



## Observations du gouvernement

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2009, adoptée le 27 novembre 2008, a été déférée au Conseil constitutionnel par plus de soixante députés et plus de soixante sénateurs. Les auteurs des recours critiquent les articles 37 et 90 de la loi.

Ces recours appellent, de la part du Gouvernement, les observations suivantes.

\*\*\*

### I/ SUR L'ARTICLE 37 :

A/ L'article 37 de la loi déférée confie au directeur général de l'union nationale des caisses d'assurance maladie, par dérogation aux articles du code de la sécurité sociale qui prévoient en principe l'intervention d'une négociation conventionnelle sur ce point, le soin de déterminer, pour la seule année 2009, la part prise en charge par l'assurance maladie des cotisations sociales exigibles des chirurgiens dentistes conventionnés.

Les sénateurs auteurs de la saisine font grief à cette disposition d'être, d'une part, étrangère au champ d'application des lois de financement de la sécurité sociale et, d'autre part, d'être entachée d'incompétence négative.

B/ Cette argumentation ne peut être suivie.

1/ A titre liminaire, on peut rappeler le contexte ayant conduit à l'adoption de la disposition critiquée.

L'article L. 722-4 du code de la sécurité sociale prévoit le principe d'une prise en charge par les caisses d'assurance maladie d'une partie des cotisations d'assurance sociale dues par les chirurgiens-dentistes conventionnés. Jusqu'à l'intervention de la loi du 13 août 2004, ce même article renvoyait à un décret le soin de fixer le niveau de cette participation et les modalités de sa répartition entre les régimes. Depuis l'intervention de cette loi, cette compétence a été transférée aux partenaires conventionnels. En application du 5° de l'article L. 162-14-1 du code de la sécurité sociale, des dispositions de la convention destinée à régir les rapports entre les chirurgiens dentistes et les caisses d'assurance maladie, signée le 11 mai 2006, puis approuvée par arrêté interministériel le 14 juin 2006, ont donc fixé les nouvelles modalités de participation des caisses. Cette convention accordait aux chirurgiens dentistes une augmentation de leurs tarifs pour les soins conservateurs et chirurgicaux et restreignait en contrepartie aux seuls honoraires à tarifs opposables (c'est-à-dire hors dépassements d'honoraires pour les soins de prothèse et d'orthodontie) l'assiette servant de référence au calcul de la contribution versée par les caisses d'assurance maladie au titre de l'article L. 722-4 du code.

Saisi notamment par la fédération des syndicats dentaires libéraux, le Conseil d'Etat a toutefois partiellement annulé, par une décision du 16 juin 2008, l'arrêté approuvant la convention au motif que celui-ci n'avait pu légalement modifier de manière rétroactive l'assiette de prise en charge des cotisations au titre de la période du 1er mai 2006 au 30 avril 2007, pour laquelle les dispositions autrefois prévues par voie réglementaire devaient donc continuer à s'appliquer.

Cette annulation a eu pour effet de rompre, pour la première année de son application, l'équilibre de la convention signée pour cinq ans en application de l'article L. 162-14-1 du code de la sécurité sociale. L'article 37 de la loi déférée a été adopté pour permettre au directeur général de l'Uncam de rétablir une partie de cet équilibre en lui confiant, à titre exceptionnel et pour la seule année 2009, le soin de se substituer aux partenaires conventionnels pour fixer le taux de participation des caisses d'assurance maladie à la protection sociale des chirurgiens dentistes.

2/ Cet article n'encourt pas les critiques formulées par les sénateurs requérants.

Il était tout d'abord susceptible d'être adopté dans le cadre d'une loi de financement de la sécurité sociale. L'objet attendu de la mesure est de parvenir, globalement, à une économie d'une centaine de millions d'euros au titre de la participation des caisses d'assurance maladie pour l'année 2009. L'article 37 de la loi déférée entre donc dans le champ d'application du 1° du C du V de l'article LO. 111-3 du code de la sécurité sociale : il aura un effet sur les dépenses de l'année 2009.

L'article n'est pas davantage entaché d'incompétence négative. Contrairement à ce que soutiennent les sénateurs requérants, il n'a ni pour objet ni pour effet de confier au directeur général de l'Uncam la possibilité de modifier, même indirectement, le taux et l'assiette des cotisations à la charge des chirurgiens dentistes. Il se borne à lui déléguer le soin de fixer la fraction de ces cotisations qui, à assiette et taux inchangés, sera prise en charge par l'assurance maladie.

Or, ni l'article 34 de la Constitution ni aucune autre disposition constitutionnelle ne réserve par principe une telle compétence au seul législateur. La contribution des caisses s'analyse, en effet, comme une simple mesure d'aide, dont il revient normalement au pouvoir réglementaire de fixer le montant. Tel était d'ailleurs le cas avant l'intervention de la loi du 13 août 2004. C'est sans méconnaître aucune règle constitutionnelle que le législateur a souhaité à l'époque attribuer cette compétence aux partenaires conventionnels en adoptant le 5° de l'article L. 162-14-1 du code de la sécurité sociale. C'est aujourd'hui sans davantage enfreindre aucune règle constitutionnelle qu'il décide de confier temporairement cette compétence au directeur général de l'Uncam, alors surtout que cette délégation n'a qu'une vocation très limitée, conformément notamment à la jurisprudence issue de la décision n° 89-269 DC du 22 janvier 1990.

## II/ SUR L'ARTICLE 90 :

A/ L'article 90 de la loi déferée a pour objet de modifier le régime de la mise à la retraite d'office fixé à l'article L. 1237-5 du code du travail.

Indépendamment des hypothèses de départ volontaire à la retraite d'un salarié, l'article L. 1237-5 du code du travail prévoit la faculté pour l'employeur de rompre d'office le contrat de travail d'un salarié lorsque celui-ci atteint un âge déterminé. La loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites a fixé cet âge à 65 ans, tout en laissant ouverte la possibilité de l'abaisser lorsque le salarié bénéficie d'un dispositif de préretraite ou, par la voie conventionnelle, lorsque l'entreprise est couverte par un accord "fixant des contreparties en termes d'emploi ou de formation professionnelle" et à la condition que le salarié puisse bénéficier d'une retraite à taux plein.

L'article 90 de la loi déferée conserve dans son principe la faculté pour l'employeur de procéder à la mise à la retraite d'office d'un salarié ayant atteint l'âge de 65 ans, mais ouvre à ce dernier la possibilité de repousser cet âge pendant au plus cinq ans, par l'instauration d'un mécanisme d'interrogation annuelle dans le cadre duquel le salarié pourra faire valoir son intention de continuer à travailler. Poursuivant le mouvement de résorption des exceptions au droit commun entamé par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, qui avait tari la voie des dérogations par voie conventionnelle, l'article 90 prévoit en outre que les dérogations pour les salariés entrant dans des dispositifs de préretraite devront prendre fin, elles aussi, après le 1er janvier 2010.

Les députés et sénateurs font valoir que l'article 90 serait étranger au champ des lois de financement de la sécurité sociale et qu'il méconnaîtrait par ailleurs le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et le principe d'égalité.

B/ Le Gouvernement considère que ces critiques ne sont pas fondées.

1/ La place de l'article 90 en loi de financement de la sécurité sociale n'est tout d'abord pas douteuse, en raison de son double effet, direct et permanent, sur les dépenses et les recettes des régimes obligatoires de base.

L'article 90 conduira en premier lieu à une réduction des dépenses de la branche vieillesse.

Les statistiques disponibles permettent d'observer que le nombre de mises à la retraite d'office se situe chaque année entre 86.000 et 107.000 départs, ce qui représente 13% du flux annuel des liquidations des pensions de retraite du régime général. Le report de l'âge de la mise à la retraite d'office à 70 ans aura donc un effet sur une fraction substantielle de ce flux. Et le report, même faible, de ce flux sur une année ultérieure réduira à due proportion le montant des pensions versées : il est ainsi possible d'estimer que le report d'un an de la date de liquidation de leur pension par 10% des salariés faisant aujourd'hui l'objet d'une mise à la retraite d'office représenterait une économie de l'ordre de 60 millions d'euros par an pour la branche retraite du régime général. Il convient de signaler, à titre d'illustration, que la suppression au 1er janvier 2008 de la limite d'âge existant à la SNCF a conduit 40% des agents atteignant l'ancien âge limite à poursuivre leur activité au-delà de cet âge sur les trois premiers trimestres de l'année 2008.

La mesure mise en oeuvre par l'article 90 doit ainsi, sans hésitation possible, être regardée comme une mesure à caractère permanent ayant un effet sur les dépenses des régimes obligatoires de base pour l'année 2009 ou les années ultérieures au sens du 2° du C du V de l'article LO. 111-3 du code de la sécurité sociale.

L'article 90 aura en second lieu un effet direct et permanent sur les recettes des régimes obligatoires de base.

Le recul de l'âge de la mise à la retraite d'office conduira tout d'abord à l'accroissement de l'assiette des cotisations sociales par le maintien dans leur emploi des salariés qui feraient le choix de poursuivre leur activité.

Le changement de nature juridique du départ ultérieur à la retraite de ces salariés conduira ensuite à une hausse des recettes de l'ensemble des régimes : les indemnités pour départ volontaire à la retraite, prévues par l'article L. 1237-9 du code du travail, sont en effet assujetties aux cotisations sociales au premier euro alors que les indemnités de mise à la retraite d'office en sont aujourd'hui, au contraire, largement exonérées.

L'article 90 aura enfin, en sens contraire, un impact à la baisse sur le rendement de la contribution sur les indemnités de mise à la retraite d'office prévue par l'article L. 137-12 du code de la sécurité sociale. Il convient en effet de rappeler que cette contribution, créée par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 au taux de 25% et dont le rendement prévu pour 2008 s'élève à 250 millions d'euros, verra son taux porté à 50% au 1er janvier 2009. A droit constant du régime des mises à la retraite d'office, il était possible d'escompter un rendement prévisionnel de 420 millions d'euros pour cette contribution en 2009. La conjonction de la mesure figurant à l'article 90, pour ce qui concerne les mises à la retraite d'office après 65 ans, et des mesures votées dans la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007 prévoyant l'extinction des mises à la retraite d'office avant 65 ans en 2010, devrait donc conduire à un assèchement presque complet, à compter de 2010, du rendement de cette contribution, dont le produit est affecté à la caisse nationale d'assurance vieillesse.

Il est donc possible de rattacher également la mesure mise en Suvre par l'article 90 à l'article LO. 111-3, V, B, 2° du Code de la sécurité sociale : celle-ci aura d'abord un effet sur les recettes de l'année, puis un effet permanent sur celles des années ultérieures des régimes obligatoires de base.

Il faut d'ailleurs relever que lors de l'examen de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007, dont l'article 106 modifiait déjà le régime de la mise à la retraite d'office, aucun grief n'avait été relevé d'office à l'encontre d'une disposition de telle nature.

Le premier grief soulevé par les députés et les sénateurs pourra donc être écarté.

2/ L'article 90 de la loi déferée ne méconnaît pas le onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Les parlementaires requérants soutiennent qu'en n'assortissant pas la possibilité de reculer l'âge de la mise à la retraite d'office d'une condition tenant à la pénibilité des tâches exercées, l'article 90 contreviendrait au principe, protégé par cet alinéa, selon lequel d'une part "la Nation garantit à tous, notamment (...) aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs" et d'autre part "tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental (...) se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence".

Ce grief appelle les observations suivantes.

Il convient tout d'abord de signaler, sur un plan général que, même si le droit à pension et, plus largement, la protection du système de retraite pris dans son ensemble trouvent un fondement constitutionnel dans cet alinéa (voir en ce sens, respectivement, les décisions n° 97-388 DC du 20 mars 1997 et n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002), la jurisprudence circonscrit avec réalisme les obligations qui en découlent pour le législateur. Il lui est ainsi loisible d'adopter, sans méconnaître cet alinéa, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent même comporter la modification ou la suppression de dispositions existantes. L'exercice de ce pouvoir n'est limité que par l'obligation de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles protégées par cet alinéa.

A cet égard, et alors même que les auteurs de la saisine revendiquaient déjà la prise en compte de la pénibilité des tâches exercées comme composante du droit à pension, la décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003 relative à la loi portant réforme des retraites n'a tiré qu'une seule exigence du 11ème alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : celle de mettre en oeuvre, dans son principe, une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités.

Dans ces conditions, le Conseil constitutionnel ne pourra faire sienne l'argumentation des députés et des sénateurs.

Il apparaît en effet utile de souligner que l'article 90 laisse inchangées les dispositions du code de la sécurité sociale qui fondent les conditions d'ouverture du droit à pension ainsi que les modalités de calcul de cette dernière. Il convient en particulier de noter que l'âge d'ouverture du droit à pension demeure fixé à 60 ans, que l'âge auquel l'assuré peut bénéficier d'une pension à taux plein indépendamment de la durée d'assurance dont il dispose demeure fixé à 65 ans et que le dispositif dérogatoire créé par la loi du 21 août 2003, dit de "départ anticipé pour longue carrière", lequel permet aux assurés ayant débuté leur carrière entre 14 et 16 ans de liquider leur pension avant l'âge de 60 ans sous réserve de disposer d'une durée d'assurance suffisante, n'est pas davantage affecté par cet article. En l'absence de toute modification des conditions d'obtention du droit au départ volontaire à la retraite des salariés, il ne peut donc être sérieusement soutenu que l'article 90 porterait une atteinte à la politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités et priverait ainsi de garantie légale les exigences constitutionnelles formulées dans le 11ème alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

3/ L'article 90 est, enfin, conforme au principe d'égalité.

Les requérants font grief au législateur d'avoir, en édictant une règle uniforme, négligé les différences de situation existant entre les individus, selon leur état de santé et la pénibilité de leur métier. Il en résulterait, selon eux, une méconnaissance du principe d'égalité, lequel s'opposerait à ce que des personnes se trouvant dans des situations différentes soient traitées de manière identique.

Il convient toutefois d'observer, à titre principal, que telle n'est pas la portée du principe constitutionnel d'égalité. Celui-ci 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" (voir en ce sens, parmi de nombreuses autres, la décision n° 96-375 DC du 9 avril 1996). Mais le respect du principe constitutionnel d'égalité n'a jamais été interprété comme imposant au législateur l'obligation d'édicter des règles différenciées en fonction de la situation de chacun : la jurisprudence est constante en ce sens depuis la décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973. Le grief invoqué par les députés et les sénateurs est donc inopérant.

En tout état de cause, il n'est pas fondé. L'objet même de l'article 90 est en effet de mettre fin aux inégalités qui subsistaient jusqu'alors entre les salariés : tel est le sens de la suppression de l'exception jusqu'alors applicable aux salariés justiciables d'un dispositif de préretraite, qui complète utilement sur ce point la première avancée réalisée par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007. Le choix plus grand laissé au salarié de poursuivre ou non son activité, loin de méconnaître ainsi le principe d'égalité, permet au contraire une meilleure prise en compte des situations individuelles dans leur diversité, notamment sur le plan de l'état de santé et la pénibilité des métiers. Il convient sur ce point de noter que la critique des députés et des sénateurs est d'autant moins fondée que le recul de l'âge de la mise à la retraite d'office s'accompagne symétriquement du maintien, pour ceux qui ne souhaiteraient pas s'en prévaloir, du dispositif de départ anticipé pour carrière longue, destiné à bénéficier aux assurés ayant précocement commencé à travailler et ont souvent connu des carrières plus pénibles que les autres.

\*\*\*

**Pour ces raisons, le Gouvernement est d'avis qu'aucun des griefs articulés par les députés et sénateurs requérants n'est de nature à conduire à la censure des dispositions de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009. Aussi estime-t-il que le Conseil constitutionnel devra rejeter les recours dont il est saisi.**

