

**Commentaire de la décision n° 2006-544 DC du 14 décembre 2006**

Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 (LFSS 2007) constitue un record préoccupant en termes de gonflement, lors de l'examen parlementaire, d'un texte qui, par nature, devrait être ramassé et prêter à une discussion centrée sur les grandes questions relatives au financement de notre système de sécurité sociale.

Dans leur recours, enregistré le 1<sup>er</sup> décembre 2006, les députés de l'opposition contestaient cinq articles sur le fond, mais dénonçaient aussi l'abus du droit d'amendement par le Gouvernement et la majorité.

Ils soutenaient en particulier que plusieurs articles de la loi déferée, introduits par le Gouvernement au Sénat, constituaient des mesures nouvelles méconnaissant la règle de la priorité d'examen par l'Assemblée nationale des textes financiers.

Ce grief – le plus pertinent du recours – a conduit le Conseil à un nouveau resserrement de sa jurisprudence relative à la qualité du travail législatif, dans le droit fil des positions qu'il a prises dans un passé récent (règle de l'« entonnoir », clarté et sincérité des débats...) sur un sujet qui n'a malheureusement rien perdu de son actualité.

Le recours des députés a été complété par un recours des sénateurs, enregistré le 5 décembre. Ceux-ci s'associaient à la première saisine et mettaient en outre en cause le I de l'article 106 de la loi déferée.

*I. La procédure législative*

On examinera dans cet ordre:

- le grief tiré de la méconnaissance de la règle de priorité d'examen des textes financiers par l'Assemblée nationale;
- celui dénonçant la présence dans la loi déferée de nombreux « cavaliers sociaux »;
- enfin, la question des amendements adoptés au Sénat à l'initiative de ses membres et tombant sous le coup de l'article 40 de la Constitution, aux termes duquel: « Les propositions et amendements formulés par les membres du Parlement ne sont pas recevables lorsque leur adoption aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique. »

**A. La règle de priorité d'examen des textes financiers par l'Assemblée nationale**

Le Conseil constitutionnel a déduit de la deuxième phrase du second alinéa de l'article 39 de la Constitution - en vertu de laquelle « les projets de loi de finances sont soumis en premier lieu à l'Assemblée nationale » – que, dans ce cadre, le Gouvernement ne pouvait pas « présenter des mesures financières entièrement nouvelles » devant le Sénat<sup>24</sup>.

En revanche, il a jugé que cette règle, opposable au Gouvernement, ne s'appliquait pas aux amendements présentés par des sénateurs<sup>25</sup>.

Cette jurisprudence sur les mesures financières nouvelles est applicable, *mutatis mutandis*, aux lois de financement de la sécurité sociale, puisque la Constitution, et plus particulièrement son article 39, les soumet à des procédures d'examen analogues.

Elle a été réaffirmée et appliquée avec constance. Le Conseil a donc été conduit à la mettre en œuvre à propos de la LFSS pour 2007 (2).

Mais il l'a fait en simplifiant les critères retenus jusqu'ici pour identifier les mesures présentées pour la première fois par le Gouvernement devant le Sénat (1).

1) La simplification porte sur trois des termes employés par la jurisprudence antérieure, laquelle interdisait au Gouvernement de « présenter des mesures financières entièrement nouvelles pour la première fois devant le Sénat ».

Tout d'abord, il sera désormais fait référence à « l'introduction » d'une mesure dans la loi, ce qui montre que la base de référence est le périmètre de la loi financière en cause et non la législation existante. En outre, il ne sera plus question du caractère « financier » des mesures. Enfin, le mot « entièrement » sera supprimé.

Il s'ensuit que la façon dont sera appréciée la nouveauté des mesures ne sera plus la même.

a) En premier lieu, doit être regardé comme présenté pour la première fois devant le Sénat par le Gouvernement (et dès lors contraire à la règle de priorité d'examen par l'Assemblée nationale) tout amendement qui aborde une question nouvelle par rapport à celles qui ont été soumises à l'Assemblée nationale.

Une interprétation restrictive de la notion de mesure financière nouvelle devant le Sénat serait d'autant moins admissible que cette jurisprudence repose, outre sur l'article 39 de la Constitution (priorité d'examen des lois financières par l'Assemblée nationale), sur les contraintes de délai qui s'imposent à l'examen de ces textes (art. 47 et 47-1 de la Constitution).

Jusqu'ici, la nouveauté s'appréciait par rapport à la législation existante et non aux dispositions soumises à l'Assemblée nationale. Ce critère était illogique au regard des prescriptions de l'article 39 de la Constitution: la règle de priorité d'examen des textes financiers n'a de sens que dans le cadre de l'examen d'une loi de finances ou d'une LFSS déterminée.

b) La priorité d'examen concernant le projet de loi dans son ensemble, il n'y a pas de raison de cantonner la notion de « mesures nouvelles devant le Sénat » à des mesures financières *stricto sensu*: le mot « financier » renvoie, plus largement, aux dispositions insérées dans une loi financière (LFI, LFR, LFSS). La remarque est importante car les LFSS peuvent contenir des mesures non spécifiquement financières (information du Parlement sur leur application, organisation des caisses, gestion des risques...).

c) Jusqu'ici, le Conseil jugeait qu'une mesure présentée pour la première fois par le Gouvernement devant le Sénat ne méconnaissait pas la règle de l'examen prioritaire par l'Assemblée nationale si elle avait une portée limitée. Ce critère (qui n'est pas sans rappeler la jurisprudence, aujourd'hui abandonnée, des « limites inhérentes au droit d'amendement ») était très subjectif.

Cette jurisprudence méconnaissait la véritable portée de la règle selon laquelle le Gouvernement doit soumettre les textes financiers d'abord à l'Assemblée nationale: si, comme il a été dit, cette règle vaut pour la partie comme pour le tout, les seuls amendements aux textes financiers que le Gouvernement peut présenter au Sénat doivent être ceux en relation directe avec une disposition discutée par la première assemblée saisie.

Doivent être simplement regardées comme contraires à la règle de priorité d'examen par l'Assemblée nationale des textes financiers – autrement dit comme nouvelles – les mesures introduites dans ces textes au Sénat par le Gouvernement et qui n'ont pas au moins été soumises, sous une forme ou sous une autre, à l'Assemblée nationale.

Pour les amendements gouvernementaux devant le Sénat, la règle de priorité d'examen des lois financières par l'Assemblée nationale figure dès lors au nombre de ces « règles de recevabilité » qui, comme le rappelle la jurisprudence récente du Conseil constitutionnel<sup>26</sup>, peuvent limiter l'exercice du droit d'amendement dès la première lecture.

2) En l'espèce, ce raidissement de la jurisprudence (également applicable aux lois de finances) conduisait à la censure d'un grand nombre d'articles si l'examen avait été exhaustif et d'office. C'était sans doute sévère pour un premier cas d'application.

Le Conseil s'en est donc tenu aux articles dénoncés expressément par le recours comme contraires à la règle de la priorité d'examen par l'Assemblée nationale, soit les articles 13 (plafonnement du montant des cotisations et contributions sociales dues par certains non-salariés), 23 (abattement de la contribution sur le chiffre d'affaires de l'industrie pharmaceutique en faveur des entreprises bénéficiant du crédit d'impôt recherche), 47 (création d'un secteur dit « optionnel » dans le domaine des soins de ville), 68 (transmission des données des assureurs en matière de responsabilité civile médicale), 95 (renforcement des compétences des missions régionales de santé), 96 (création d'un fonds des actions conventionnelles) et 134 (aménagement du régime du dossier médical personnel et création d'un dossier pharmaceutique personnel).

Le nombre d'articles ainsi censurés peut encore paraître élevé, mais cette considération doit être mise en balance avec le recours inhabituellement élevé par le Gouvernement, pour cette LFSS, à des amendements présentés pour la première fois devant le Sénat, sans relation directe avec une disposition du texte examiné par l'Assemblée nationale et le plus souvent en séance.

Édifiante à cet égard est la statistique du nombre d'articles additionnels insérés au Sénat, depuis cinq ans, dans les lois de financement de la sécurité sociale, à l'initiative du Gouvernement: 2 dans la LFSS pour 2002, 4 dans la LFSS pour 2003, 5 dans la LFSS pour 2004, 2 dans la LFSS pour 2005, 5 dans la LFSS pour 2006 et... 14 dans la LFSS pour 2007.

## B. Les « cavaliers sociaux »

La compétence donnée au « législateur sociofinancier » par l'article 34 de la Constitution et par l'article LO 111-3 du code de la sécurité sociale est enfermée dans certaines limites.

Même si ces limites ont été quelque peu repoussées par la loi organique du 2 août 2005, elles existent et le Conseil constitutionnel doit les faire respecter.

Au regard du contenu des LFSS, limitativement défini par la Constitution et par la loi organique, ne trouvait sa place dans la LFSS pour 2007 aucune des dispositions suivantes:

- l'article 45, qui modifiait les règles de cumuls d'emplois applicables aux directeurs et directeurs adjoints de laboratoires d'analyses de biologie médicale;
- l'article 52, qui reportait à la date de désignation de leurs présidents l'entrée en vigueur des nouvelles chambres disciplinaires de l'ordre des pharmaciens;
- l'article 57, qui permettait à l'accord-cadre conclu entre le comité économique des produits de santé et les laboratoires pharmaceutiques de prévoir des modalités particulières d'information des laboratoires pharmaceutiques;

- l'article 76, qui créait un établissement public national placé sous la tutelle du ministre chargé de la Santé, en vue d'assurer la gestion et, le cas échéant, la rémunération des personnels de direction de la fonction publique hospitalière et des praticiens hospitaliers;
- l'article 81, qui transférait une compétence des sections des assurances sociales aux chambres disciplinaires de l'ordre national des médecins;
- l'article 82, relatif à l'information des assurés sociaux sur les données afférentes aux procédures de remboursement les concernant et sur les consultations effectuées par les médecins sur ces données;
- l'article 87, qui rétablissait le droit, pour les établissements publics sociaux et médico-sociaux, d'agir directement contre les obligés alimentaires de leurs pensionnaires, supprimé par la loi n° 91-1406 du 31 décembre 1991 portant diverses dispositions d'ordre social;
- l'article 90, qui autorisait le versement trimestriel au lieu de mensuel de la prestation de compensation du handicap;
- le V de l'article 104, qui transférait aux tribunaux des affaires de sécurité sociale le contentieux des pénalités financières pour manquement à certaines règles du code de la sécurité sociale, jusqu'alors dévolu à la juridiction administrative;
- l'article 111, qui interdisait, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007, la création de régimes de retraite complémentaires facultatifs au sein de la caisse nationale d'assurance vieillesse des professions libérales et de la caisse nationale des barreaux et fixait les règles applicables au transfert des contrats existants à d'autres organismes;
- l'article 115, qui posait le principe de la compensation de la prise en charge, par la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales, des pensions versées, au titre des services accomplis sous le statut de la fonction publique de l'État, aux fonctionnaires demandant leur intégration dans la fonction publique territoriale;
- l'article 117, qui prévoyait que la dotation de l'État au fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante serait portée à 17 % du total de ses ressources en 2008, à 22 % en 2009 et à 30 % en 2010. Ce dernier article ne concernait pas l'année 2007 et, si le 2° du C du V de l'article LO 111-3 du code de la sécurité sociale permet l'insertion dans une LFSS de mesures ayant un effet sur les dépenses des années ultérieures, c'est « à la condition qu'elles présentent un caractère permanent », ce qui n'était pas le cas en l'espèce, puisque l'article 117 ne portait que sur trois exercices (2008, 2009 et 2010).

Aucune de ces dispositions, qui figuraient toutes dans la quatrième partie de la loi de financement (relative aux dépenses pour 2007), ne relevait des 1° à 3° du C du V de l'article LO 111-3 du code de la sécurité sociale, puisque:

- aucune d'entre elles n'avait « un effet sur les dépenses de l'année des régimes obligatoires de base »;
- celles qui touchaient aux années ultérieures ne présentaient pas « un caractère permanent »;
- aucune n'était au nombre des règles relatives à la gestion des risques « qui ont pour objet ou pour effet de modifier les conditions générales de l'équilibre financier de la sécurité sociale ».

C. La recevabilité financière des amendements adoptés par le Sénat à l'initiative de ses membres

C'est au moment du dépôt d'un amendement que doit avoir lieu, au Parlement, l'examen de sa recevabilité financière. La règle vaut pour tous les amendements ayant un impact financier au sens de l'article 40 de la Constitution et non pour les seuls amendements aux LFSS ou aux lois de finances.

Pleinement en vigueur à l'Assemblée nationale depuis 1958, cette règle n'a été que partiellement instituée au Sénat, et seulement en 1978, par une modification de son règlement<sup>27</sup>. Cette modification ne concernait en effet que les propositions de loi. L'examen *a priori* de la recevabilité financière des amendements n'est toujours pas appliquée aux amendements déposés au Palais du Luxembourg.

Si le Conseil constitutionnel a laissé perdurer cette asymétrie en 1996 dans sa décision n° 96-381 DC du 14 octobre 1996, il a par deux fois, en 2005, invité le Sénat à mettre en place dans son règlement, à l'instar de l'Assemblée nationale, une procédure d'examen *a priori* de la recevabilité financière des amendements au regard de l'article 40 de la Constitution<sup>28</sup>.

La règle dite du « préalable parlementaire » (qui fait du Conseil constitutionnel un simple juge d'appel de la recevabilité financière des amendements d'origine parlementaire) ne saurait être opposée au juge de la loi en l'absence, devant une assemblée parlementaire, de procédure permettant l'examen de la recevabilité financière des amendements dès leur dépôt.

Désormais, et tant que le Sénat n'aura pas répondu positivement à l'invitation du Conseil, celui-ci pourra donc connaître directement de la méconnaissance, par les amendements sénatoriaux, de l'article 40 de la Constitution (autrement dit comme juge de premier et dernier ressort), alors que l'invocation de l'article 40 de la Constitution à l'encontre des amendements des députés continuera de n'être possible devant le Conseil que si l'irrecevabilité financière a été soulevée à l'Assemblée nationale.

Cette inflexion de la jurisprudence entraînait en l'espèce la censure d'une bonne vingtaine d'articles si les dispositions en cause avaient subi d'office le test de l'article 40.

C'était beaucoup pour un durcissement de la jurisprudence certes contenu implicitement dans deux précédents, mais dont la portée a sans doute pu ne pas être exactement mesurée... Aussi – dans le même esprit que pour la règle de priorité d'examen des textes financiers par l'Assemblée nationale – n'a-t-il été appliqué qu'à deux articles qui devaient être en tout état de cause censurés comme « cavaliers sociaux » (art. 115 et 117).

## *II. Les articles contestés sur le fond*

Il s'agissait des articles 15, 24, 47, 102, 106 (I) et 134.

On n'examinera pas les griefs relatifs aux articles 47 et 134, ces deux articles ayant été censurés sur le terrain de la procédure législative.

### *A. L'article 15*

Introduit à l'Assemblée nationale, cet article est une mesure de validation portant sur l'accord collectif du 13 juillet 2004 fixant la durée du travail hebdomadaire dans le secteur de l'hôtellerie-restauration.

1) Un avenant du 13 juillet 2004 à la convention collective des hôtels, cafés et restaurants a fixé la durée hebdomadaire de travail équivalente à la durée légale:

- à 39 heures pour toutes les entreprises du secteur,
- à l'exception de celles qui, ayant à la date de l'accord une durée collective de 37 heures, restent soumises à cette durée.

La fédération des services CFDT, non signataire de cet avenant, a demandé au Conseil d'État d'annuler le décret du 30 décembre 2004 validant le régime d'équivalence à la durée légale du travail ainsi institué.

Le Conseil d'État a fait droit à ces conclusions le 18 octobre 2006<sup>29</sup>.

Rappelant les termes de l'article L. 212-4 du code du travail, selon lesquels un décret pris après conclusion d'une convention ou d'un accord de branche, ou à défaut un décret en Conseil d'État, peut instituer une durée équivalente à la durée légale, mais seulement « dans les professions et pour des emplois déterminés comportant des périodes d'inaction », il a constaté que le décret attaqué avait méconnu ces dispositions en soumettant au même régime d'équivalence non pas les seuls emplois ou professions comportant des périodes d'inaction, mais l'ensemble des salariés du secteur de l'hôtellerie-restauration.

2) Aux termes de l'article critiqué:

« Dans les entreprises et établissements de la branche des hôtels, cafés et restaurants, les majorations et repos compensateurs pour les heures qui peuvent être effectuées entre la trente-sixième et la trente-neuvième heure par les salariés autres que ceux exerçant des activités de nature administrative hors sites d'exploitation sont dus sous la forme forfaitaire de six jours ouvrables supplémentaires aux congés visés à l'article L. 223-2 du code du travail, ainsi que d'un jour férié supplémentaire à partir du 1<sup>er</sup> juillet 2006. Ces jours supplémentaires peuvent être décomptés des congés de même nature ou ayant le même objet en application d'un accord collectif ou d'une décision de l'employeur.

Les heures comprises entre la trente-sixième et la trente-neuvième heure ouvrent droit aux mêmes exonérations que les heures comprises dans la durée légale du travail.

Ces dispositions sont applicables pour la période allant du 1<sup>er</sup> janvier 2005 à la conclusion d'un accord de branche sur le temps de travail, et au plus tard jusqu'au 31 janvier 2007. »

Selon les requérants, ces dispositions étaient contraires à la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les mesures de validation.

3) Si le législateur, comme lui seul est habilité à le faire, a la faculté de modifier rétroactivement les règles de droit ou de valider un acte dont une juridiction est saisie ou susceptible de l'être, c'est aux conditions (cumulatives) suivantes:

- respect du principe de la séparation des pouvoirs qui interdit de « censurer les décisions des juridictions, d'adresser à celles-ci des injonctions et de se substituer à elles dans le jugement des litiges relevant de leur compétence »<sup>30</sup>, ou de porter atteinte à des décisions de justice passées en force de chose jugée<sup>31</sup>, ou, même sous une forme détournée, de les mettre à néant<sup>32</sup>;
- poursuite d'un but d'intérêt général suffisant<sup>33</sup> qui, en particulier, ne saurait se réduire à un enjeu financier limité au regard des budgets en cause<sup>34</sup>;
- respect du principe de non-rétroactivité des peines et sanctions plus sévères, ainsi que de son corollaire qui interdit de faire renaître des prescriptions légalement acquises<sup>35</sup>;
- caractère non inconstitutionnel de l'acte validé, sauf à ce que le motif de la validation soit lui-même de rang constitutionnel<sup>36</sup>;
- définition stricte de la portée de la validation, puisque celle-ci détermine l'exercice du contrôle de la juridiction saisie: la validation doit donc être « ciblée » et non purger l'acte en cause de toutes ses illégalités possibles<sup>37</sup>.

Appelle une vigilance particulière la circonstance que la validation prive d'objet un recours en instance devant le juge compétent en dernier ressort pour se prononcer.

4) En l'espèce, ces exigences sont satisfaites.

a) Contrairement à la rédaction initialement adoptée par l'Assemblée nationale, celle retenue par le Sénat et définitivement votée n'encourt pas le reproche de mettre à néant une décision de justice, puisqu'elle maintient entière l'annulation prononcée par le Conseil d'État.

Elle se borne à corriger certains effets de cette dernière en réputant remboursées, sous la forme forfaitaire des six jours ouvrables supplémentaires prévus par la convention collective, les majorations pour heures supplémentaires qui auraient dû être versées, dans le passé, entre la trente-sixième et la trente-neuvième heures, évitant ainsi les remboursements que la complète exécution de l'arrêt du Conseil d'État eût appelés en 2007.

Qui plus est, en précisant que la mesure de validation ne s'applique pas aux employés « exerçant des activités de nature administrative hors sites d'exploitation », l'article 15 exclut de son champ d'application les salariés dont les conditions de travail sont proches du droit commun.

b) La mesure n'est pas non plus critiquable au regard des autres exigences posées par la jurisprudence sur les mesures rétroactives et les lois de validation.

En particulier, elle est justifiée par un intérêt général suffisant, tenant à la fois:

- à la sécurité juridique des employeurs<sup>38</sup> et employés<sup>39</sup> de ce secteur, que l'exécution de l'arrêt aurait plongés dans les redoutables incertitudes (dont la presse s'est fait l'écho) sur la réglementation applicable<sup>40</sup>;
- au souci de prévenir le trouble qu'aurait causé l'exécution pure et simple de l'arrêt à la gestion de petites et moyennes entreprises, contraintes de se livrer à de laborieux calculs rétrospectifs pour faire face aux demandes de remboursement (alors qu'on les sait peu rompues aux tâches administratives et comptables);
- à la nécessité de ne pas compromettre la situation financière fragile d'un secteur d'activité jouant un rôle important pour l'économie nationale et pour l'emploi;
- à l'équité de la solution pour les salariés concernés.

La convention collective à l'origine du contentieux devant le Conseil d'État comprenant une contrepartie en faveur des employés (six jours ouvrables supplémentaires de congé), le seul remboursement *a posteriori* des majorations pour heures supplémentaires aurait en effet conduit à un traitement déséquilibré du point de vue de la liberté contractuelle comme de l'égalité.

5) Par ailleurs, l'article 15 évite le remboursement en 2007 aux caisses de sécurité sociale des suppléments de cotisations sociales afférents aux majorations pour heures supplémentaires qui auraient dû être versées.

Cet effet de la mesure critiquée sur les recettes de la sécurité sociale en 2007 justifie sa place dans la troisième partie de la LFSS (consacrée aux recettes et à l'équilibre général de l'année à venir): on ne se trouve donc pas en présence d'un « cavalier social ».

## B. L'article 24

Aux termes de cet article: « Les établissements de santé peuvent reverser à la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés une partie du produit net comptable des cessions de leurs terrains et bâtiments. Les sommes ainsi reversées sont exclusivement affectées au financement des investissements hospitaliers. »

Les requérants soutenaient que cette disposition était contraire au principe d'égalité entre établissements de santé. Le grief ne pouvait qu'être rejeté car l'article 24 offre à tous les établissements de santé, sans discrimination, la même faculté.

Notons que l'article contesté trouve sa place dans la LFSS en raison de son incidence sur les recettes de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés. Cela n'était d'ailleurs pas contesté.

### C. L'article 102

Issu d'un amendement sénatorial <sup>41</sup>, l'article 102 de la LFSS modifie l'article L. 162-15 du code de la sécurité sociale, relatif aux accords et conventions passés entre les professions de santé et les caisses, pour subordonner à la condition d'être représentatives la possibilité que donne cet article à (selon les cas) une ou au moins deux organisations syndicales (remplissant certaines conditions) de former opposition à ces accords ou conventions.

Dans sa rédaction antérieure à la loi déferée, l'article L. 162-15 ouvrait en effet le droit d'opposition à l'ensemble des organisations syndicales, qu'elles soient ou non représentatives. Il suffisait, s'agissant des médecins, que deux d'entre elles réunissent la majorité absolue des suffrages exprimés aux élections aux unions régionales des médecins exerçant à titre libéral. Il en résultait qu'une organisation syndicale qui ne pouvait signer les accords et conventions en cause, faute de remplir la condition de représentativité posée par l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale, pouvait néanmoins s'y opposer.

Selon les députés requérants, en limitant le droit d'opposition aux organisations représentatives, l'article critiqué constituait une atteinte aux libertés « d'autant plus importante qu'une situation de monopole syndical n'a pas lieu d'être en l'espèce ». Ils ajoutaient que l'article 102 était un cavalier social.

Cette argumentation ne pouvait prospérer:

- en subordonnant, sans la dénaturer, à une condition de représentativité la possibilité, pour une organisation syndicale, de former opposition à un accord, le législateur n'a méconnu ni la liberté contractuelle, ni la liberté syndicale, ni aucune autre exigence constitutionnelle;
- l'article attaqué n'est pas un « cavalier social », car les conventions entre caisses et professions médicales ont une incidence directe sur les dépenses des régimes obligatoires de sécurité sociale et que toute règle facilitant leur conclusion conditionne non moins directement les équilibres financiers de la branche maladie.

### D. Les I et II de l'article 106

L'article 106, qui modifie l'article L. 122-14-13 du code du travail, a pour objectif d'éteindre les possibilités de déroger au principe de la fixation à soixante-cinq ans de l'âge minimum de la mise à la retraite d'office des salariés à l'initiative de l'employeur.

L'article 16 de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites a maintenu une dérogation au report à soixante-cinq ans de la possibilité de mise à la retraite d'office. Cette faculté demeurait ouverte si une convention ou un accord collectif étendait fixait des « contreparties en termes d'emploi ou de formation professionnelle ». La mise à la retraite d'office ne pouvait être prononcée avant soixante ans ni concerner un salarié qui ne pouvait, à cette date, bénéficier d'une retraite à taux plein. L'indemnité de départ était exonérée de prélèvements sociaux et fiscaux.

Depuis la promulgation de la loi de 2003, non moins de cent vingt-deux branches professionnelles, dont les plus importantes, ont conclu des accords de ce type.



L'article 106 de la loi déferée a pour objet de placer en extinction ces dispositifs.

En vertu de son III, il ne sera plus possible de déroger par voie d'accord collectif à l'interdiction pour l'employeur de mettre à la retraite les salariés qui n'ont pas atteint l'âge de 65 ans.

Son IV prévoit que les accords déjà conclus et étendus avant l'entrée en vigueur de la LFSS cessent de produire leurs effets au 31 décembre 2009.

Le législateur a en effet considéré que la mise à la retraite d'office avant soixante-cinq ans:

- est incompatible avec l'objectif d'augmenter le taux d'emploi des « seniors », dans l'intérêt de l'équilibre financier de la branche vieillesse de la sécurité sociale;
- et contredit l'esprit de la réforme des retraites qui vise à renforcer la liberté de choix des employés et à ne plus faire de l'âge de la retraite un couperet.

Existent dès lors des motifs d'intérêt général suffisants pour modifier l'économie générale des conventions légalement conclues sur le fondement de l'article L. 122-14-13 du code du travail dans sa rédaction antérieure à la loi déferée.

Par ailleurs, ces dispositions trouvent naturellement leur place dans une LFSS en raison de l'impact financier important des cessations précoces d'activité sur les équilibres de la branche vieillesse.

Les sénateurs requérants critiquaient le I de l'article 106 qui prolonge au-delà du 31 décembre 2009, en faveur des branches ayant conclu dans le passé des accords de mise à la retraite d'office avant soixante-cinq ans, la période de sortie « en sifflet » de ces accords.

Entre le 1<sup>er</sup> janvier 2010 et le 31 décembre 2013, soit pendant quatre années supplémentaires, les I et II de l'article 106, introduits par amendement gouvernemental après CMP, conservent en effet à ces entreprises un régime dérogatoire en aménageant dans un sens moins favorable le régime fiscal et social de l'indemnité de départ à la retraite d'office avant soixante-cinq ans <sup>42</sup>.

Les requérants estimaient cette prolongation contraire au principe d'égalité.

Le grief a été rejeté sans peine.

En vertu d'une jurisprudence constante: « 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. »

Or les entreprises affectées par la cessation anticipée des accords collectifs visés par le législateur ne se trouvent évidemment pas dans la même situation que les autres.

En outre, contrairement à l'argumentation des requérants, la différence faite par la disposition contestée entre les entreprises qui en sont bénéficiaires et les autres entreprises est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

La disposition attaquée compense en effet, pour les entreprises concernées, la cessation prématurée, imposée par le législateur, de conventions qu'elles ont passées de bonne foi et légalement. Elle en facilite et accompagne l'extinction forcée.

La différence de traitement dénoncée est donc en rapport direct avec le but poursuivi par le législateur, qui est d'aboutir à terme à la cessation totale des effets des conventions en cause sans porter d'atteinte excessive à la liberté contractuelle.

### *III. Disposition examinée d'office*

L'article 138 crée un répertoire national commun aux organismes chargés de la gestion d'un régime obligatoire de sécurité sociale, aux caisses assurant le service des congés payés, ainsi qu'aux organismes mentionnés à l'article L. 351-21 du code du travail (organismes chargés de l'indemnisation du chômage), relatif aux bénéficiaires des prestations et avantages de toute nature qu'ils servent.

Aux termes de la première phrase du dernier alinéa de l'article inséré par l'article 138 dans le code de la sécurité sociale (L. 114-12-1): « Le contenu ainsi que les modalités de gestion et d'utilisation de ce répertoire sont fixés par décret en Conseil d'État, après avis conforme de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. »

Or l'article 21 de la Constitution dispose:

« Le Premier ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale. Il assure l'exécution des lois.

Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires. Il peut déléguer certains de ses pouvoirs aux ministres. »

Ces dispositions confèrent au Premier ministre, sous réserve des pouvoirs reconnus au président de la République, l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon national.

Si elles ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'État autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi, c'est à la condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée – tant par leur champ d'application que par leur contenu – et, bien évidemment, relevant à titre principal de ses attributions<sup>43</sup>.

En revanche, une telle autorité ne saurait en aucun cas lier, par un avis conforme, l'exercice de la compétence réglementaire que le Premier ministre tient de la Constitution.

Au demeurant, le Conseil constitutionnel a déjà censuré, pour méconnaissance de l'article 21 de la Constitution, des dispositions prévoyant que les normes édictées par décret, pour assurer l'exécution d'une loi, seraient subordonnées aux règles générales fixées par la Commission nationale de la communication et des libertés<sup>44</sup>.

Il y avait lieu, en conséquence, de déclarer contraire à la Constitution le mot « conforme » figurant au dernier alinéa de l'article L. 114-12-1 inséré par l'article 138 de la loi déferée dans le code de la sécurité sociale.

24. Déc. n° 76-73 DC du 28 déc. 1976, cons. 2; n° 86-221 DC du 29 déc. 1986, cons. 6; n° 89-268 DC du 29 déc. 1989, cons. 22; n° 93-320 DC du 21 juin 1993, cons. 10; n° 2002-464 DC du 27 déc. 2002, cons. 15.

25. Déc. n° 95-369 DC du 28 déc. 1995, cons. 27, n° 2002-464 DC du 27 déc. 2002, cons. 11.

26. Par ex.: déc. n° 2005-532 DC du 19 janv. 2006, cons. 25.

27. V. déc. n° 78-94 DC du 14 juin 1978.

28. Déc. n° 2005-519 DC du 29 juill. 2005, cons. 28; déc. n° 2005-526 DC du 13 oct. 2005, cons. 7.

29. Sect., *Fédération des services CFDT et autres*.

30. Déc. n° 80-119 DC du 22 juill. 1980.

31. Déc. n° 86-223 DC du 29 déc. 1986.

32. Déc. n° 2005-531 DC du 29 déc. 2005.

33. Déc. n° 96-375 DC du 9 avr. 1996, cons. 6 à 11; n° 97-393 DC du 18 déc. 1997, cons. 47 à 52, *AJDA* 1998 p. 127, § 8.
34. Déc. n° 95-369 DC du 28 déc. 1995, cons. 33 à 35; n° 2004-509 DC du 13 janv. 2005, cons. 29 à 34.
35. Déc. n° 88-250 DC du 29 déc. 1988, cons. 2 à 6.
36. Déc. n° 97-390 DC du 19 nov. 1997, cons. 3, *AJDA* 1997, p. 963.
37. Déc. n° 99-422 DC du 21 déc. 1999, cons. 62 à 65.
38. En pratique, les salariés de la branche auraient pu réclamer que les heures qu'ils ont effectuées depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2005 entre 35 et 39 heures, ou entre 35 et 37 heures, se voient appliquer les majorations pour heures supplémentaires de droit commun, à hauteur de 10 % ou de 25 % selon l'effectif de l'entreprise.
39. Les salariés pouvaient se voir exiger la restitution des avantages prévus par l'avenant du 13 juillet 2004, et principalement de la 6<sup>e</sup> semaine de congés payés.
40. L'application du décret du 31 mars 1999 relatif à la durée du travail dans les hôtels, cafés, restaurants, qui n'a pas été abrogé, ne résoudrait pas ces difficultés. Son texte permettrait de rémunérer au taux de droit commun les heures effectuées jusqu'à 43 heures pour les cuisiniers, 48 heures pour les veilleurs de nuit et 43 ou 44 heures, selon la taille de l'établissement, pour les autres salariés. Mais ce décret est entaché du même vice juridique que celui qui a conduit à l'annulation par le Conseil d'État du décret du 30 décembre 2004. L'application du décret du 31 mars 1999 conduirait, d'autre part, à une régression des droits des salariés du secteur.
41. Amendement n° 416 présenté par le rapporteur de la Commission des affaires sociales.
42. En pareille hypothèse, l'indemnité due est exonérée des seules cotisations sociales, patronales et salariales. Elle est en revanche soumise à la contribution sociale généralisée ainsi qu'à la contribution pour le remboursement de la dette sociale. La précédente indemnité était totalement exonérée.
43. Par ex.: déc. n° 2004-504 DC du 12 août 2004, cons. 40 et 41; n° 2004-497 DC du 1<sup>er</sup> juill. 2004, cons. 6 et 7; n° 2003-485 DC du 4 déc. 2003, cons. 34 et 35; n° 2001-451 DC du 27 nov. 2001, cons. 8 à 12; n° 96-378 DC du 23 juill. 1996, cons. 10 à 12; n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, loi relative à la liberté de communication, cons. 55 à 61.