur du pacte social qui unit les générations* ».

Les pensions au régime général sont régies par les dispositions du Livre 3 – Titre 5 du code de la sécurité sociale – et celle des régimes complémentaires sont régies par les dispositions figurant dans le Livre 9 du même code.

Dans la fonction publique d'État, les pensions sont régies par les dispositions législatives et réglementaires du code des pensions civiles et militaires, qui constituent le cadre juridique de ce régime considéré comme professionnel au sens communautaire (CJCE, arrêt Griesmar du 29 novembre 2001). Si les règles et les modalités de liquidation sont identiques dans les trois fonctions publiques, les normes juridiques et les modalités de gestion sont en revanche différentes.

Les pensions de la fonction publique relèvent de l'ordre administratif : tout recours contentieux contre le rejet d'une demande de pension ou contre la liquidation d'une pension est formé exclusivement devant les tribunaux administratifs (sous réserve d'appel devant les cours administratives d'appel ou le Conseil d'État) et doit être formé dans un délai de deux mois suivant la décision de rejet de la demande relative à l'arrêté de concession de la pension.

Les modalités de revalorisation des droits sont d'ordre législatif : elles reposent sur les articles L. 161-23-1 et L. 161-25 du code de la sécurité sociale applicables aux pensions de retraite du régime général et des régimes alignés, mais également, par renvoi, aux autres régimes de base et intégrés.

La question de la différence de traitement dans le cas des recours effectués par les assurés (fonctionnaires ou salariés du privé) viendrait à se poser dans l'hypothèse de la mise en place d'une législation unique.

2. Les problématiques juridiques posées par le basculement vers un nouveau régime

L'examen des modalités de basculement vers un nouveau régime ne fait pas apparaître de contraintes ou d'obstacles particuliers quant à sa faisabilité juridique³. Cependant, il ne peut être totalement exclu que les changements de situation individuelle induits par d'éventuelles modifications des règles d'acquisition et de valorisation des droits puissent faire l'objet de recours individuels d'assurés s'estimant lésés par la mise en place d'un nouveau régime. Il reste que, comme dans le régime actuel, la portée de ces recours serait très limitée au regard

³ En particulier, le Conseil constitutionnel, la Cour de cassation et le Conseil d'État estiment que le paiement des cotisations ne confère aucun droit « acquis » et que seule la liquidation confère à ce droit un caractère définitif. Ce dernier principe n'est toutefois pas constitutionnel ; il ne revêt qu'un caractère législatif.

de la faculté dont dispose le législateur pour mettre en vigueur et aménager les lois qu'il juge nécessaire pour « réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général »⁴.

2.1. Changement de situation au regard du principe d'égalité

L'ouverture des droits à l'assurance vieillesse du régime général s'effectue dans les conditions définies aux articles L.351-1 et R.351-1 du code de la sécurité sociale. Seule l'opération de liquidation de la pension présente un caractère de décision, laquelle donne lieu à notification à l'assuré, mentionnant les voies et délais de recours, notamment devant la commission de recours amiable, puis le tribunal des affaires de sécurité sociale.

Par ailleurs, selon une jurisprudence constante du Conseil constitutionnel (DC 2003-483 du 14 août 2003⁵), il est admis que le législateur puisse déroger au principe d'égalité en prévoyant des traitements différents dans des situations différentes ou pour des raisons d'intérêt général : « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ».

2.2. L'éventualité de recours individuels liés à la remise en cause des droits passés

En l'état actuel des textes applicables, les recours individuels ne peuvent porter que sur les droits à pension liquidés, à savoir les éléments de calcul de la pension notifiés. Dans le cadre d'une réforme aménageant les modalités de conversion des droits en cours d'acquisition, ces modalités ne pourraient être contestées que lors de la liquidation. La notion de rupture d'égalité serait en revanche inopérante en ce qui concerne les droits en cours d'acquisition.

Même si les risques de recours individuels liés au changement de régime paraissent limités, ils ne peuvent être totalement exclus.

L'examen des différents types de transition met en évidence la nécessité de préciser la durée de la transition, résultat d'un compromis entre le souhait d'étaler dans le temps la réforme pour ne pas remettre en cause les droits constitués dans l'ancien régime des générations proches de la retraite, et réduire ainsi les risques de recours individuels, et celui de mettre en œuvre au plus vite les nouvelles règles, à partir du moment où leurs propriétés sont jugées meilleures que celles en vigueur et compte tenu des difficultés en gestion et des coûts supplémentaires dans la phase de coexistence des deux régimes.

Dans le cas de la transition immédiate pour un régime en annuités, le calcul de la pension acquise dans l'ancien régime supposerait de faire des hypothèses relatives notamment aux conditions de liquidation (application ou non d'une décote) et aux modalités de calcul du salaire de référence pour des personnes en cours de carrière⁶. La conversion des droits

⁴ CEDH, Protocole additionnel, article 1^{er}.

⁵ Voir également : Décision n° 2017-668 QPC du 27 octobre 2017, *Époux B. (Exonération des plus-values de cession de logements par des non résidents)*, paragr. 6.

⁶ La pension de l'ancien régime dépend généralement de la durée de cotisation, avec une durée de référence (40 ans par exemple) pour une retraite à taux plein. Pour estimer le montant de pension acquis dans l'ancien régime en cours de carrière, il faut donc faire des hypothèses sur les conditions de liquidation (à taux plein, par exemple) et proratiser la pension en fonction de la durée de carrière effectuée (par exemple, la moitié d'une pension à taux plein pour un assuré ayant cotisé 20 ans si 40 ans est requis pour le taux plein). Des hypothèses *ad hoc* doivent également être retenues pour estimer, en cours de carrière, un salaire de référence qui, selon la réglementation du

consisterait ainsi à liquider, à la date de mise en place du nouveau régime, une pension « par anticipation » dans le régime actuel en annuités.

Cette liquidation « par anticipation » pour les assurés en cours de carrière nécessiterait d'élaborer de nouvelles dispositions réglementaires permettant une liquidation avant que le droit à retraite ne soit ouvert, avec des règles de calcul spécifiques (SAM, taux de liquidation et proratisation). Ces règles de calcul devraient être définies dans la mesure du possible en référence aux règles actuelles ; sinon, on ne peut exclure l'éventualité de recours individuels d'assurés qui s'estimeraient pénalisés par le changement de régime.

L'éventualité de recours individuels consécutifs au changement de régime pourrait exister également dans le cas de la transition progressive où les individus sont simultanément affiliés à l'ancien et au nouveau régime au cours de leur carrière, puisqu'elle conduit aussi à modifier les droits passés pour les générations de la transition (une part de ces droits est calculée avec les règles du nouveau régime), ce d'autant que la période de transition est courte, c'est-à-dire lorsque les coefficients de pondération (pension de l'ancien régime / pension du nouveau régime) évoluent rapidement au fil des générations⁷.

En revanche, les risques de recours individuels semblent très faibles, voire inexistant, avec la transition progressive où les individus sont successivement affiliés à l'ancien puis au nouveau régime au cours de leur carrière, puisque seuls les droits futurs, et non les droits passés, sont modifiés.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence du Conseil constitutionnel est constante sur le sujet et les sages indiquent que « *la différence de traitement qui résulte de mesures transitoires organisant la succession dans le temps de deux régimes juridiques n'est pas, en elle-même, contraire au principe d'égalité* », les différences de traitement étant inhérentes à la succession dans le temps de deux régimes⁸.

3. Impact sur le droit à l'information

Les textes applicables en matière de droit à l'information pour l'ensemble des régimes de base relèvent de l'article L.161-17 du code de la sécurité sociale, issu de l'article 10 de la loi du 21 août 2003 qui a mis en place un véritable droit à l'information à l'attention des assurés.

Ces dispositions prévoient une information consolidée concernant les droits constitués dans l'ensemble des régimes de retraite légalement obligatoires, tous les 5 ans à compter de 35 ans (relevé individuel de situation) ainsi qu'une estimation indicative globale du montant de pension, à partir de 55 ans. Il s'agit donc d'une information individualisée, obligatoire et systématique.

régime en annuités, dépend généralement des salaires de fin de carrière (le dernier salaire ou une moyenne des derniers ou des meilleurs salaires) ; à défaut, le dernier salaire connu peut par exemple être conventionnellement retenu.

⁷ Le cas limite serait de passer directement de (100 % / 0 %) à (0 % / 100 %) entre deux générations successives ; la première génération concernée par la transition (et les suivantes) verrait ses droits intégralement calculés dans le nouveau régime sur toute sa carrière.

⁸ Décision n° 2011-186 QPC du 21 octobre 2011, *Mlle Fazia C. et autres (Effets sur la nationalité de la réforme de la filiation)*, cons. 6. Et, plus récemment, Décision n° 2017-756 DC du 21 décembre 2017, parag. 45.

L'estimation n'est pas un engagement contractuel, la responsabilité du régime ne pouvant être engagée dès lors qu'il est fait mention que les éléments sont communiqués à titre indicatif, sous toutes réserves et sans engagement. Le législateur a ainsi prévu ce type de clauses limitatives de responsabilité en raison du caractère évolutif et aléatoire des informations recensées et communiquées durant la vie active. Les estimations de pension effectuées dans ce cadre ne sont donc pas opposables aux régimes.

Dans l'hypothèse du basculement vers un nouveau régime, les incertitudes liées à la mise en œuvre de nouvelles modalités de calcul des droits pourraient conduire, durant une phase transitoire, à un aménagement des dispositions réglementaires encadrant le droit à l'information. Cet aménagement pourrait ainsi permettre aux régimes de mieux fiabiliser l'information délivrée aux assurés et de développer des mesures d'accompagnement visant à expliciter les modalités de changement du régime.

4. Impact d'une éventuelle suppression d'une référence à une durée d'assurance sur la coordination communautaire

Les règles communautaires de coordination ne constituent pas un obstacle juridique à une réforme systémique et plus précisément à une réforme aboutissant à la suppression d'une référence à une durée d'assurance.

Les articles relatifs à l'application du principe de totalisation des périodes (article 6 du règlement 883/2004 du 29 avril 2004 et article 12 de son règlement d'application) définissent le mode d'emploi à suivre pour les États dès lors qu'ils font appel à des notions de durée d'assurance (durée d'emploi, d'activité ou de résidence) pour déterminer leur droit à pension (ouverture et/ou calcul). Pour les États qui ne font pas appel à ces notions, il n'existe plus d'obligation de récupérer les informations auprès d'autres États et donc d'appliquer le principe de totalisation proratisation. Ils restent cependant dans l'obligation de communiquer les informations qu'ils détiennent aux autres États membres qui en expriment le besoin.

Ces règles devraient toutefois conduire à examiner avec attention le contenu des conventions bilatérales conclues entre la France et les États membres, de manière à prévoir le cas échéant les adaptations nécessaires relatives à la nature des périodes à communiquer aux États qui en formuleraient la demande.