

A Mesdames les Président et Conseillers composant la Chambre sociale de la
Cour d'Appel de PARIS

Conclusions

POUR :

1. L'UNION DES FAMILLES POUR LES RETRAITES, (UFP-RETRAITES)

Association régie par la loi de 1901, dont le siège est à la Maison de la Famille, 124 rue Perronet 92200 Neuilly sur Seine, déclarée à la Préfecture des Yvelines en date du 3 décembre 2003, représentée par son Président domicilié en cette qualité audit siège et dûment habilité à engager la présente action par délibération du conseil d'administration du 5 novembre 2011.

2. Monsieur Philippe Gabriel Denis LAIGUEDE

Né le 19/11/1952 à AGON-COUTAINVILLE (50), de nationalité française, cadre, marié et père de 12 enfants dont un décédé, demeurant Le Bourg 71520 MONTEMELARD

3. Monsieur Thierry CABRITA

Né le 16/09/1967 à MARSEILLE (13), de nationalité française, cadre, marié et père de 7 enfants, demeurant 11 rue Georges Duhamel 21600 LONGVIC

4. Monsieur Denis René Henri FROGER

Né le 6/02/1970 à Paris, 15ème, de nationalité française, cadre, marié et père de 3 enfants demeurant « Le Clos des BASTIDES » 90 rue Jean de la Bruyère 13320 BOUC BEL AIR

5. Monsieur Denis Christian Marie MIGLIANICO

Né le 10/06/1962 à LYON, 6ème, de nationalité française, cadre, marié et père de 5 enfants, demeurant 62 rue Saint Lazare 75009 PARIS

6. Madame Maria Pia DOMMERGUE

Née le 16/09/1956 à PARIS, 14ème, de nationalité française, cadre, divorcée et mère de 6 enfants, demeurant 20 rue Fessart, 92100 BOULOGNE BILLANCOURT

7. Madame Martine Marie DAGUET épouse de FREMINVILLE

Née le 29/11/1954 à PARIS, 8ème, de nationalité française, cadre, mariée et mère de 5 enfants, demeurant 34 rue de la Fontaine 75016 PARIS

8. Monsieur Emmanuel Georges Robert EHINGER

Né le 8/05/1955 à PARIS, 13ème, de nationalité française, cadre, marié et père de 4 enfants, demeurant 1 rue Albert Sorel 75014 PARIS

9. Madame Marie – Béatrice Anne Elisabeth MARTINE épouse EHINGER

Née le 2/04/1955 à CHARTRES (28), de nationalité française, ancien cadre, épouse de cadre et mère de 4 enfants, demeurant 1 rue Albert Sorel 75014 PARIS

10. Madame Catherine Simone Germaine LAJEUNESSE épouse FREMAUX

Née le 10/10/1948 à NANCY (54), de nationalité française, épouse de cadre et mère de 4 enfants, demeurant 10 Chemin des Alluets, 78240 CHAMBOURCY

11. Madame Anne de CHAZOTTE de CLAVIERE épouse BOUCHARLAT de CHAZOTTE Née le 15/08/1959 à ST VALLIER/RHONE (69), de nationalité française, sans profession, épouse de cadre et mère de 9 enfants dont un décédé, demeurant 9 rue Pierre Corneille 69006 LYON

DEMANDEURS

**Me Françoise BESSON, Palais D 1356
Me Sylvie CHARDIN, Palais L 079**

CONTRE :

1. AGIRC 16-18 rue Jules César – 75592 Paris cedex 12

Me Jérôme ARTZ de la SELAS Jacques BARTHELEMY & Associés L 0097

2. ARRCO 16-18 rue Jules César – 75592 Paris cedex 12

Me Jérôme ARTZ de la SELAS Jacques BARTHELEMY & Associés L 0097

3. MEDEF 55, avenue Bosquet, 75007 PARIS

Me Hervé DUVAL de la SELARL IDA R0297

4. CGPME 10 Terrasse Bellini, 92806 Puteaux Cedex France

Me Hervé DUVAL de la SELARL IDA R0297

5. UPA 53, rue Ampère - 75017 PARIS

Me Jean-Michel LEPRETRE de la SCP RAMBAUD MARTEL P0134

6. CFDT 4, Boulevard Villette 75019 Paris

Me Henri-José LEGRAND de la SCP LEGRAND BURSZTEIN BEZIZ P0469

7. CFTC 128, Avenue Jean Jaurès - 93697 Pantin cedex

Me Régis MEFFRE E 612

8. CGT-FO 141, avenue du Maine - 75680 PARIS CEDEX 14

Me Jean-François DELRUE de la SCP DELRUE BOYER P 0174

9. FO-cadres 2, rue de la Michodière - 75002 Paris

Me Jean-François DELRUE de la SCP DELRUE BOYER P 0174

10. CFDT-cadres 47-49, avenue Simon-Bolivar, 75950 PARIS CEDEX 19

Me Henri-José LEGRAND de la SCP LEGRAND BURSZTEIN BEZIZ P0469

11. UGICA-CFTC 128, avenue Jean Jaurès - 93697 PANTIN Cedex

Me Régis MEFFRE E 612

DEFENDEURS

PLAISE A LA COUR

LES FAITS

I. Depuis sa création en 1947, le **régime de retraite complémentaire des cadres (AGIRC)** majore les pensions de retraite de ses participants d'un pourcentage progressant avec le nombre d'enfants qu'ils ont élevés à partir de 3 enfants et dans la limite de 7. Ce pourcentage est théoriquement de 10% pour 3 enfants, plus 5% par enfant supplémentaire soit un maximum de 30% pour 7 enfants et davantage.

Le texte relatif à ces majorations figure à l'article 6 bis de l'annexe 1 de la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 (**Pièce 1**) qui stipule que :

« Si le participant a eu au moins trois enfants (au sens défini par la Commission paritaire), le total des points de retraite est majoré comme suit :

- 10 % pour 3 enfants,*
- 15 % pour 4 enfants,*
- 20 % pour 5 enfants,*
- 25 % pour 6 enfants,*
- 30 % pour 7 enfants et au-delà ».*

En pratique, depuis 1994, ces majorations sont affectées d'un « pourcentage de service » de 20% de sorte qu'elles ne sont plus que de 8 % pour 3 enfants, 12 % pour 4 enfants, 16 % pour 5 enfants, 20 % pour 6 enfants, 24 % pour 7 enfants et au-delà.

Le 18 mars 2011, les partenaires sociaux (MEDEF, CG-PME et CFTC, CFDT, FO-CGT) ont signé un accord (Pièce 2) prévoyant :

- ✓ d'une part, de remplacer cette majoration progressive par une majoration unique de 10% à partir de 3 enfants et quel que soit le nombre d'enfants au-delà
- ✓ et, d'autre part, de plafonner le bénéfice perçu au titre de cette majoration à la somme maximum de 1000 € par an.

Ces réformes sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2012 pour les pensions liquidées à compter de cette date, **exception faite des salariés nés avant le 2 août 1951.**

L'accord signé le 18 mars 2011 prévoit en effet, au § 1 de son article 7 que :

« - Les participants au régime AGIRC qui ont eu ou justifient avoir élevé au moins trois enfants de moins de 16 ans pendant 9 ans, bénéficient d'une majoration de leur allocation égale à 10 %.

Cette disposition s'applique aux allocations liquidées au titre de la seule partie de carrière postérieure au 31 décembre 2011. Les droits inscrits aux comptes des participants pour les périodes antérieures au 1er janvier 2012 feront l'objet, lors de la liquidation, de l'application des majorations pour enfants telles que prévues par l'article 6 bis de l'annexe I à la Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 dans sa rédaction en vigueur à la veille du présent accord, sous réserve que les conditions d'attribution de ces majorations aient été remplies le 31 décembre 2011.

L'ensemble des majorations pour enfants nés ou élevés servies par l'AGIRC sera plafonné à 1000 euros par an pour toute liquidation d'allocation prenant effet à compter du 1er janvier 2012. Ce plafond sera proratisé en fonction de la durée pendant laquelle le participant aura relevé du régime AGIRC »

L'accord de principe du 18 mars 2011 a été suivi le 8 juin 2011 d'un texte d'application sous la forme d'un **avenant A-264** à la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947. (**Pièce 5**)

Cet avenant, toujours signé par le MEDEF et la CGPME, a été ratifié par les unions de cadres ou d'ingénieurs et cadres de la CFTC, de FO et de la CFDT (**appelées UGICA-CFTC, FO Cadres, CFDT Cadres**). Ce sont en effet ces unions de cadres qui sont, juridiquement, parties à la convention de 1947 créant le régime AGIRC.

L'avenant A-264 du 8 juin 2011 stipule que :

« Les dispositions de l'article 6 bis de l'annexe I sont remplacées, pour les liquidations d'allocations prenant effet à compter du 1^{er} janvier 2012, par les dispositions suivantes : (...)

2) Le participant ayant eu ou élevé pendant 9 ans avant l'âge de 16 ans au moins 3 enfants (au sens défini par la Commission paritaire), cette condition étant appréciée à la date d'effet de la retraite, peut, sous réserve des dispositions prévues au point 3 ci-dessous, bénéficier d'une majoration de son allocation calculée sur la base de taux différents en fonction des parties de carrière :

- pour les périodes antérieures au 1^{er} janvier 2012, majoration pour enfants nés ou élevés, égale à 8% pour 3 enfants, 12% pour 4 enfants, 16% pour 5 enfants, 20% pour 6 enfants, 24% pour 7 enfants ou plus.

- pour les périodes à compter du 1^{er} janvier 2012, majoration pour enfants nés ou élevés (3 ou plus), égale à 10% de l'allocation correspondant à cette partie de carrière.

L'ensemble des majorations prévues au point 2 est plafonné à 1000 euros par an (montant revalorisé en fonction de la valeur du point), pour une liquidation prenant effet à compter du 1^{er} janvier 2012 (sauf pour les participants nés avant le 2 août 1951) »

II- Depuis 1999, le **régime de retraite des non-cadres ARRCO** (régime auquel cotisent les cadres pour la partie de leur salaire sous plafond) sert à ses participants une majoration de retraite de 5% dès lors qu'ils ont élevé trois enfants ou davantage.

Le texte relatif à cette majoration figure au 2) de l'article 17 de l'accord national interprofessionnel de retraite complémentaire du 8 décembre 1961 (**Pièce 6**) qui stipule que :

« Par ailleurs, les participants ayant élevé (au sens défini par la Commission paritaire) au moins 3 enfants pendant 9 ans avant l'âge de 16 ans bénéficient d'une majoration de 5 % de l'allocation correspondant à la partie de carrière postérieure au 31 décembre 1998 »

Dans le cadre du même accord signé le 18 mars 2011, les partenaires sociaux ont prévu :

- ✓ d'une part, de relever de 5 à 10 % le montant de la majoration familiale qui sera servie par l'ARRCO aux cadres ayant élevé 3 enfants ou plus lorsqu'ils prendront leur retraite
- ✓ et, d'autre part, à l'instar de l'AGIRC, de plafonner le bénéfice perçu au titre de cette majoration à la somme maximum de 1 000 € par an

Ces réformes sont entrées en vigueur au 1^{er} janvier 2012 les pensions liquidées à compter de cette date, **exception faite des salariés nés avant le 2 août 1951.**

L'accord signé le 18 mars 2011 prévoit en effet, au 3^{ème} alinéa du § 2 de son article 7 que :

« L'ensemble des majorations pour enfants nés ou élevés servies par l'ARRCO sera plafonné à 1000 euros par an pour toute liquidation d'allocation prenant effet à compter du 1^{er} janvier 2012. Ce plafond sera proratisé en fonction de la durée pendant laquelle le participant aura relevé du régime ARRCO. »

De même que pour l'AGIRC, l'accord de principe du 18 mars 2011 a été transcrit dans l'accord national interprofessionnel de retraite complémentaire du 8 décembre 1961 (**Pièce 6**) par **un avenant n°115 signé le 8 juin 2011** par le MEDEF et la CGPME ainsi que par la CFTC, la CFDT et FO. (**Pièce 7**)

Cet avenant modifie le 2° de l'article 17 de la convention précitée qui s'écrit désormais ainsi :

« Le participant ayant eu ou élevé pendant 9 ans avant l'âge de 16 ans, au moins 3 enfants (au sens défini par la Commission paritaire), cette condition étant appréciée à la date d'effet de la retraite, peut, sous réserve des dispositions prévues au point 3 ci-dessous, bénéficier d'une majoration de son allocation calculée sur la base des taux et réglementations respectivement applicables aux différentes parties de carrière :

- *pour les périodes antérieures au 1^{er} janvier 1999, majorations pour enfants nés ou élevés, telles que prévues, le cas échéant, par les règlements des régimes ARRCO antérieurs au régime unique *,*
- *pour les périodes entre le 1^{er} janvier 1999 et le 31 décembre 2011, majoration pour enfants nés ou élevés, égale à 5% de l'allocation correspondant à cette partie de carrière,*
- *pour les périodes à compter du 1^{er} janvier 2012, majoration pour enfants nés ou élevés, égale à 10% de l'allocation correspondant à cette partie de carrière.*

L'ensemble des majorations prévues au point 2 est plafonné à 1000 euros par an (montant revalorisé en fonction de la valeur du point), pour toute liquidation prenant effet à compter du 1^{er} janvier 2012 (sauf pour les participants nés avant le 2 août 1951) ».

C'est ce dernier alinéa, prévoyant un plafond au préjudice des majorations familiales versées par l'ARRCO, qui est soumis à la censure de la Cour de céans.

III – En application des articles L. 911-3 et L.911-4 du Code de la Sécurité Sociale, le ministre du travail, de l'emploi et de la santé et du ministre du budget, des comptes publics, de la fonction publique et de la réforme de l'État, porte-parole du Gouvernement, ont, par **arrêté en date du 27 juin 2011**, étendu et élargi l'accord du 18 mars 2011 aux entreprises et salariés non représentés par les organismes syndicaux et patronaux signataires.

L'arrêté du 27 juin 2011 a fait l'objet, de la part des demandeurs, d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État en ce que cet arrêté étend et élargit le §1 et le 3^{ème} alinéa du §2 de l'article 7 du chapitre 3 modifiant les droits familiaux dus par les régimes AGIRC et ARRCO. (Pièces 3 et 4)

Cet arrêté a été suivi le **17 novembre 2011** par deux nouveaux arrêtés du ministre de l'emploi et de la santé ainsi que du ministre du budget, des comptes publics et de la réforme de l'Etat étendant et élargissant d'une part l'avenant A-264 à la convention AGIRC (JO du 2 décembre 2011) et, d'autre part, l'avenant n°115 à la convention ARRCO (JO du 6 décembre 2011). Il s'agit des deux avenants sus-décrits signés le 8 juin dernier qui insèrent les dispositions contestées au sein des conventions collectives proprement dites. **(Pièce 8)** Ces deux arrêtés ont été pareillement soumis à la censure du Conseil d'état. Dans un arrêt du 17 avril 2013, le Conseil d'État a rejeté ces recours. **(Pièce 36)**

Le Tribunal de Grande Instance de Paris a été saisi d'une demande d'annulation :

- ✓ du paragraphe 1^{er} et le 3^{ème} alinéa du paragraphe 2 de l'article 7 du chapitre 3 de l'accord portant sur les retraites complémentaires AGIRC-ARRCO-AGFF du 18 mars 2011
- ✓ de l'avenant A-624 du 8 juin 2011 à la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947
- ✓ de l'avenant n°115 du 8 juin 2011 à l'accord national interprofessionnel de retraite complémentaire du 8 décembre 1961 en ce qu'il introduit un dernier alinéa au 2° de l'article 17 de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947

et de condamnation in solidum de l' AGIRC, l' ARRCO, le MEDEF, la CGPME, l'UPA, la CFDT, la CFTC, la CGT-FO, FO-Cadres, la CFDT-Cadres et l'UGICA-CFTC au paiement de la somme de 6 000 € sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile.

Dans une décision du 12 mai 2015, le TGI de Paris a déclaré recevable l'action des demandeurs mais les en a déboutés au fond.

DISCUSSION

L'accord interprofessionnel et les deux avenants contestés modifient les majorations familiales que l' AGIRC et l' ARRCO promettaient aux cotisants parents de famille nombreuse :

- ✓ S'agissant de l' AGIRC le système en vigueur depuis la création du régime en 1947 prévoyait des majorations progressant avec le nombre d'enfant au-delà de 3 et jusqu'à un maximum de 7. Le nouvel accord entend fixer la majoration au taux unique de 10% quel que soit le nombre d'enfants à partir de trois.
- ✓ S'agissant à la fois de l' AGIRC et de l' ARRCO, alors que les systèmes en vigueur ne prévoyaient aucun plafonnement du montant des sommes obtenues au titre de ces majorations, les nouveaux accords les plafonnent à une somme maximum de 1 000 € par an.

Par décision en date du 12 mai 2012, le TGI de Paris a débouté les demandeurs. Par arrêt en date du 11 décembre 2015, la Cour a refusé de transmettre à la Cour de Cassation une question prioritaire de constitutionnalité portant sur les articles L912-4 et les articles L911-1,L911-3 et L911-4 auxquels il renvoie. Les appelants ont saisi la Cour de Céans en interprétation de cette décision de rejet et, par décision du 20 janvier 2016, la Cour a renvoyé au 11 octobre 2016 l'audience au fond ainsi que l'audience en interprétation.

Devant le TGI de Paris, les appelants ont soutenu que les accords étaient illégaux car 1° contraires à la hiérarchie des normes posée par Constitution 2° contraires au principe de sécurité juridique reconnu par toutes les juridictions nationales comme par la Cour Européenne des Droits de l'Homme et 3° contraires à l'intérêt général.

SECTION 1 - LES ACCORDS LITIGIEUX SONT CONTRAIRES A LA HIERARCHIE DES NORMES IMPOSEE PAR CONSTITUTION

I – Les accords de retraite complémentaires par répartition ne sont pas des accords comme les autres.

A - On distingue trois sortes d'accords collectifs :

- **Les accords de type « compléments de rémunération ».** Ces accords prévoient, pour les salariés, des avantages en nature complémentaires comme des droits à congé supplémentaires, des grilles de salaire et d'avancement, etc. Parmi ces accords, on compte aussi les accords relatifs aux conditions de travail.

Dans ce cadre, on compte deux parties à l'accord : les salariés représentés par leurs syndicats, les employeurs, représentés par leurs organisations patronales.

Les bénéficiaires de ces accords « compléments de rémunération » appartiennent tous à la communauté de travail exerçant au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle.

- **Les accords de type « assuranciers »** : ces accords protègent le salarié des risques qui peuvent survenir pour lui ou pour sa famille ; ils lui procurent un substitut de rémunération ou le protègent contre des risques encourus dans le cadre de son activité professionnelle.

Dans cette logique, on classe :

- les accords dit « de prévoyance » (complémentaire santé, indemnités journalières en cas d'arrêt de travail, rentes d'invalidité, capital décès, rentes de conjoint et d'éducation, dépendance).
- l'assurance chômage, exception faite de la partie « solidarité » prise en charge par l'État pour les demandeurs d'emploi en « fin de droit »

Comme dans le cas précédent, l'accord est conclu entre deux parties : les salariés représentés par leurs syndicats, les employeurs, représentés par leurs organisations professionnelles. Les deux parties ont à s'entendre sur le montant des garanties et les cotisations versées à cet effet.

Là aussi, le bénéfice de ces accords « assuranciers » est limité à la communauté de travail exerçant ou ayant exercé au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle.

- **Les accords de type « épargne-retraite »**. Ces accords n'assurent pas un risque (les actifs sont quasi certains d'être retraités un jour, alors qu'ils ne seront pas forcément chômeurs ou invalides). Ces accords ont comme finalité de préparer l'avenir de leurs bénéficiaires.

Or, il y a qu'une seule façon de préparer ses vieux jours, c'est d'épargner et d'investir cette épargne. Deux types d'épargne sont possibles :

- soit, classiquement, en investissant dans le capital (les entreprises, les fonds de commerce, les marques, les brevets, les biens mobiliers et immobiliers)
- soit en investissant dans le travail, c'est-à-dire dans le facteur humain. L'investissement dans le facteur « travail » (lequel facteur représente les 2/3 du PIB, le capital n'en représentant qu'1/3) se fait par la mise au monde de futurs travailleurs puis par leur entretien et leur formation humaine, scolaire et professionnelle. Il sera demandé, plus tard, à ces travailleurs de verser des retraites à ceux qui les ont formés.

Les régimes de retraite de base ou complémentaires mobilisent l'épargne des actifs soit dans le facteur capital - ce sont les régimes par capitalisation - soit dans le facteur travail - ce sont les régimes par répartition.

B – Le cas particulier les **accords de type « épargne retraite »**

1° Les accords de type « **épargne retraite** » en capitalisation,

Dans tous les pays Européens, la France étant la seule exception, les partenaires sociaux n'ont créé et ne gèrent que des régimes de retraite complémentaire par capitalisation.

En **capitalisation** :

- ✓ La détermination des cotisants et des bénéficiaires peut être circonscrite à la communauté de travail exerçant ou ayant exercé au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle, comme dans le cas des accords de type « *compléments de rémunération* » ou « *assurance* ».
- ✓ La détermination des parties à l'accord est semblable à celle des accords de type « *compléments de rémunération* » ou « *assurance* » mais il y a deux contrats successifs : le premier est conclu, classiquement, entre les salariés et les patrons. Ce premier accord détermine le montant des sommes à capitaliser, c'est-à-dire au montant des cotisations qui seront versées au régime. Un deuxième contrat (d'adhésion) est nécessaire entre les créanciers (actifs-futurs retraités et retraités) d'une part et le régime de retraite d'autre part. C'est le régime qui est, en effet, tenu de constituer, gérer puis redistribuer les capitaux accumulés.

L'épargne par capitalisation peut donc naître principalement un accord collectif. Mais cet accord ne porte que sur une question : quelle sera le montant de l'épargne demandée au salarié et complétée par son employeur ? Cette question étant réglée, le contrat dont bénéficie le futur retraité ou le retraité est passé avec la caisse de retraite par capitalisation.
- ✓ Si la partie « financière » de la capitalisation doit être confiée au Régime lui-même, la gestion de l'accord (choix du prestataire, gestion des comptes des cotisants et retraités) peut, sans difficulté, être confiée aux partenaires sociaux syndicats et patrons au travers d'accord collectifs classiques.

2° Les accords de type « épargne retraite » en répartition

Ces accords répondent à une logique tout à fait différente des accords de « retraite par capitalisation » et, *a fortiori*, des accords de « complément de rémunération » et « d'assurance » : s'il est possible, en effet, de posséder du capital en propriété, il n'est pas possible, s'agissant du facteur travail, d'être propriétaire du labeur d'êtres humains, sauf à rétablir l'esclavage.

Il en résulte plusieurs conséquences :

- ✓ La détermination des cotisants et des bénéficiaires ne peut pas être circonscrite à la communauté de travail exerçant ou ayant exercé au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle : si les retraités ont des créances contre les actifs, les actifs ont des créances sur les futurs actifs dans la formation desquels ils ont épargné. Or, ces futurs actifs ne sont pas tous déjà nés et ne sont même pas encore dénommés : nul ne sait si les enfants en formation cotiseront au même régime que leurs parents car certains, en effet, ne seront pas salariés mais fonctionnaires ou profession indépendante. La créance des actifs s'adresse donc à un groupe humain non déterminé et, en partie, pas encore né.
- ✓ La détermination des parties à l'accord est également différente : à la différence de la capitalisation, la répartition fait intervenir **trois parties** :

les retraités / les actifs / les futurs actifs

Les retraités ont, en effet, une créance sur les actifs, lesquels ont une créance sur les futurs actifs.

Contrairement à ce qui est affirmé par les intimés - et c'est fondamental- les retraites complémentaires par répartition ne se jouent pas dans une « solidarité » à deux générations mais à trois.

Autrement dit, le bilan comptable simplifié des régimes de retraite complémentaires s'établit ainsi, selon qu'ils fonctionnent en capitalisation (partout en Europe) ou en répartition (en France)

Régimes en capitalisation		Régimes en répartition	
ACTIF	PASSIF	ACTIF	PASSIF
Biens possédés par le régime	Créances des retraités	Autorisation de prélèvement : 1° sur les travailleurs 2° sur les futurs travailleurs.	Créances des retraités
	Créances des cotisants (futurs retraités)		Créances des cotisants (futurs retraités)

A une journaliste persuadée que ses cotisations vieillesse lui assureraient nécessairement une retraite, Alfred SAUVY, alors retraité, avait rétorqué : *« Chère Madame, vous cotisez, j'en suis fort aise, et je vous en remercie, car figurez-vous que la caisse me transmet vos versements. Personne ne les met dans une tirelire, je les dépense intégralement pour voyager et faire plein de choses intéressantes. Vous ne risquez pas de les revoir ! En revanche, quand vous serez vieille, vous serez contente que des enfants aient été mis au monde, aient grandi, aient été bien éduqués, car ce sont leurs cotisations qui vous permettront de vivre à votre tour convenablement sans travailler ».*

- ✓ Il en résulte que l'intervention de l'État est indispensable à l'organisation des retraites complémentaires par répartition : en effet, ni les partenaires sociaux ni les institutions de retraite n'ont le pouvoir d'imposer aux générations futures de rentrer dans le cycle de la répartition. Autrement dit, de faire peser sur leurs épaules une dette que leurs membres n'ont pas souscrite. En capitalisation, l'actif possède ce qu'il a épargné. En répartition, cela est impossible. La « force publique » est indispensable et le cadre contractuel est donc largement inadapté.
- ✓ Dans ce contexte, l'État a pour rôle de garantir le fonctionnement du régime par la contrainte qu'il est seul en mesure d'exercer sur les futurs cotisants. Seul d'Etat peut garantir aux actifs qu'une fois à la retraite, ils auront des droits dûment sécurisés sur le « capital humain » (la génération suivante) que ces actifs ont mis au monde et contribué à former.

Il apparaît dès lors clairement que les régimes de retraites complémentaires par répartition ne sont pas de nature purement contractuelle. Contrairement à ce qu'affirme l'AGIRC dans ses écritures, les conditions d'élargissement et d'extension de ces accords par l'État ne visent pas principalement à « éviter les vides conventionnels » mais à contraindre les travailleurs et futurs travailleurs à entrer dans le système.

Dans ce cadre, les partenaires sociaux n'ont nécessairement qu'un rôle secondaire :

- ils peuvent représenter une des parties au contrat (mais pas toutes les parties),
- ils peuvent jouer un rôle de gestionnaire du régime par délégation de la puissance publique, toute la question étant de déterminer jusqu'où va cette délégation.

II – Traduction juridique de la nature particulière des régimes de retraite complémentaire par répartition

« Le droit à des contrées dont le moindre détail est décrit. À quelle précision l'analyse des sûretés réelles ou des régimes matrimoniaux n'est-elle pas parvenue ! Mais la vie sociale ne s'exprime plus seulement par les traditionnelles institutions civiles. Elle a aussi des terres inconnues, où s'étend, entre autres le vaste domaine de la sécurité sociale. Le temps est venu d'explorer cette terre. »

Paul DURAND « Exploration d'une terre inconnue : la sécurité sociale », *Dr. soc.* 1949, p. 201.

A – Relativement aux droits de cotisants / retraités / futurs cotisants

Dans leurs écritures, l'AGIRC et l'ARRCO, institutions gérant les régimes complémentaires, estiment que le régime n'est « *pas un assureur créant des droits individuels à des clients* », que « *les avantages (droits à la retraite) ne sont pas individuels* » tant qu'ils n'ont pas été liquidés tout en indiquant que « *les pensions allouées sont bien des rémunérations* ». La plus grande confusion est entretenue.

1° **Quelle est la nature du droit des retraités ?** Il ne peut s'agir de rémunération au sens du droit du travail, faute pour eux d'être lié à un contrat de travail ni de « rémunération différée » car les pensions reçues n'ont pas été capitalisées pour leur être ensuite reversées.

La Cour de Cassation relève bien, dans son arrêt du 22 juin 2000, la différence de nature entre la capitalisation et la répartition :

« le régime de retraite complémentaire des cadres institué par la Convention collective nationale du 14 mars 1947, régime de retraite par répartition, qui repose sur la solidarité entre les professions et les générations, ne fait pas dépendre les droits des retraités de leur épargne personnelle, mais de la capacité contributive des actifs et de leurs employeurs, et qu'il ne relève pas du mécanisme de l'assurance, qui fait naître à la charge de l'assureur des obligations en stricte contrepartie de celles de l'assuré »

En réalité, le droit des retraités s'analyse comme un **droit de tirage** sur la masse des cotisations versées par les actifs. Ce droit de tirage est exprimé sous forme des points dont on leur a notifié individuellement le nombre, au moment de la liquidation de leur retraite. La masse des cotisations à distribuer varie en fonction du nombre de cotisants et du montant prélevé. La part de chaque retraité varie, en outre, en fonction du nombre des autres retraités à servir et du nombre de points de chacun. C'est la raison pour laquelle ces régimes sont qualifiés de « régimes à cotisations définies ».

Le retraité n'a donc pas de droit acquis à un certain montant de retraite mais simplement à une certaine « part du gâteau ». Dans la pratique, au moyen des réserves qu'ils constituent, les gestionnaires procèdent à des ajustements et à des anticipations pour éviter de faire subir aux pensionnés des baisses ponctuelles.

Le droit français des obligations conçoit parfaitement le genre de créances dont sont titulaires les retraités : il en existe de semblables dans le domaine des actions en droit des sociétés, où la valeur du dividende que touche un actionnaire dépend d'une part du montant des bénéfices à redistribuer et, d'autre part, du nombre d'actionnaires en concurrence. Cette nature particulière de créances s'analyse comme étant des « fruits civils »

2° Quelle est la nature du droit des cotisants ?

a) Les droits des cotisants sont garantis par l'Etat

Il convient, tout d'abord, d'écarter l'idée émise par les intimés que les droits des cotisants pourraient être purement et simplement abolis si les accords AGIRC ARRCO conclus pour cinq ans venaient à être dénoncés et non reconduits. Dans pareil cas – sauf révolution et changement de régime politique – il est bien évident que l'État reprendrait la main pour sécuriser les droits des 18 millions de cotisants de l'ARRCO et des 3,7 millions de l'AGIRC (sans compter les 18 millions de retraités qui seraient de ce fait privés de pensions)

La sauvegarde par l'État des droits individuels des cotisants s'est d'ailleurs produite en matière de convention collective de protection sociale lorsqu'en 1971 le régime de l'assurance chômage s'est trouvé en cessation de paiement. La Loi est alors intervenue.

b) Les droits des cotisants sont de même nature que ceux des retraités

Les cotisants acquièrent des droits de tirage, comme en ont les retraités, mais ces droits de tirage sont des créances à terme, étant précisé que ces créances sont personnelles puisqu'elles s'éteignent avec leur bénéficiaire (et son conjoint éventuel)

En l'espèce, le droit qu'a chaque cotisant aux fruits du travail des actifs, c'est-à-dire à leurs cotisations – autrement dit le droit de tirage de ce cotisant – est subordonné à l'atteinte de l'âge de la retraite.

Comme pour le retraité et plus encore, le cotisant ne peut prétendre à un montant précis de retraite. Pour autant, il ne saurait être soutenu qu'en cotisant et en élevant des enfants, deux événements créateurs de droits, le futur retraité ne s'inscrit pas dans un rapport d'obligations au sens juridique du terme.

3° L'origine des droits des cotisants ne découle pas de l'accord entre partenaires sociaux

Les intimés entendent fonder les régimes de retraite complémentaires par répartition sur l'article 1134 du Code Civil « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

Or, comme il a été démontré, si les actifs-cotisants sont bien partie au contrat de retraite en étant représentés par le groupe « syndicats-patronat », les payeurs de leurs retraites futures – soit les générations en cours de formation ou à naître – ne sont pas parties au contrat. Ils ne sont pas représentés par les organisations syndicales. En effet, l'article L. 2111-1 du code du travail, du livre premier « Les syndicats professionnel », sous le titre 1^{er} « champ d'application » dispose en effet que : « *Les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés* ». Ces futurs actifs ne sont encore employés de personne.

On cherche aussi vainement dans le droit des obligations l'outil juridique qui permettrait de mettre une dette à la charge de quelqu'un sans son consentement. Il n'en existe pas, exception faite de l'obligation naturelle posée par l'article 205 du Code Civil : « Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin. » et sa réciproque fixant les devoirs des parents à l'égard des enfants.

La stipulation pour autrui de l'article 1121 du Code civil ne saurait non plus être invoquée ici car, conclue entre deux personnes, elle a pour objet de faire naître un droit (et non pas une dette) au bénéfice (et non aux dépens) d'une troisième.

De tout cela il résulte que, par le seul fait du contrat, les partenaires sociaux ne peuvent juridiquement accorder des droits aux cotisants à leurs régimes. L'intervention des pouvoirs publics s'impose.

C'est précisément pourquoi, à l'aube de ces régimes, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 2 janvier 1959, avait refusé au ministre du Travail et des Affaires Sociales le droit de procéder à des extensions, par voie d'arrêté, des dispositions conventionnelles issues de l'accord AGIRC du 14 mars 1947 :

« considérant qu'il résulte des dispositions combinées des articles 31-f 1^{er} et 3^o alinéas et 31-j, 1^{er} alinéa du livre premier du Code du travail que sont susceptibles d'être étendues les conventions collectives de travail « ayant pour objet de régler les rapports entre les employeurs et travailleurs d'une branche d'activité déterminée pour l'ensemble du territoire (...) » ; que les accords qui ont été rendus obligatoires par l'arrêté attaqué et qui concernent une catégorie professionnelle commune à l'ensemble des branches d'activité industrielle et commerciale n'ont pas pour objet de régler les rapports entre employeurs et travailleurs d'une branche d'activité déterminée » (pièce n°106)

Ce que la convention collective / contrat ne pouvait faire, il fallait que la Loi l'autorisât. Ce fut l'objet de l'ordonnance – à valeur de loi - en date du 4 février 1959 relative aux régimes complémentaires de retraite :

Article 1^{er} : Les régimes complémentaires de retraites du personnel peuvent faire l'objet de stipulations dans les conventions collectives de travail susceptible d'être étendues, conformément aux dispositions de l'article 31/ et suivants du livre 1^{er} du Code du travail. (pièce n°107)

Avec cette ordonnance, les régimes complémentaires commençaient à prendre juridiquement leur autonomie avec le droit du travail, pour finir, en 1994, par être codifiés dans le Code de la Sécurité Sociale.

B - Particularité des régimes de retraite complémentaire par répartition relativement à la nature de leurs conventions collectives

En effet, de même que la convention collective ne peut fonder les droits individuels des cotisants, retraités et futurs cotisants, de même, elle ne peut fonder à elle seule l'existence des régimes eux-mêmes :

1° l'aspect contractuel est prédominant dans les conventions collectives de travail :

Depuis la guerre et après avoir oscillé entre une conception purement libérale et une conception étatiste, il est admis que les conventions de droit du travail ont une double nature : à la fois contractuelle et réglementaire, la partie contractuelle étant prédominante :

- La convention collective de travail est contractuelle parce qu'elle naît de l'accord de deux parties : les employeurs et les salariés, sans que l'État se substitue à eux. Elle l'est aussi par ses effets qui créent des obligations à charge des parties et qui ont une durée limitée dans le temps. Ainsi que l'a jugé la Cour de Cassation, l'article 1156 du Code Civil leur est applicable (Soc 26 novembre 1942 et Soc 4 juillet 1974). Le droit commun des obligations leur est applicable, notamment en ce qui concerne les vices du consentement ;
- Les conventions de droit du travail ont, toutefois, un aspect réglementaire : en premier lieu car l'autorité publique est fondée à intervenir pour les étendre au-delà du champ des signataires et, surtout, car il est y dérogé au principe de la relativité des conventions : leurs effets s'imposent, en effet, à des personnes qui n'en sont pas signataires et qui, non-syndiquées, ne sont pas individuellement représentées par les employeurs et syndicats signataires. Selon le joli mot du juriste Italien CCARNELUTTI, la convention collective du travail a « le corps d'un contrat mais l'âme d'une loi

2° les conventions collectives de retraites complémentaires n'ont qu'un aspect contractuel subsidaire.

a) Sans la puissance publique, la convention de retraite complémentaire n'est rien.

Ainsi que l'exprime Me BARTHELEMY, conseil de l'AGIRC dans la présente instance :

« L'accord de retraite complémentaire doit aussi être étendu et élargi. Ceci ne peut que renforcer le sentiment qu'ils ne sont pas de classiques accords collectifs de travail. (...) Ces régimes ne pouvant naître que d'accords étendus et élargis, l'arrêté ministériel d'élargissement en est une condition suspensive d'applicabilité. En effet, le non-provisionnement des engagements rend l'accord de retraite inefficace tant qu'il n'est pas étendu et élargi. Cette hypothèse est confortée par l'objectif de solidarité nationale et interprofessionnelle poursuivi (...)

L'arrêté d'élargissement est donc - comme l'arrêté d'extension d'un accord dérogatoire - un agrément dans la mesure où il donne vie à un accord de retraite complémentaire. Cette qualification est encore plus justifiée si l'on prend en considération que les arrêtés d'élargissement se rapportant à l'AGIRC et à l'ARRCO sont, de fait, les textes réglementaires d'application de la loi de généralisation »

Droit Social 2003 Jacques BARTHELEMY - « La nature juridique des accords de retraite complémentaire » page 513 et suivantes (*pièce n°108*)

Cet argument explique la position du Conseil d'État et du TGI de Paris qui font des articles 921-4, L. 911-1 L. 911-3 et L. 911-4 du Code de la Sécurité Sociale un ensemble indissociable, précisément parce que les articles L. 911-3 et L. 911-4 (relatifs aux procédures d'élargissement et d'extension des accords) donnent vie aux articles L. 921-4 et L. 911-1.

b) La partie proprement contractuelle du régime se limite aux accords internes passés au sein d'une seule des trois parties au régime : celle des actifs cotisants.

- ✓ Ce sont en effet, **les actifs cotisants**, c'est-à-dire les salariés (représentés par leurs syndicats) qui, avec les employeurs (représentés par leurs organisations) déterminent, au travers d'accords collectifs, quel sera le montant des cotisations payées par la catégorie des actifs. Cet accord naît de la confrontation entre le désir des uns (les salariés) d'acquiescer plus de droits en cotisant davantage et celui des autres (les patrons) de limiter le coût de leur salarié en cotisant peu.

De l'élément contractuel de cet accord sont exclus les deux autres parties au régime de retraite complémentaire par répartition : les retraités et les futurs cotisants.

- ✓ Le Code du Travail, en effet, ne donne pas aux syndicats professionnels le pouvoir de **représenter les retraités** qui n'ont plus de lien avec la communauté de travail de l'entreprise ou du secteur interprofessionnel. L'article L. 2111-1 du code du travail, du livre premier « Les syndicats professionnel », sous le titre 1^{er} « champ d'application » dispose en effet que :

« Les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés »

La représentation des retraités est assurée par le Comité National des Retraités et personnes âgées (CNRPA), codifié à l'article D149-1 du Code de l'Action Sociale et des Familles :

« Le comité national des retraités et des personnes âgées est placé auprès du ministre chargé des personnes âgées. Ce comité à caractère consultatif assure la participation des retraités et des personnes âgées à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique de solidarité nationale les concernant. »

Le vice-président du CNRPA siège à ce titre au Conseil d'Orientation des Retraites. La représentation des personnes retraitées au sein de la branche vieillesse du régime général de la Sécurité Sociale est assurée par l'une des personnes qualifiées nommées au sein de son conseil d'administration (cf. 4^o de l'article L. 215-2 du code de la sécurité sociale pour les caisses d'assurance retraite et de la santé au travail et 3^o de l'article L. 222-5 du même code pour la caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS)). Il en va de même aux conseils d'administration des caisses de retraite des professions non salariées (artisans, commerçants, avocats et la plupart des professions libérales) où les retraités sont représentés en tant que tels dans un collège spécifique.

Les intérêts des retraités sont d'ailleurs contradictoires avec ceux des salariés/employeurs : ils souhaitent, pour leur part, que les actifs cotisent au maximum afin que leurs retraites soient plus généreuses puisque c'est l'argent des cotisations des actifs qui leur est versé. Or, les salariés peuvent choisir, au cours des négociations, de privilégier leur salaire sur leurs cotisations vieillesse ou estimer que celles-ci sont suffisantes. Quant aux employeurs, leur intérêt est assurément de pousser à la baisse les cotisations vieillesse. Il y a donc conflit d'intérêt entre la partie « salariés/employeurs » avec la partie « retraités ».

Dès 1960, « L'immense Paul DURAND », selon le jugement qualitatif de l'avocat de l'AGIRC, relevait cette difficulté :

« Au moins en ce qui concerne les régimes de retraite, il existe une ambiguïté sur la notion d'organisations représentatives. Les organisations syndicales de salariés représentent incontestablement les travailleurs actifs. Ont-elles également ce caractère à l'égard des retraités qui ne participent plus à l'activité syndicale, et qui ont la qualité de bénéficiaires du régime ? Si les intérêts des cotisants et des bénéficiaires s'opposent un jour, ne peut-on craindre que la représentation des uns sera moins bien assurée que celle des autres ? Ne faudrait-il pas mieux organiser la représentation des retraités lors des modifications apportées aux conventions collectives de retraite ? »

Droit Social – Janvier 1960 (Pièce n°109)

✓ *A fortiori* le code du travail ne donne pas pouvoir aux syndicats de salariés et organisations patronales de représenter la 3^{ème} partie impliquée dans les régimes de retraite complémentaires par répartition : **les futurs actifs**, qui, eux non plus, n'ont pas de lien avec l'entreprise et ne sont, pour certains, même pas encore nés.

Rappelons, en effet, que **les salariés qui vont payer les retraites des salariés d'aujourd'hui, par exemple ceux de la génération 1980, ne viendront au monde qu'entre les années 2020 et 2050.**

Or, les décisions quant à la quantité de points de retraite attribuée, à leur valeur et au nombre de leurs bénéficiaires ont un impact différé sur les cotisations qu'ils seront obligés de payer une fois dans le monde du travail : plus le régime est « généreux » dans l'attribution de droits, plus la dette de la génération future s'agrandit.

Ainsi, par exemple, en 1958, le taux moyen de cotisation des actifs aux régimes AGIRC-ARRCO était de 11,15%. Les actifs d'aujourd'hui ont une cotisation moyenne de 22,9%. La génération à venir peut légitimement s'inquiéter de ce qu'elle aura à payer une fois sur le marché du travail.

Qui est chargé de défendre les intérêts de la génération à venir ? Assurément pas les partenaires sociaux, lesquels représentent les actifs. Or, l'intérêt de ces actifs est d'accroître le nombre et la valeur des points que leur devra la génération suivante. C'est bien parce que les jeunes générations ne sont pas représentées qu'on assiste à cette augmentation formidable du taux de cotisation.

c) Dès lors, le rôle des partenaires sociaux est principalement de nature « réglementaire ».

Il n'est pas discuté ici que les régimes AGIRC et ARRCO aient une origine historique purement conventionnelle, ayant été créées en 1947 et en 1961 de la seule initiative des partenaires sociaux. Les intimés n'entendent pas nier ici l'apport déterminant des partenaires sociaux dans la genèse de ces régimes et saluent leur action innovante et déterminée.

Mais l'action innovante des partenaires sociaux ne leur garantit pas la maîtrise à perpétuité de l'œuvre qu'ils ont initié. S'il en était ainsi, les Caisses d'Allocations Familiales auraient toujours la forme des caisses patronales de compensation de 1918, lesquelles fixeraient librement la nature et le montant des allocations qu'elles versaient ; l'assistance médicale gratuite serait toujours à l'initiative des départements au lieu d'être intégrée à la Sécurité Sociale ; la Loi de 1905 serait toujours en vigueur pour confier aux employeurs le soin d'assurer leurs salariés contre les accidents du travail ; l'assurance chômage ne serait pas codifiée dans le Code du Travail, etc.

Il est certain que les régimes de retraite de l'AGIRC et de l'ARRCO n'ont eu aucune base légale jusqu'à l'ordonnance du 4 février 1959 précitée, permettant leur élargissement. Est venue, ensuite, la loi du 29 décembre 1972 les rendant obligatoire mais sans en fixer les contours. Ce n'est qu'à compter de la loi du 8 août 1994 que leur fonctionnement a été esquissé car, jusque-là, seul était applicable l'article 18 de l'ordonnance du 4 octobre 1945, relative aux « *institutions de prévoyance ou de sécurité sociale* » qui ne traitait que des conditions de création et de fonctionnement de ces organismes.

Ainsi, entre 1947 et 1958, le législateur s'était désintéressé des questions de retraite, laissant la main au patronat et des syndicats. Selon l'observation faite en 1995 par le Pr Philippe LAIGRE, « *En un demi-siècle, le législateur ne s'est manifesté qu'au travers de la loi de généralisation (de la retraite complémentaire) du 29 décembre 1972* ».

Mais comme ce fut le cas en 1971 pour cet autre accord innovant qu'a été l'assurance chômage – encadré depuis par la loi – il est temps que l'édifice que les partenaires sociaux ont construit prenne sa place au sein de l'ordre normatif français auquel il ne peut se soustraire.

Le régime juridique des avenants sur les majorations familiales soumis à la censure de la Cour dépendent de la réponse à la question suivante :

III - D'où vient le pouvoir qu'ont les partenaires sociaux de signer les conventions collectives de retraites par répartition ?

Comme il a été démontré, la nature juridique des conventions AGIRC – ARRCO n'est que faiblement contractuelle. Leur aspect « réglementaire » est largement dominant. D'où vient le pouvoir des partenaires sociaux de les signer et mettre en œuvre ?

Trois fondements s'offrent à la discussion :

- ✓ soit un fondement supra-législatif : pour certains intimés, le droit des partenaires sociaux découlerait directement d'un pouvoir supra-législatif qui leur serait conféré par des traités internationaux ou par le préambule de la Constitution
- ✓ soit une délégation par le législateur de l'intégralité des pouvoirs qu'il tient de l'article 34 de la Constitution : c'est ainsi qu'en a jugé le Conseil d'État et le TGI de Paris
- ✓ soit un pouvoir réglementaire au sens de l'article 37 de la Constitution, ainsi que l'affirment les appelants.

A – Il n'y a pas de fondement supra-législatif au pouvoir des partenaires sociaux

Dans leurs conclusions devant le premier juge, les intimés avaient soutenu que les partenaires sociaux tenaient leur pouvoir de traités internationaux leur faisant échapper à l'ordre juridique interne. Cette affirmation, empreinte de la plus haute fantaisie – pour ne pas dire suffisance – est absente de leurs conclusions devant la Cour d'Appel.

Reste l'ordre constitutionnel interne.

Pour s'exonérer de la contrainte des articles 34 et 37 de la Constitution réservant au législateur la fixation des principes fondamentaux en matière de sécurité sociale, de droit du travail ou de droit des obligations, les intimés invoquent le droit pour les partenaires sociaux de signer librement des conventions collectives de leur choix.

Mais le principe constitutionnel de la liberté de participation des travailleurs ne permet pas de s'affranchir de la hiérarchie des normes.

Il n'est pas contesté par les appelants qu'au terme du 8^{ème} alinéa du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

Les décisions du juge Constitutionnel citées par les intimés ne font que rappeler ce principe dans le cadre précis du droit du travail : ainsi relativement à la représentativité des syndicats (Conseil Constitutionnel n°2010-42 du 7 octobre 2010), à la détermination du temps de travail (Conseil Constitutionnel n°99-423 DC du 13 janvier 2000), aux salaires (Conseil Constitutionnel n°2002-465 DC du 13 janvier 2003), à la formation professionnelle (Conseil Constitutionnel n°2004-494 DC du 29 avril 2004) ou à la réglementation des heures supplémentaires (Conseil Constitutionnel décision n°2008-568 DC du 7 août 2008). Il en est de même de la décision n°94-348 DC du 3 août 1994 abondamment reproduite par l'AGIRC et l'ARRCO qui concerne la conclusion de contrat de prévoyance groupe dans le cadre des contrats de travail.

Mais comme il a été démontré, la fixation des droits à la retraite des cotisants va bien au-delà de la détermination des « conditions de travail » du « travailleur » puisqu'elle s'exerce aussi au bénéfice de personnes qui ont rompu tout lien avec l'entreprise (en l'espèce les chômeurs, les retraités ou les poli-pensionnés) et crée des obligations qui vont peser sur les personnes n'ayant encore aucun lien avec l'entreprise (en l'espèce les générations à venir, futurs cotisants)

Or, dans sa décision n°2008-568 DC du 7 août 2008, citée par le MEDEF (sa pièce n°68), le Conseil constitutionnel détermine précisément à quelle communauté humaine s'applique le 8^{ème} alinéa du préambule de 1946 puis que Conseil indique que :

« le droit de participer par l'intermédiaire de leurs délégués à « la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » a pour bénéficiaires, sinon la totalité des travailleurs employés à un moment donné dans une entreprise, du moins tous ceux qui sont intégrés de façon étroite et permanente à la communauté de travail qu'elle constitue, même s'ils n'en sont pas les salariés ».

Il ne saurait être prétendu que les retraités, les futurs retraités, les personnes qui, comme Monsieur LAIGUEDE, demandeur, ont quitté depuis 20 ans le monde de l'entreprise pour un

exercice libéral, les épouses des cotisants comme Mesdames FREMAUX ou BOUCHARLAT de CHAZOTTE, demanderesse, ou bien les générations à venir entretiennent avec « l'entreprise » - même au sens large - un rapport étroit et permanent.

Si l'on peut admettre que, par la voie des extensions, les syndicats et le patronat représentent des individus ou des entreprises qui n'adhèrent pas à leurs organisations mais qui œuvrent au profit de la communauté au sein de laquelle les conventions collectives sont élaborées, ce postulat ne peut s'étendre à l'infini.

Les régimes AGIRC et ARRCO sont chargés des droits de 3 millions de retraités pour l'une et 14 millions pour l'autre et de droits futurs de 18 millions de cotisants pour l'ARRCO et 3,7 millions pour l'AGIRC. On y ajoutera, pour faire bonne mesure, les 15 millions d'enfants qui se préparent à cotiser au bénéfice des précités, soit, au total, 53 millions de personnes.

La représentation d'un tel ensemble de population relève, à l'évidence, de la souveraineté nationale au travers du suffrage universel. Il est donc parfaitement conforme à l'esprit et à la lettre de la Constitution que les principes fondamentaux régissant les droits à pension de retraite de 53 millions de personnes soient fixés par le législateur.

Donner aux partenaires sociaux le droit de fixer souverainement des règles applicables à une telle quantité de personnes serait une violation flagrante de l'**article 3 de la Constitution** qui dispose que :

« La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.

Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice. »

B – Deuxième hypothèse : le législateur at-il délégué aux partenaires sociaux la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution ?

1° le champ d'application de l'article 34 englobe l'ensemble de la protection sociale.

L'article 34 de la Constitution dispose que :

« La loi détermine les principes fondamentaux :

-du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ;

-du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ».

Le champ d'application de ces dispositions est assez large pour rendre inutile la question de savoir si les régimes complémentaires de retraite par répartition AGIRC-ARRCO relèvent de la Sécurité Sociale au sens strict ou large, ou bien du droit du travail ou bien encore des obligations civiles. Dans tous les cas, la détermination des principes fondamentaux fait partie des prérogatives du législateur. Il a été démontré, en toutes hypothèses, que des « droits de tirage » rentrent dans le patrimoine des cotisants et peuvent *a minima* être considérés comme des obligations civiles.

Comme le développe Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE dans les Cahiers du Conseil constitutionnel (n° 29 - octobre 2010),

« La jurisprudence relative à la négociation collective est ancienne, abondante et a donné lieu à une construction originale quant à l'articulation des différentes normes sociales entre elles. Dès 1977, le Conseil constitutionnel a jugé que « si le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, dispose en son huitième alinéa que « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises », l'article 34 de la Constitution range dans le domaine de la loi la détermination des principes fondamentaux du droit du travail et du droit syndical ; qu'ainsi c'est au législateur qu'il revient de déterminer, dans le respect des principes qui sont énoncés au huitième alinéa du Préambule, les conditions de leur mise en œuvre » (déc. n° 77-79 DC du 5 juillet 1977 et n° 93-328 DC du 16 décembre 1993) ». (Pièce 60)

Le Conseil constitutionnel a donc fait prévaloir l'article 34 de la Constitution sur le 8^e alinéa du Préambule de 1946. On voit mal ce qui permettrait d'écarter ce principe en ce qui concerne les conventions collectives de protection sociale.

2° Positions contradictoires des intimés et des juridictions

- a) Pour le Conseil d'État, il ne fait pas de doute que le législateur a délégué ses pouvoirs aux partenaires sociaux.

Dans sa décision du 17 avril 2013, le Conseil d'État a jugé que :

*« il résulte de l'article L. 921-4 du code de la sécurité sociale et des articles L. 911-1, L. 911-3 et L. 911-4 auxquels il renvoie que **le législateur a habilité les partenaires sociaux à définir**, par voie d'accords nationaux interprofessionnels étendus et élargis par arrêtés des ministres chargés de la sécurité sociale et du budget, **l'intégralité des régimes complémentaires obligatoires de retraite**, sous réserves de certaines clauses obligatoires ou prohibées qu'il a définies ».*

C'est la raison pour laquelle le Conseil d'État s'est interdit de censurer les arrêtés d'extension des accords querellés. Ni le juge administratif ni le juge judiciaire en peuvent, en effet, écarter l'application d'une loi, cette prérogative étant réservée au Conseil Constitutionnel.

- b) Pour certains intimés aussi, le législateur s'est clairement dessaisi de son pouvoir au profit des partenaires sociaux, ce qui signifie *a contrario*, que la définition des principes fondamentaux des régimes de retraites complémentaire est bien de sa compétence. La CFDT écrit ainsi que :

« Ainsi, le code de la Sécurité Sociale lui-même confère aux « partenaires sociaux » une compétence identique à celle du législateur, lorsque celui-ci n'en prend pas l'initiative, pour instituer des garanties collectives complétant les régimes de base de la Sécurité Sociale. L'autonomie collective des « partenaires sociaux » au niveau national interprofessionnel est même expressément et

spécialement reconnue comme unique source des régimes complémentaires de retraite des salariés, que, selon les termes mêmes de l'article L.921-4 du code la Sécurité Sociale, il leur appartient, non seulement, de gérer, mais « d'instituer » ».

- c) Pour d'autres intimés, comme l'AGIRC, les régimes échapperaient à l'article 34 en raison de leur nature contractuelle et privée.

Rappelons, pourtant, qu'il est impossible sur le fondement de l'article 1134 du Code Civil de laisser au seul contrat « privé » la détermination des règles régissant les retraites complémentaires. Aucune disposition du Code Civil ne permet à deux parties (les employeurs et les travailleurs) de faire naître des obligations pesant sur un tiers (les générations à venir)

- d) La position des premiers juges est proche de celle du Conseil d'État :

« Il ressort de la loi du 8 août 1994, codifiée aux articles L. 911-1 et suivants du code de la sécurité sociale, notamment en son article L. 921-4, que le législateur a entendu entériner le pouvoir des partenaires sociaux à définir, par voie d'accords nationaux interprofessionnels étendus et élargis par arrêtés des ministres chargés de la sécurité sociale et du budget, l'intégralité des règles des régimes complémentaires obligatoires de retraite, sous réserve de certaines clauses obligatoires ou prohibées qu'il a définies. »

... en sorte que les appelants ont saisi la présente juridiction d'une Question Prioritaire de Constitutionnalité, soulignant la constance des jurisprudences et faisant valoir qu'aucune disposition constitutionnelle n'autorise le législateur à déléguer sa propre compétence, en dehors du cas particulier des ordonnances de l'article 38

- e) Dans sa décision du 15 décembre 2015, la Cour a refusé de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité dans une décision faisant l'objet d'une requête en interprétation.

- La seule mention faite par la Cour de l'inapplicabilité au litige des articles L. 911-3 et L. 911-4 peut signifier qu'elle a trouvé la question mal posée, puisque ces articles n'ont pour objet que de traiter des modalités d'extension des conventions collectives de retraites complémentaires par répartition. Cette interprétation se heurte, toutefois, au fait que l'applicabilité d'une convention de retraite complémentaire par répartition est inextricablement liée à sa procédure d'extension, comme il a été démontré au B – 2° a)

- si, au vu des présents développements, la Cour faisait sienne l'interprétation du Conseil d'Etat selon laquelle le législateur a bien délégué sa compétence au terme des articles L. 921-4 et L. 911-1 du Code de la Sécurité Sociale, il lui est loisible de rétracter son refus de transmettre la QPC déposée par les appelants, comme le prévoit l'article 126-6 du Code de procédure civile qui dispose que :

« Le refus de transmettre la question dessaisit la juridiction du moyen tiré de la question prioritaire de constitutionnalité. » « Toutefois, lorsque ce refus a été exclusivement motivé par la constatation que la disposition législative contestée n'était pas applicable au litige ou à la procédure en cause, la juridiction peut, si elle entend à l'occasion de l'examen de l'affaire faire application de cette disposition, rétracter ce refus et transmettre la question. »

- Mais la Cour peut s'être inscrite en faux contre l'interprétation faite par le Conseil d'Etat et les premiers juges des articles L. 921-4 et L. 911-1. Dans cette hypothèse, elle rejoindrait la position initiale des appelants qui estimaient que le législateur de 1994 n'avait jamais entendu déléguer sa compétence.

3° le législateur de 1994 a-t-il vraiment délégué sa compétence ?

L'article L. 921-4 du Code de la Sécurité Sociale dispose que :

« Les régimes de retraite complémentaire des salariés relevant du présent chapitre sont institués par des accords nationaux interprofessionnels étendus et élargis conformément aux dispositions du titre Ier du présent livre. Ils sont mis en œuvre par des institutions de retraite complémentaire et des fédérations regroupant ces institutions. Les fédérations assurent une compensation des opérations réalisées par les institutions de retraite complémentaire qui y adhèrent. » (Pièce 54)

L'article L. 911-1 précise que :

« A moins qu'elles ne soient instituées par des dispositions législatives ou réglementaires, les garanties collectives dont bénéficient les salariés, anciens salariés et ayants droit en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale sont déterminées soit par voie de conventions ou d'accords collectifs, soit à la suite de la ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise, soit par une décision unilatérale du chef d'entreprise constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé. »

Ces textes sont issus de la Loi n° 94-678 du 8 août 1994 relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives no 92-49 et no 92-96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil des communautés européennes.

a) La Loi n° 94-678 du 8 août 1994 ne mentionne aucune délégation de compétence

Très technique, ce texte avait principalement pour objet de simplifier et de coordonner les formes juridiques que prennent les institutions paritaires régies par le code de la sécurité sociale en distinguant les institutions de retraite complémentaire, les institutions de prévoyance et les institutions de retraite supplémentaire.

On y cherche vainement les traces d'une délégation du législateur aux partenaires sociaux. Cette délégation, compte tenu de son importance, devrait, à tout le moins, être explicite. Or,

- dans le rapport de la commission des affaires culturelles et sociales du Sénat, le rapporteur, M. SEILLIER indiquait que le texte de loi « *visait à consacrer le principe de séparation, par la création d'entités autonomes, des activités de prévoyance, de retraite complémentaire et de retraite supplémentaire, tout en renforçant les garanties apportées aux assurés dans chacun de ces domaines. Par ailleurs, le projet de loi visait à améliorer, sur plusieurs points, les modalités de fonctionnement des institutions paritaires ainsi que de clarifier et à adapter les relations de ces institutions avec leurs assurés, qu'il s'agisse des entreprises adhérentes ou des salariés participants* ». (page 9)

Le rapport précise même qu' :

« évoquant les questions de principe soulevées par le projet de loi, il a rappelé que les clauses de désignation d'un organisme d'assurance par les assurés collectifs faisaient l'objet de diverses critiques de la part des concurrents des institutions de retraite ». (page 10)

Une délégation de pouvoir du législateur vers les partenaires sociaux aurait été incontestablement une question de principe. Elle n'était même pas mentionnée.

- lors de l'examen, article par article, sous l'article L. 921-4 du CSS prétendument porteur d'une délégation, la commission du Sénat se bornait à inventorier les régimes auxquels il était obligatoire de s'affilier, en l'espèce l'AGIRC et l'ARRCO. **(pièce n°90)**

- lors de débats parlementaires à l'Assemblée Nationale, aucune délégation n'était non plus évoquée : Mme Veil, alors ministre des affaires sociales soulignait le caractère très technique du texte et expliquait que « *le projet de loi (...) applique la transposition (des directives du 18 juin et 10 novembre 1992 du Conseil Européen) aux institutions paritaires du Code de la Sécurité Sociale.* ». Elle ne mentionnait aucune délégation et se contentait de l'ode habituelle à « la richesse du dialogue social » **(pièce n°91 page 1617)**

- Le rapporteur, Jean-Luc PREEL qualifiait, quant à lui, le texte d' « *ensemble technique et juridique complexe* » et énumérait les trois objectifs de la loi : « *D'abord, bien sûr, de mettre en conformité notre droit avec le droit européen* » (...), *Ensuite, maintenir l'équilibre entre les trois intervenants de ce secteur : les institutions de prévoyance, la mutualité et les assurances ; enfin, de conforter la gestion paritaire et les garanties dues aux salariés et à leurs ayant droit* ». **(pièce n°91 page 1620)**

On rappellera ici que les demandeurs ne remettent aucunement en question la « gestion paritaire » des régimes complémentaires. Le mot gestion, selon la définition de l'Académie Française est emprunté du latin *gestio*, et signifie « action de gérer, exécution », dérivé du supin de *gerere* qui signifie « porter, administrer, faire, exécuter ». La gestion est, en effet, une fonction technique qui n'emporte pas l'action de diriger ou de définir les règles.

Lors de l'examen de la loi de 1994 précitée, le rapporteur Jean-Luc PREEL précisait d'ailleurs que « *les institutions de retraite complémentaire sont chargées de mettre en œuvre des régimes relevant de l'obligation d'affiliation instituée par la loi de généralisation de la retraite complémentaire des salariés du 29 décembre 1972* ». **(pièce n°91 page 1621)**

- enfin, lors de l'examen des textes en séance plénière, aucun orateur n'a fait allusion, lors du débat général, à une quelconque délégation de compétence. Bien plus, Adrien Zeller (ancien ministre de la Sécurité Sociale), renvoyait le débat constitutionnel à plus tard : il déclarait : « *La prochaine discussion du projet de loi relatif à la sécurité sociale permettra de débattre plus longuement de l'inévitable réforme des modes de financement de la protection sociale ainsi que de la gestion des diverses institutions et d'analyser plus en profondeur la nature et les conditions de leur fonctionnement. Cette discussion sera aussi l'occasion de redéfinir le rôle de chacun des acteurs : Etat, sécurité sociale, syndicats, Parlement, assurés et institutions complémentaires. Il conviendra à chacun d'assumer ses responsabilités sans chercher à se défaire, notamment sur ces dernières qui doivent conserver un rôle important et subsidiaire tout à la fois.* » **(pièce n°91 page 1630)**

- aucune délégation de la Loi aux partenaires sociaux n'était non plus évoquée lors de l'examen un par un des articles L 921-4, L 911-1, L 911-3 et L 911-4. Il va pourtant de soi qu'une décision aussi fondamentale qu'une délégation de compétence n'aurait pas manqué de l'être. **(pièce n°91 page 1638)**

Le Pr LAIGRE, dans son commentaire de la Loi de 1994 parue dans Droit Social estime pour sa part qu'il serait aventureux d'y voir une délégation des compétences du législateur :

« Le premier alinéa de l'article L. 921-4 du Code de la Sécurité sociale rappelle en effet que les régimes de retraite complémentaire de salariés sont institués par des accords nationaux interprofessionnels étendus et élargis. Faut-il y voir une délégation implicite de pouvoir aux partenaires sociaux qui, par exemple, pour des motifs d'intérêt général, pourraient se voir un jour davantage encadrés ou, au contraire, l'affirmation discrète, mais réelle, de l'autonomie de décision des responsables des régimes de retraite complémentaire ? Vaste débat qu'il est, pour le moins, difficile de trancher »

Droit social 1995 p. 306 « Les institutions de retraite complémentaire et leurs fédérations après la loi du 8 août 1994 » Philippe LAIGRE

Les 4 articles issus de la Loi n° 94-678 du 8 août 1994 ne sont, en effet, que des textes techniques. Il faut remonter à la **loi du 29 décembre 1972** pour trouver l'énoncé de quelques principes en matière de retraite complémentaire : cette loi du 29 décembre 1972 a généralisé la retraite complémentaire à l'ensemble des salariés. **(pièce n°92)**

- b) La loi du 29 décembre 1972 ne prévoyait – elle non plus- aucune délégation de compétence du législateur vers les partenaires sociaux.

Elle se contentait de prévoir, en son article 1^{er} que :

*« Les catégories de salariés assujettis à titre obligatoire à l'assurance vieillesse du régime général de sécurité sociale ou des assurances sociales agricoles et les anciens salariés de même catégorie, qui ne relèvent pas d'un régime complémentaire de retraite **géré** par une institution autorisée en vertu de l'article L. 4 du Code de la sécurité sociale ou de l'article 1050 du Code rural, sont affiliés obligatoirement à une de ces institutions. Une solidarité interprofessionnelle et générale sera organisée entre les institutions, en application conjointe, s'il y a lieu, des procédures définies par les articles 2 et 3 de la présente loi. »*

Or, force est de constater que le texte de loi lui-même ne fait pas la moindre allusion à une délégation de compétence aux partenaires sociaux.

On ne trouve pas non plus d'allusion en ce sens dans les débats parlementaires autour de cette loi. Au contraire, on relève qu'Edgar Faure, alors ministre chargé des affaires sociales, esquive la difficulté :

« Ici se posent des problèmes, dont celui de la répartition des compétences entre le domaine législatif et le domaine contractuel. Était-il possible de transférer l'organisation dans le domaine de la création législative alors qu'elle constitue essentiellement une matière conventionnelle, issue de la convention nationale collective du 14 mars 1947 pour les cadres et de l'accord du 8 décembre 1961 pour les non-cadres ? Sur ce point l' AGIRC et l' ARRCO n'avaient pas de positions concordantes. Je ne dis pas qu'un jour nous n'irons pas jusque-là mais nous sommes obligés, dans ces conditions, d'accepter l'idée d'une évolution par étape » (pièce n°92 page 6301)

On ajoutera que **l'article L911-1 du Code de la Sécurité Sociale manifeste clairement la volonté du législateur de conserver sa compétence** en matière de protection sociale complémentaire. Il dispose en effet que ;

« A moins qu'elles ne soient instituées par des dispositions législatives ou réglementaires, les garanties collectives dont bénéficient les salariés, anciens salariés et ayants droit en complément de celles qui résultent de l'organisation de la sécurité sociale sont déterminées soit par voie de conventions ou d'accords collectifs, soit à la suite de la ratification à la majorité des intéressés d'un projet d'accord proposé par le chef d'entreprise, soit par une décision unilatérale du chef d'entreprise constatée dans un écrit remis par celui-ci à chaque intéressé » (pièce n°49)

c - Démonstration par l'exemple

- ✓ L'arrêt de la Cour de Cassation du 23 novembre 1999

S'il était nécessaire de démontrer que les partenaires sociaux ne bénéficient pas d'une « habilitation à définir l'intégralité des régimes complémentaires de retraite », l'arrêt du rendu par la chambre sociale de la Cour de Cassation le 23 novembre 1999 mettrait un point final au débat. (**Pièce n°74**)

Le litige concernait, précisément, le pouvoir des partenaires sociaux dans le cadre de l'AGIRC. Un accord interprofessionnel avait diminué de 20% les majorations familiales servies aux cadres retraités parents de famille nombreuse. La Cour de Cassation l'a censuré au motif que ces majorations, liquidées sous forme de points, étaient incontestablement entrées dans le patrimoine des retraités, en sorte que leur réduction avait un caractère rétroactif.

Or, il est parfaitement établi que le principe de non-rétroactivité des lois ne s'impose pas au législateur en dehors des matières pénales (conseil constitutionnel 84-183 DC, du 18 janvier 1985, et 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986). (**Pièces 83 et 84**)

C'est donc, précisément, parce qu'elle n'a décelé aucune « habilitation intégrale » faite par le législateur aux partenaires sociaux que, pour la Cour de Cassation, syndicats et patronats ne pouvaient pas user des prérogatives du législateur en prenant des mesures rétroactives.

- ✓ Les lois postérieures à 1994 démontrent que le Législateur n'a pas passé la main aux partenaires sociaux même si son intervention est restée modeste : il est déjà intervenu à deux reprises en vertu du pouvoir que lui confère la Constitution. Par la loi du 30 décembre 1989, il a organisé le partage des pensions de réversion entre les épouses successives d'un assuré. Par une autre loi du 23 mars 2006, il a réformé l'article L. 913-1 du code de la sécurité sociale pour prohiber toute discrimination fondée sur le sexe.

C – Si le législateur n'a pas délégué sa compétence aux partenaires sociaux, leur pouvoir résulte de l'article 37 de la Constitution.

C'est, curieusement, le MEDEF qui le souligne en citant le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 85-139 L du 8 août 1985 :

*« En ce qui concerne l'article L 4-1, troisième alinéa, du code de la sécurité sociale :
8. Considérant que la disposition susvisée soumise au Conseil constitutionnel a pour objet de déterminer la durée minimum d'affiliation nécessaire pour obtenir le versement des prestations d'un régime complémentaire d'assurance retraite ; que, s'agissant d'une modalité de gestion financière de ce régime, elle est de nature réglementaire ; »*

1° Le pouvoir réglementaire des partenaires sociaux est consacré depuis longtemps par la jurisprudence :

A l'occasion de la *Loi du 21 août 2007* sur le dialogue social et la continuité du service public dans les transports terrestres réguliers de voyageurs, le Conseil Constitutionnel a clairement précisé :

« qu'il est loisible au législateur de renvoyer au décret ou de confier à la convention collective le soin de préciser les modalités d'application des règles fixées par lui pour l'exercice du droit de grève ». (Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007). **(Pièce 61)**

Comme le relève Olivier DUTHEILLET de LAMOTHE, ancien membre dudit Conseil, dans les Cahiers du Conseil constitutionnel précités **(pièce n°60)** sont mis « ainsi exactement sur le même plan le recours au décret et le recours à la négociation collective ».

Le projet de loi constitutionnel n° 813 (non aboutit) relatif à la démocratie sociale, déposé en 2013 au nom de François Hollande par le Premier ministre est, d'ailleurs, tout à fait éclairant sur les pouvoirs de partenaires sociaux. Son exposé des motifs indique que :

« Le préambule de la Constitution de 1946 affirme, en son huitième alinéa que : « Tout travailleur participe par l'intermédiaire de ses délégués à la détermination collective des conditions de travail » (...) Il est temps d'inscrire la démocratie sociale dans notre loi fondamentale (...) Le présent projet de loi crée donc dans la Constitution un nouveau titre, consacré au dialogue social préalable à la loi. (...)

Le projet de loi constitutionnelle ne définit pas un domaine réservé aux partenaires sociaux pour élaborer directement la norme. Un tel changement, étranger à notre vision de la démocratie politique, n'était souhaité ni par les partenaires sociaux, ni par le Parlement, ni par le Gouvernement.

Le législateur garde ses prérogatives institutionnelles d'auteur de la loi. Mais il tiendra compte et se nourrira des accords nationaux interprofessionnels signés dans ce cadre par les partenaires sociaux.

On ne saurait être plus clair.

Le caractère *réglementaire* des conventions collectives a d'ailleurs été admis par la Cour de Cassation lorsqu'elle a dû se prononcer sur les conventions bilatérales entre l'Assurance Maladie et les syndicats médicaux par la Cour de Cassation :

« Attendu que ... la convention nationale a été approuvée par un arrêté interministériel du 3 février 2005, ce qui lui confère le caractère d'un acte réglementaire, dont il appartient au juge civil de faire application » (2^{ème} Civ., 12 mai 2011, pourvoi n° 10-18.797).

2° Pour la doctrine aussi, le pouvoir des partenaires sociaux est bien de nature réglementaire :

Jacques BARTHEMEY (avocat de l'AGIRC dans la présente affaire) écrivait dans Droit social 2003 à la page.513 :

« Les régimes de retraite complémentaire obligatoire doivent fonctionner en répartition. Ces régimes ne pouvant naître que d'accords étendus et élargis, l'arrêté ministériel d'élargissement en est une condition suspensive d'applicabilité. En effet, le non-provisionnement des engagements rend l'accord de retraite inefficace tant qu'il n'est pas étendu et élargi »,

ajoutant : « Dès lors, ces accords élargis sont des « quasi règlements » comme l'accord agréé fondateur du régime UNEDIC » et précisant que « cette qualification est confortée par le fait qu'il a comme fonction de mettre en application un droit légal à une retraite complémentaire ».

On relèvera que Me BARTHELEMY donne ainsi raison aux appelants lorsqu'ils soulignent que, sans la puissance publique, les conventions de retraite complémentaires resteraient lettre morte (§ A – 3°)

Jean-Jacques DUPEYROUX partageait cet avis dans son Traité de 2008 :

Le droit minutieux ainsi émis par les partenaires sociaux, mais surtout par les organes qu'ils ont mis en place, trouve sa source première dans la convention ; mais il présente également un incontestable caractère réglementaire ... Ces deux aspects indissociables lui confèrent une évidente originalité", concluant que "Le fonctionnement de ces régimes soulève souvent des difficultés juridiques redoutables, mal décantées », dont le présent contentieux est la démonstration.

3° Dès lors, les pouvoirs réglementaires des partenaires sociaux sont limités par les articles 34 et 37 de la Constitution

Ces articles disposent que le législateur :

« détermine les principes fondamentaux - du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; -du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale. »

IV – Les accords signés par les partenaires sociaux empiètent bien sur les prérogatives de la Loi.

S'agissant de l'AGIRC, les dispositions contestées de l'accord du 18 mars 2011 ont pour effet, d'une part, de remplacer par une majoration familiale unique de 10% à partir de 3 enfants des majorations familiales de pension antérieurement calculées au moyen d'un pourcentage croissant avec le nombre d'enfants à compter du 3^{ème} enfant et jusqu'au 7^{ème} enfant et d'autre part de plafonner le bénéfice de ces majorations à une somme forfaitaire de 1 000 euros quel

que soit le nombre d'enfants élevés et le montant nominal de la majoration obtenue par le moyen du pourcentage.

S'agissant de l'ARRCO, les dispositions contestées de l'accord du 18 mars 2011 ont pour effet, d'une part, de relever de 5 à 10% le montant des majorations familiales touchées par les non-cadres pour les périodes cotisées à compter de l'accord, et d'autre part, de plafonner le bénéfice de ces majorations à une somme forfaitaire de 1 000 euros quel que soit le nombre d'enfants élevés et le montant nominal de la majoration obtenue par le moyen du pourcentage :

Ces modifications touchent aux principes fondamentaux des obligations civiles, du droit du travail, comme du droit de la Sécurité Sociale selon la qualification qu'il plaira à la Cour de donner au droit applicable : le départage entre principes fondamentaux et mesures d'applications est, en effet, le même. Ainsi, en a jugé de Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 79-106 L du 22 février 1979 relative à l'assurance chômage, c'est-à-dire du droit du travail :

*Considérant que, s'il y a lieu de ranger au nombre des principes fondamentaux du **droit du travail** qui, en vertu de l'article 34 de la Constitution, relèvent du domaine de la loi, l'existence même d'allocations spéciales en faveur de certaines catégories de travailleurs mentionnées à l'article L 322-4, deuxième alinéa, du code du travail, ainsi que la nature des conditions exigées pour l'attribution de ces allocations, il appartient au pouvoir réglementaire, sauf à ne pas dénaturer lesdites conditions, d'en préciser les éléments et notamment ceux tenant à l'âge des bénéficiaires ;*

La formule employée par le Conseil Constitutionnel est très précisément la même que celle qu'il emploie s'agissant des prestations de sécurité Sociale. Ainsi le Conseil Constitutionnel a jugé le 22 décembre 1961 que

*« s'il y a lieu de ranger au nombre des **principes fondamentaux de la Sécurité sociale** propres au régime des allocations de maternité et qui, comme tels, relèvent du domaine de la loi, l'existence même de ces allocations ainsi que la nature des conditions exigées pour leur attribution, il appartient au pouvoir réglementaire, sauf à ne pas dénaturer lesdites conditions, d'en préciser les éléments et notamment ceux tenant à l'âge de la mère au moment des naissances ou au rythme des naissances successives » (Décision n° 61-17 L du 22 décembre 1961 - Nature juridique des dispositions de l'article 13-1 et de l'article 14-1 alinéa 2 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 relatives au taux des allocations prénatales et aux conditions d'obtention de l'allocation de maternité). (Pièce 65)*

Le Conseil Constitutionnel a fait usage de la même jurisprudence s'agissant des « **obligations civiles** » au sein desquels figure l'aide sociale, ayant jugé le 21 janvier 1997 que :

4. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : "La loi fixe les règles concernant : ... les successions et les libéralités... La loi détermine les principes fondamentaux : ... de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources ;... du régime des obligations civiles...", notamment ; 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 œuvre ;
5. *Considérant que le législateur a donné compétence au département pour l'attribution et la gestion de la prestation spécifique dépendance, laquelle relève de l'aide sociale ; (...)* que dès lors, en application des dispositions susmentionnées de l'article 34 de la Constitution, relèvent du domaine de la loi, outre l'institution de ces formes d'aide sociale, des règles essentielles relatives à leur régime juridique dont notamment la nature des conditions exigées pour leur attribution et la détermination des catégories de prestations ; qu'il revient au Gouvernement de mettre en œuvre les règles ainsi posées par le législateur (...)

Décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997
(Pièce n°118)

A - Sécurité Sociale ou pas ?

Les intimés tiennent absolument à affirmer que ces retraites ne font pas partie de la Sécurité Sociale. Ils n'ont pas toujours eu la même position puisque Me Jacques BARTHELEMY, avocat de l'AGIRC dans la présente affaire, affirmait en 2003 dans la revue Droit Social précitée que :

« La mission d'intérêt général et l'objectif de solidarité poursuivis par l'AGIRC et l'ARRCO, la nature particulière de l'avantage résultant de la technique de répartition et l'entrée de ces régimes dans le règlement 1408.71 donnent aux institutions et fédérations gestionnaires la qualification d'organismes de Sécurité sociale relevant du premier pilier de la protection sociale.

et complétant sa pensée, écrivait dans un autre article du même numéro :

« Bref, l'AGIRC et l'ARRCO font partie du premier pilier de la protection sociale, la nature conventionnelle de la source les ayant créés incitant seulement à les classer en I bis. Il faut donc proscrire leur classement, pourtant fréquent, en deuxième pilier qui est celui des garanties collectives » (pièce n°119)

La querelle, on l'a vu, n'a que peu d'importance puisque l'article 34 de la Constitution fait le même sort aux dispositions du droit du travail, de la Sécurité Sociale et des obligations. **Mais il est bien évident, compte tenu des particularités des retraites complémentaires par répartition, que les principes fondamentaux auxquels elles obéissent se rapprochent de ceux régissant les régimes de base de la Sécurité Sociale.**

La récente décision du Conseil Constitutionnel n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 relative à la couverture complémentaire santé obligatoire conforte d'ailleurs l'approche « principes de sécurité sociale » s'agissant des retraites complémentaires : le Conseil a délibérément classé la couverture santé complémentaire obligatoire parmi les « obligations civiles » et précisé que le droit de la concurrence devait leur être appliqué :

5. *Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : « La loi détermine les principes fondamentaux ... des obligations civiles et commerciales » ; (...)*

10. *Considérant que, par les dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, le législateur a entendu faciliter l'accès de toutes les entreprises d'une même branche à une protection complémentaire et assurer un régime de mutualisation des risques, en renvoyant aux accords professionnels et interprofessionnels le soin d'organiser la couverture de ces risques auprès d'un ou plusieurs organismes de prévoyance ; qu'il a ainsi poursuivi un but d'intérêt général ;*

11. *Considérant que, toutefois, d'une part, en vertu des dispositions du premier alinéa de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale, toutes les entreprises qui appartiennent à une même branche professionnelle peuvent se voir imposer non seulement le prix et les modalités de la protection complémentaire mais également le choix de l'organisme de prévoyance chargé d'assurer cette protection (...)*

13. *Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les dispositions de l'article L. 912-1 du code de la sécurité sociale portent à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi de mutualisation des risques*

(Pièce n° 117)

Or, il n'est contesté par personne que le droit de la concurrence et la liberté d'entreprendre ne sont pas applicables aux régimes complémentaires de retraite par répartition. Il en résulte que leur analogie juridique avec les principes fondamentaux de la Sécurité Sociale ne peut être écartée.

B - Qu'est-ce qu'un « principe fondamental » ?

La Cour aura relevé que les appelants ne remettent pas en cause l'augmentation de 5 à 10% du pourcentage alloué par l'ARRCO aux parents, non cadres, de familles nombreuses. Celle-ci relève bien du pouvoir réglementaire n'étant pas du domaine des principes fondamentaux. Il ne s'agit là que d'une modeste mesure d'équité à l'égard de ces salariés grâce auxquels ce régime a un avenir. Il n'est ici pas question d'en demander l'annulation.

En matière de principes fondamentaux relevant de l'article 34 de la Constitution, la jurisprudence du Conseil Constitutionnel est sans ambiguïté : les modifications des majorations familiales critiquées touchent incontestablement aux principes fondamentaux.

Les principes dégagés en la matière se retrouvent à l'identique qu'il s'agisse du droit du travail, de celui des obligations civiles ou de la sécurité sociale.

- ✓ En droit du travail, on rappellera les termes de la décision précitée du Conseil Constitutionnel n° 79-106 L du 22 février 1979 :

*Considérant que, s'il y a lieu de ranger au nombre des principes fondamentaux du **droit du travail** qui, en vertu de l'article 34 de la Constitution, relèvent du domaine de la loi, l'existence même d'allocations spéciales en faveur de certaines catégories de travailleurs mentionnées à l'article L 322-4, deuxième alinéa, du code du travail,*

ainsi que la nature des conditions exigées pour l'attribution de ces allocations, il appartient au pouvoir réglementaire, sauf à ne pas dénaturer lesdites conditions, d'en préciser les éléments et notamment ceux tenant à l'âge des bénéficiaires ;

- ✓ En droit des obligations civiles, dont relève l'aide sociale, le Conseil indique que :
« relèvent du domaine de la loi, outre l'institution de ces formes d'aide sociale, des règles essentielles relatives à leur régime juridique dont notamment la nature des conditions exigées pour leur attribution et la détermination des catégories de prestations ; qu'il revient au Gouvernement de mettre en œuvre les règles ainsi posées par le législateur (...) - Décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997

- ✓ En droit de la Sécurité Sociale, les principes sont les mêmes, fixés depuis 1961 :
« s'il y a lieu de ranger au nombre des principes fondamentaux de la Sécurité sociale propres au régime des allocations de maternité et qui, comme tels, relèvent du domaine de la loi, l'existence même de ces allocations ainsi que la nature des conditions exigées pour leur attribution, il appartient au pouvoir réglementaire, sauf à ne pas dénaturer lesdites conditions, d'en préciser les éléments et notamment ceux tenant à l'âge de la mère au moment des naissances ou au rythme des naissances successives » (Décision n° 61-17 L du 22 décembre 1961) (Pièce 65)

Ces principes se déclinent dans les différents domaines de la protection sociale au sens large et démontrent clairement que les réformes querellées touchent bien aux principes fondamentaux :

1° Hors du champ de la Sécurité Sociale,

- le Conseil d'État a jugé que :
« Doivent être rangées au nombre de ces principes la détermination des catégories de personnes appelées à bénéficier d'une prestation sociale ainsi que la définition de la nature des conditions exigées pour son attribution » (Conseil d'État 22 octobre 2003, n° 248237, Groupe d'information et de soutien des immigrés et Ligue des droits de l'homme). (Pièce 64)
- dans sa décision n° 84-136 DC du Conseil Constitutionnel du 28 février 1984 a repris la même architecture s'agissant du régime complémentaire de retraite du personnel navigant de l'aéronautique civile :
*« la définition de la nature des conditions exigées pour l'attribution de la retraite est au nombre des principes fondamentaux de la sécurité sociale qui relèvent, en vertu de l'article 34 de la Constitution, du domaine de la loi, il appartient au pouvoir réglementaire, sauf à ne pas dénaturer lesdites conditions, d'en préciser les éléments, tels que l'âge ;
Considérant qu'il suit de là que les dispositions de l'article L 426-I, troisième alinéa, du code de l'aviation civile soumises au Conseil constitutionnel relèvent du domaine de la loi en tant qu'elles subordonnent l'acquisition du droit à la*

retraite à l'existence d'une condition d'âge ou qu'elles dispensent de cette condition les personnels devant cesser leur activité de navigant à la suite d'un accident ou d'une maladie consécutifs à l'exercice de la profession ; qu'au contraire, dans la mesure où elles se bornent à fixer l'âge de la retraite, elles ont un caractère réglementaire ; (Pièce 79)

2° Dans le champ de la sécurité sociale, la même architecture se retrouve aussi :

On dispose, en la matière, d'une jurisprudence abondante grâce à la codification effectuée en 1984. A cette occasion, Conseil Constitutionnel a validé des répartitions de compétence entre la loi et le règlement s'agissant de dispositions très proches du texte querellé (Décision n°85-196 DC du 8 août 1985, **pièce n°77**).

La répartition au sein du Code de la Sécurité Sociale des dispositions législatives et réglementaire a obligé le codificateur à employer des formules très précises et, à vrai dire, fort disgracieuses. Mais elles sont communes aux différentes branches maladie, vieillesse et famille. Leur transposition de l'une à l'autre ne pose pas de question de principe, le Conseil Constitutionnel ayant, dans sa décision n°85-196 DC du 8 août 1985, vérifié attentivement la conformité aux articles 34 et 37 de la Constitution de l'immense travail effectué entre 1982 et 1984 par la Commission MERIC et ayant validé les principes retenus, à droit constant, par les codificateurs. (**Pièce 77**)

Ainsi que l'indique Xavier PRETOT qui fut le conseiller juridique de cette commission, :

« s'agissant des prestations, la jurisprudence (du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel. NDLR) opère un partage des compétences entre la définition des règles de principe et leur mise en œuvre détaillée.

Constituent ainsi des principes fondamentaux la création d'une catégorie de prestations, la détermination des catégories de bénéficiaires ou la définition des conditions d'attribution telles que la subordination des droits à pension à des conditions d'âge et de carrière, et des modalités pratiques d'attribution de prestations, s'agissant, par exemple, de la détermination de la caisse territorialement compétente pour prononcer une affiliation ou liquider des droits.

C'est en s'inspirant de ces directives que le codificateur a pu proposer le déclassement, en tout ou en partie, de nombreuses dispositions. L'opération s'est traduite, parfois, par le reclassement en partie législative de dispositions issues de textes réglementaires : ainsi les dispositions de l'article 71 du décret n°45-1079 du 29 décembre 1945 (L.351-2) relatif aux périodes assimilées de vieillesse, de l'article 9 du décret n°46-2959 du 31 décembre 1945 (article L.412-8) relatif à l'extension de la protection contre les accidents du travail à certaines catégories ou encore l'article 9 du décret n°66-104 du 18 février 1966 (article L. 552-4) liant le bénéfice des prestations familiales à l'obligation scolaire.

Plus nombreux ont été les déclassements de dispositions de formes législatives, le législateur ayant toujours eu tendance à édicter plus qu'il ne lui était permis ... De multiples dispositions ont été ainsi déclassées, le plus souvent en partie, concernant la fixation des délais d'ouverture des droits, des taux et des durées des prestations, ou précisant le contenu des conditions dont le principe est fixé par la loi.

Pour se borner à un exemple, tiré de l'assurance vieillesse, les principes de calcul de la pension normale du régime général demeurent fixés à l'article L.351-1 du nouveau code, mais c'est aux art. R.351-2, R. 351-6 et R.351-27 qu'il convient de se reporter pour connaître l'âge auquel ce droit est ouvert, la durée de carrière nécessaire et le taux de la pension, des quatre dispositions étant issues de deux dispositions législatives de l'ancien code (art. L.331 et L. 332, réd. Ord n°82-270 du 26 mars 1982), pour partie déclassées conformément à la décision du Conseil Constitutionnel du 8 août 1945. »

Droit Social n°3 - Mars 1986 p 258 à 268 (**pièce 78**)

Il n'existe pas, en matière de prestations vieillesse, d'exemple qui « collerait » exactement avec le contentieux présent. Mais on constate que relèvent très clairement du domaine de la loi, des réformes aussi fondamentales que l'instauration, comme l'ont fait l' AGIRC et l' ARRCO, d'un plafond au bénéfice d'une prestation ou le remplacement d'un avantage croissant avec le nombre d'enfants par un avantage étale quel que soit le nombre d'enfant à compter d'un seuil.

a) la progression d'une prestation en fonction du nombre d'enfants relève de la loi :

Rappelons que l'accord querellé remplace à l' AGIRC une majoration progressive de 10 % pour 3 enfants plus 5% par enfant supplémentaire pour une maximum de 7, par une majoration unique de 10% quel que soit le nombre d'enfants à partir de 3.

* La loi n°80-545 du 17 juillet 1980 portant diverses dispositions en vue d'améliorer la situation des familles nombreuses a créé un « supplément de revenu familial », aujourd'hui disparu. Le Conseil constitutionnel avait rangé la variation de cette prestation en fonction du nombre d'enfant parmi les principes fondamentaux. En effet, l'article L562-1 ancien de ce texte posait comme principe que le « supplément familial de revenu » pouvait être versé « à tout ménage ou à la personne seule qui assume la charge d'au moins trois enfants » (article L562-1). Recodifié en 1985, l'article L562-2 nouveau précisait que « le montant du revenu minimum familial varie selon le nombre d'enfants à charge. Il est fixé par décret ».

* L'article 4 de la Loi n°71-582 du 16 juillet 1971 instituant une allocation de logement en faveur des personnes âgées prévoyait en son article 4 que « le mode de calcul de l'allocation de logement est fixé par décret en fonction du loyer payé, des ressources de l'allocataire, de la situation de famille de l'allocataire, du nombre de personnes à charge vivant au foyer, etc. » Sans surprise, cette disposition établissant une progression de l'allocation en fonction du nombre de personnes à charge a été reprise dans la partie législative du nouveau Code de la Sécurité social sous l'article L841-4.

* Il n'est pas d'exemple où, le législateur social ayant omis de prévoir qu'une allocation croîtrait avec le nombre d'enfants de son bénéficiaire, le pouvoir réglementaire aurait ajouté cet élément : ainsi, l'Allocation pour Adulte Handicapés ne prévoit pas de majoration pour enfants ni dans sa partie législative, ni dans sa partie réglementaire ; à l'inverse, le principe d'une augmentation du RSA avec les charges de famille est posé par la loi.

Si les partenaires sociaux, agissant dans le cadre de leur pouvoir de nature réglementaire, pouvaient probablement faire varier le pourcentage de majoration accordé pour chaque enfant, il ne leur était pas loisible de procéder au remplacement d'une majoration progressive par une majoration unique ;

b) l'instauration d'un plafond relève de la loi

Rappelons que les avenants querellés instituent le plafonnement des majorations familiales des retraites de l' AGIRC et de l' ARRCO à une somme annuelle de 1000 euros par régime constitue également une réforme des principes fondamentaux de ces régimes ;

* La Loi du 30 juin 1956 a institué le Fonds National de Solidarité en faveur des personnes âgées ; elle a prévu que l'allocation ne serait versée qu'aux personnes dont les ressources étaient inférieures à un plafond fixé à 201.000 F.

Lorsque la Loi de finances pour 1959 est venue déterminer quels éléments devaient figurer parmi les lesdites ressources, le Conseil Constitutionnel a jugé, dans une décision 63-26 L du 30 juillet 1963,

« qu'il y a lieu de ranger, au nombre des principes fondamentaux susmentionnés et qui, comme tels, relèvent du domaine de la loi, la détermination des catégories de personnes appelées à bénéficier des allocations afférentes à ces différents régimes ainsi que la définition de la nature des conditions, telle que la condition de ressources, exigées pour l'attribution de ces allocations ; mais qu'il appartient au pouvoir réglementaire, sauf à ne pas dénaturer ces conditions, d'en préciser les éléments notamment, ceux concernant la fixation des ressources à prendre en compte pour l'établissement des plafonds de ressources » ;

Il apparaissait donc clairement que la fixation d'un plafond relevait bien de la loi comme faisant partie des principes fondamentaux ; Lors de la classification de 1985, d'ailleurs, le principe du plafond a été classé dans la partie législative du code, sous l'article L 815-9 qui précise que « *L'allocation de solidarité aux personnes âgées n'est due que si le total de cette allocation et des ressources personnelles de l'intéressé et du conjoint, du concubin ou du partenaire lié par un pacte civil de solidarité n'excède pas des plafonds fixés par décret* ».

C'est dans la partie législative du Code de la Sécurité Sociale, sous l'article L 242-1, qu'est instauré le plafonnement du cumul des avantages personnels de vieillesse,

d'invalidité ou d'accident du travail avec une pension de réversion. Ce même article renvoi à un décret la fixation de la limite de ce plafond. Cette disposition, issue de la loi n°82-599 du 13 juillet 1982, a été maintenue par la codification dans la partie législative du code.

c) Sur le cas précis des bonifications de retraite :

* Le Conseil Constitutionnel dans sa décision du 14 août 2013 a jugé que :

« en vertu de la répartition des compétences résultant des articles 34 et 37 de la Constitution, l'institution (d'une) bonification (...) figure au nombre des garanties fondamentales relevant du domaine de la loi ; Que, s'il en est de même de la soumission de cette bonification à la condition que l'activité des intéressés ait été interrompue, le législateur n'est pas resté en deçà de sa compétence en renvoyant à un décret la détermination des cas d'interruption »

(Décision n° 2003-483 DC - 14 août 2003 - Loi portant réforme des retraites).

(Pièce 66)

* la décision du 14 août 2003 du Conseil Constitutionnel est également parfaitement claire :

« en vertu de la répartition des compétences résultant des articles 34 et 37 de la Constitution, l'institution de la bonification prévue par l'article 48 de la loi déferée figure au nombre des garanties fondamentales relevant du domaine de la loi ; s'il en est de même de la soumission de cette bonification à la condition que l'activité des intéressés ait été interrompue, le législateur n'est pas resté en deçà de sa compétence en renvoyant à un décret la détermination des cas d'interruption » (Pièce 66)

* la rédaction de l'article L351-12 du Code de la Sécurité Sociale est, enfin, sans ambiguïté :

Cet article dispose que :

« La pension prévue aux articles L. 351-1 et L. 351-8 est assortie d'une majoration pour tout assuré de l'un ou l'autre sexe ayant eu un nombre minimum d'enfants ».

L'article réglementaire y-relatif fixe ce nombre à trois. La loi ne pose donc pas le principe d'une majoration proportionnelle au nombre d'enfant mais celui d'une majoration fixe, due à compter d'un nombre d'enfants à déterminer.

Si le Code de la Sécurité Sociale avait prévu une augmentation de la bonification avec le nombre d'enfant, l'article aurait été rédigé ainsi : *« Si l'assuré a eu un nombre minimum d'enfants, le total des points de retraite est majoré d'un pourcentage croissant avec le nombre d'enfants au-delà de ce minimum et dans la limite d'un nombre maximum ».*

Mais tel n'est pas le cas.

Conclusion intermédiaire :

Il a donc été démontré que les partenaires sociaux n'avaient pas compétence pour procéder aux réformes des majorations familiales critiquées, celles-ci ne relevant, en principe, que du pouvoir de la Loi. Les avenants querellés seront donc annulés de ce chef.

SECTION II - LES ACCORDS LITIGIEUX SONT CONTRAIRES AU PRINCIPE DE SECURITE JURIDIQUE

Si, par extraordinaire, la Cour venait à considérer que les dispositions contestées des accords du 18 mars 2011 ne relevaient pas des principes fondamentaux au sens de l'article 34 de la Constitution, elle ne pourra toutefois qu'annuler lesdits accords, en raison de la violation du principe de sécurité juridique qui protège les engagements pris par les régimes vis-à-vis des participants.

I - les cotisants ont bien des droits acquis

Pour les intimés (conclusions AGIRC) :

« L'acte fondateur des régimes est une convention collective, donc un contrat influencé par le principe de prohibition des engagements à vie », ajoutant que « La révision d'un accord collectif fait disparaître les textes anciens au profit des nouveaux sans que puisse prospérer l'idée d'avantage acquis ». L'AGIRC considère que c'est l'article L. 2261-8 du Code du Travail qui définit les conditions de cette révision.

Le TGI de Paris a repris cette argumentation : *« la loi prévoit elle-même, en son article L. 2261-8 du code du travail, un mécanisme de substitution de plein droit d'une révision d'un accord collectif aux stipulations de la convention ou de l'accord qu'il modifie. »*

Cette affirmation n'est pas compatible avec la matière des retraites par répartition.

A - le droit du travail ne s'applique que partiellement aux conventions de retraites complémentaires

La substitution de plein droit d'une convention de retraite complémentaire à une autre, tous les 5 ans, méconnaîtrait les caractéristiques spécifiques des accords de sécurité sociale qui diffèrent de celles de droit du travail.

La différence entre les accords de travail et les accords de sécurité sociale a été abondamment explicitées par Me Barthélémy, avocat de l'AGIRC et l'ARRCO dans de nombreux articles,

dont un tout récent, paru dans Droit Social cette année : (**pièce n°110**) Dans chacune de ses contributions, Me Barthélémy cite « l'immense Paul DURAND » dont l'article fondateur, paru à titre posthume, mérite une lecture attentive de la Cour tant il est limpide (**pièce n°108** précitée)

Dans cet article intitulé « *Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale* », Paul DURAND titre les conséquences de l'annulation en 1959 de l'arrêté du ministre du travail étendant les dispositions conventionnelles issues de l'accord AGIRC du 14 mars 1947 (cf Section I – II – A – 3)

« Comment », écrit Paul DURAND, « un régime de sécurité sociale s'accommoderait-il de l'insécurité juridique qu'imprimerait au régime la faculté de résiliation unilatérale ? La règle qui limite à cinq ans la durée d'une convention collective à durée indéterminée n'est pas plus heureuse (...) Une fois institué, ce régime doit se prolonger dans le temps afin de permettre aux cotisants actuels d'en bénéficier »

Ainsi commentait Me Barthélémy dans un article intitulé « La nature juridique des accords de retraite complémentaire » paru dans Droit social 2003 page 513

Ces accords (de retraite complémentaire) sont de sécurité sociale ; au demeurant, s'ils empruntent au droit des conventions collectives de travail tout ce qui se rapporte à la partie contractuelle, les dispositions du titre III du livre I du Code du travail qui concernent la partie normative de la convention collective ne peuvent s'appliquer pour des avantages qui ne sont pas garantis par l'employeur et qui peuvent éventuellement être réduits sans que l'accord soit révisé.

Il ajoutait : « *La mission d'intérêt général et l'objectif de solidarité poursuivis par l'AGIRC et l'ARRCO, la nature particulière de l'avantage résultant de la technique de répartition et l'entrée de ces régimes dans le règlement 1408.71 donnent aux institutions et fédérations gestionnaires la qualification d'organismes de Sécurité sociale relevant du premier pilier de la protection sociale. (...) Ce constat milite pour la qualification de **conventions collectives** de Sécurité sociale des actes fondateurs des régimes de **retraite complémentaire**. Il importe peu que ceux-ci empruntent au titre III du livre I du Code du travail pour ce qui se rapporte aux règles du dialogue social et à la partie contractuelle de la **convention**.*

Il n'est pas possible, en effet, de transposer le droit applicable aux liens instantanés que noue un salarié avec son employeur, dans le cadre d'un contrat de travail, au droit qui lie, plusieurs dizaines d'années à l'avance, les cotisants à leur régime de retraite. Dans le premier cas, le salarié est libre de rompre son contrat si le changement opéré dans la convention collective ne lui convient pas. Cela n'est pas possible dans le cas du cotisant. Le cotisant n'a de garantie, au moment où il s'engage dans des choix patrimoniaux et familiaux, que dans la stabilité des promesses qui lui sont faites. Et le régime, pour sa part, n'a de raison d'être que dans la durée.

Il ne peut donc pas être sérieusement soutenu que les droits des cotisants AGIRC et ARRCO pourraient être remis en cause tous les 5 ans comme dans le cadre d'une convention de droit du travail.

B - Que garantissent les régimes à leurs cotisants ?

Les appelants s'accordent avec les intimés pour considérer qu'aucun retraité ne peut bénéficier d'un montant garanti de pension. Cette dernière doit pouvoir varier en fonction de la valeur du point déterminée par les partenaires sociaux gestionnaires des régimes pour assurer l'équilibre cotisants / bénéficiaires dont ils sont garants.

Appelants et intimés sont pareillement d'accord pour considérer qu'aucun cotisant ne peut prétendre à bénéficier d'un montant garanti de retraite lorsqu'il aura atteint l'âge de la liquider.

Mais l'accord s'arrête ici : pour les appelants, l'incertitude des cotisants ne s'étend pas à tous les éléments de leur future pension. En effet, au fur et à mesure de leur vie active, les cotisants acquièrent des droits de tirage qui leur sont acquis même si leur valeur monétaire est inconnue.

Ces droits de tirage s'appellent des « points de retraite ».

Ils déterminent la « part de gâteau » que chacun aura à partager avec les autres, une fois retraités, la taille globale du « gâteau » étant indéterminée.

Cette « part de gâteau » englobe-t-elle les majorations familiales ? Le TGI de Paris croit pouvoir faire une distinction entre les points de retraite qu'il qualifie de « gratuits » pouvant (donc ?) être supprimés et les points « cotisés »

Mais, dès les origines du régime AGIRC, les droits acquis n'ont pas tous été la contrepartie de contributions monétaires. En 1982, par exemple, les 2/3 des droits versés aux retraités de l'AGIRC provenaient de point « gratuits ».

Le régime compte, en effet, outre l'éducation d'enfants, trois faits générateurs non cotisés¹ et donnant lieu à inscriptions de points sur le compte de l'assuré : 1° les reconstitutions de carrière gratuites pour les années antérieures à 1947 2° les périodes de service militaire pour l'ARRCO et la guerre d'Algérie pour l'AGIRC 3° les périodes d'arrêt de travail pour maladie, maternité, invalidité et accident du travail.

Il ne vient l'idée à personne de leur faire un sort différent des points « cotisés ».

¹ Sans mentionner les points accordés gratuitement jusqu'en 1984 lorsqu'une entreprise décidait de cotiser davantage pour ses salariés, ses retraités en bénéficiaient immédiatement. Ces « relèvements de cotisations » représentaient 37% des points gratuits en 1982 contre 10% seulement pour les majorations familiales.

La Cour de Cassation n'accorde, d'ailleurs, qu'une valeur relative à la notion de droit lié au paiement de cotisations : dans son arrêt du 22 juin 2000 précité, elle a refusé de reconnaître des droits à la retraite AGIRC à des fonctionnaires de l'Institut Pasteur pour lesquels des cotisations vieillesse avaient, pourtant, été versées au titre d'une activité annexe d'enseignement.

Reste, dans le cas précis des majorations familiales, que la notion de droit « *gratuit* » est particulièrement inadaptée : comme il sera démontré à la section III, rien n'est plus coûteux pour le cotisant que d'élever les enfants qui, demain, paieront sa retraite et celle des autres participants. Ceci à la différence des points pour service militaire ou des points pour maladie qui, en ce qui les concerne, sont totalement gratuits car attribués sans aucune contrepartie.

Enfin est inopérant l'argument du TGI de Paris selon lequel « *l'adhérent ne peut prétendre à aucun droit acquis, durant le déroulement de sa carrière professionnelle, dans la mesure où cette majoration ne peut être acquise tant qu'il n'a pas été procédé à la liquidation de sa pension* ».

En pratique, la majoration familiale prenant la forme d'un pourcentage des droits du futur retraité, il faut nécessairement attendre la fin de sa carrière pour en connaître le montant. Que cette majoration ne prenne pas le nom de « point » est strictement formel.

Plus généralement, aucune pension n'est pas liquidable tant que le cotisant n'a pas achevé sa carrière. L'introduction en 2015 d'un « coefficient de minoration » infligée aux participants qui parte avant 65 ans a généralisé le procédé sans qu'il puisse en être déduit que les points cotisés ainsi minorés ne seraient pas acquis tant qu'il n'a pas été procédé à la liquidation de la pension.

Il reste que le fait générateur du droit à majoration familiale se situe dans le passé, à la naissance et dans les jeunes années des enfants du futur retraité, à une époque où lesdites majorations lui avaient été promises et où il a fait les choix familiaux et où son épouse a fait des choix de carrière, tous choix irréversibles.

En France, le système de retraite par répartition est prépondérant et représente près de 80% des revenus des retraités. Tout au long de leur vie active, les cotisants aux différents régimes préparent leurs vieux jours dans cette perspective. Leur sécurité juridique n'est donc pas compatible avec les affirmations de l'AGIRC qui prétend que « *les avantages ainsi créés ne sont pas individuels* » et qu'en cas de révision des conventions, « *aucun type d'avantage anciennement en vigueur ne peut continuer à prospérer* ».

Si le montant des retraites promises aux cotisants ne peut et ne doit pas être garanti, les éléments constitutifs de leurs droits – autrement dit leur « part du gâteau » - sont protégés par le principe de sécurité juridique

II - Le principe de sécurité juridique protège les droits en cours d'acquisition

Ce principe se décline de diverses façons : interdiction d'édicter des règles rétroactives, protection des attentes légitimes, respect de la prévisibilité de la règle de droit

A - La non rétroactivité des règles de droit s'impose devant toutes les juridictions

Les autorités administratives, *lato sensu*, y compris donc les partenaires sociaux, sont soumises au principe strict de prohibition de la rétroactivité des règles qu'elles édictent, que les **jurisprudences concordantes du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel** consacrent comme principe général du droit que seule la loi peut déroger au principe de non rétroactivité des actes de portée réglementaires. (CE, Ass., 25 juin 1948, société du Journal l'Aurore, n° 94511 ; CC, 24 octobre 1969, Frais de scolarité à l'Ecole Polytechnique : **(Pièce 67)**)

Aussi, ces autorités ne peuvent décider que pour l'avenir, si bien que des règles nouvelles ne peuvent régir que des situations futures, l'application immédiate n'étant en effet admise que pour des situations non encore constituées.

Or, il ressort très clairement que dans le domaine financier, entendu au sens large, la jurisprudence administrative repose sur **le principe selon lequel les situations doivent être regardées comme constituées à la date à laquelle se produit le fait générateur de la créance** (Conseil d'Etat, Ass., 14 mai 1965, Secrétaire d'Etat aux finances contre Jacquier, Rec. p. 278, aux conclusions du Président Lavondès, RDP 1966, p. 164 ; CE, 4 novembre 1988, Commune de Marconay contre Virant, Dr. Adm. 1989 n°632 ; CE, Ass., 11 juillet 1984, Union des groupements de cadres supérieurs de la fonction publique et autres, p. 258, aux conclusions du Président Labetoulle ; CE, 25 mars 1993, Dejaeghere, T. p. 534). **(Pièce 68)**

La prohibition de la rétroactivité est également posée de longue date par le juge judiciaire, s'appuyant sur l'article 2 du code Civil, qui, sans sa rédaction inchangée depuis 1803, précise que « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ».

On rappellera, à cet égard, la jurisprudence précitée de la Cour de Cassation :

« Si toute loi nouvelle régit, en principe, les situations établies et les rapports juridiques formés dès avant sa promulgation, il est fait échec à ce principe par la règle de la non-rétroactivité des lois formulée par l'article 2 du Code civil, lorsque l'application d'une loi nouvelle porterait atteinte à des droits acquis sous l'empire de la législation antérieure » (Cass. Ch. réunies, 13 janvier 1932).

La Loi doit être ici entendue au sens de contrat ou d'acte réglementaire puisque le Conseil Constitutionnel admet, schématiquement, que le législateur peut voter des textes à portée rétroactive, sauf en en matière pénale. **(Pièce 43)**

Dès lors, et en vertu du principe de sécurité juridique, pris en son aspect relatif à la non rétroactivité des règles de droit, le fait générateur de la créance constitue bien le moment d'acquisition des droits. Ce fait générateur est acquit, quand bien même sa liquidation est future.

Or, s'agissant des droits à pensions de retraite, il existe, on l'a vu, de nombreux faits générateurs : le paiement de cotisations, la maladie ou l'accident du travail ou encore la naissance et l'éducation d'au moins trois enfants. Ces naissances et ces éducations sont des événements passés de plusieurs années, à l'époque desquels le droit à une majoration progressive et non plafonnée était promis.

C'est pourquoi les accords litigieux sont illégaux car ils rétroagissent irrégulièrement sur les faits générateurs des droits à pensions. La règle nouvelle en prévoit que l'ensemble des majorations pour enfants nés ou élevés servies par l'AGIRC ou l'ARRCO sera plafonné à 1000 euros par an pour **toute liquidation d'allocation prenant effet à compter du 1er janvier 2012**. Elle s'applique donc à des faits générateurs, c'est-à-dire des naissances et des années d'éducation, antérieurs à cette date.

L'UPA et le MEDEF affirment que la disparition du caractère progressif des majorations et l'instauration d'un plafond, ne seraient pas rétroactives car les majorations acquises avant la réforme ne sont pas remises en cause pour les périodes antérieures au 1^{er} janvier 2012 (article 7 de l'avenant). Certains des appelants, Monsieur EHINGER, par exemple, avait déjà en 2011 des droits familiaux supérieurs à 1 000 € par mois.

Mais la création d'un plafond de 1000 € applicable sur l'ensemble de la pension vient anéantir cet argument puisque ce plafond s'applique sur l'ensemble des droits acquis par le cotisant tout au long de sa carrière et non sur les seuls points acquis à compter de la réforme.

La rétroactivité querellée est d'ailleurs, précisément, le moyen de réaliser les économies envisagées par les partenaires sociaux signataires : s'ils avaient décidé de ne réduire les majorations que pour les enfants nés à compter du 1^{er} janvier 2012, les économies ne se seraient fait sentir que 30 ans plus tard.

Enfin, la notion des « droits en cours d'acquisition » est consacrée par le Code de la Sécurité Sociale lui-même, s'agissant des droits à retraite complémentaire, puisque son article L. 911-2 prohibe, à peine de nullité « *la perte des droits acquis ou en cours d'acquisition à des prestations de retraite, y compris à la réversion* », des salariés et anciens salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ou de transfert d'entreprises.

B – Les accords querellés bafouent, d’autre part, le droit aux espérances légitimes des cotisants

L’interdiction de prendre des mesures rétroactives s’impose au pouvoir réglementaire. Le respect du droit aux espérances légitimes s’impose, quant à lui, à l’ensemble du corps normatif y compris au législateur.

Or, les accords querellés portent atteinte à ce principe car ils reviennent sur des droits que les cotisants à l’AGIRC et à l’ARRCO pensaient avoir acquis en mettant au monde une famille nombreuse, acte irréversible accompli dans un contexte où des majorations venaient partiellement compenser l’effort financier ainsi consenti par eux. (pièce n° 88, 70, 72)

Le principe de sécurité juridique était consacré depuis 1998 par le Conseil Constitutionnel qui censurait les lois de validation rétroactives à moins qu’elles ne soient justifiées par un motif d’intérêt général suffisant, sévèrement apprécié.

Dans une récente décision, le Conseil Constitutionnel est allé plus loin :

« 14 - Considérant qu’il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d’abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d’autres dispositions ; que, ce faisant, il ne saurait toutefois priver de garanties légales des exigences constitutionnelles ; qu’en particulier, il ne saurait, sans motif d’intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises ni remettre en cause les effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations »

Décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013 (Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014) Pièce 87

Il s’agissait, en l’espèce, de l’attente d’une relativement faible taxation sociale de la part des personnes qui avaient souscrit une assurance vie et y avaient conservé leurs placements les 6 ou 8 ans exigés. Pour le Conseil, *« les contribuables ayant respecté cette durée de conservation pouvaient légitimement attendre l’application d’un régime particulier d’imposition lié au respect de cette durée légale »*

Pour écarter cette jurisprudence, au terme de longs développements sur le cas particulier de l’assurance vie, le MEDEF et la CGPME expliquent cette décision du Conseil Constitutionnel par le fait que la faible taxation de ces contrats était la **contrepartie** de l’**engagement** de leurs souscripteurs à la conserver durant plusieurs années.

Mais ces exigences se retrouvent très précisément dans le cas des majorations familiales de retraite : la mise au monde et l’éducation d’une famille nombreuse est un engagement – certes non contractuel – d’une durée incontestable.

Les cotisants aux régimes de retraite complémentaire se sont, en effet, engagés dans la constitution d'une famille nombreuse. Ils ont mis au monde et élevé leurs enfants durant au moins 16 ans, ainsi que le stipulent les conventions collectives AGIRC et ARRCO. Ces choix supposent d'importants sacrifices financiers en termes d'épargne et des renoncations professionnelles certaines pour (généralement) les mères de famille, accaparées par les tâches éducatives et domestiques liées aux enfants, comme il sera démontré plus loin.

Cet engagement est incontestablement profitable à l'AGIRC et à l'ARRCO puisque ce sont ces enfants qui, demain, assureront par leurs cotisations le financement de ces régimes. Les majorations familiales ont donc clairement la nature d'une contrepartie. En échange de leur effort, les cadres parents de famille nombreuse comptaient légitimement sur par les majorations familiales de leurs retraites, majorations promises depuis 1947 ou 1961.

Quant au caractère rétroactif des mesures querellées, il est parfaitement avéré :

- il l'est, en premier lieu car le plafond de 1000 € applicable sur l'ensemble de la pension impacte nécessairement sur l'ensemble des droits acquis par le cotisant tout au long de sa carrière et non sur les seuls points acquis à compter de la réforme ;
- il l'est, en second lieu, car les parents ne peuvent se dédire de leur engagement à compter de la réforme : imagine-t-on qu'à partir du 1^{er} janvier 2012, les parents de famille nombreuse puissent mettre leurs enfants à l'Aide Sociale au motif que l'AGIRC vient de réduire le montant des majorations sur la partie de leur carrière postérieure à cette date ?

La réalité est qu'en matière de majorations familiales de retraite, les régimes et les parents ont pris des engagements réciproques à terme d'une trentaine d'année et qu'il faut les respecter.

On voit donc mal comment de simples partenaires sociaux pourraient priver les requérants de cette « attente légitime » alors que le Conseil Constitutionnel vient d'en retirer la faculté au législateur lui-même.

Ainsi que l'écrit le Pr Denys de BECHILLON dans LES ECHOS :

« jusqu'ici, les contrats et les décisions administratives individuelles étaient les seuls à bénéficier d'une stabilité à peu près garantie. La loi et le règlement pouvaient changer toujours. Cela convenait bien à l'action d'un Etat assez statique. Mais il ne l'est plus. Il entend modifier la société par le droit, multiplier les incitations, orienter la vie, faire croire aux vertus transformatrices de la loi... On ne peut l'ignorer. Il faut protéger les droits et les intérêts de ceux qu'affecte ce nouveau dynamisme » (Pièce 88)

Comme il sera démontré plus loin, les partenaires sociaux n'ont que de mauvaises raisons de céder à ce réformisme général en détruisant leur système de majorations familiales. Mais quel que soit l'opinion qu'on en ait, ils sont tenus de respecter les « attentes légitimes » de leurs cotisants.

Le premier juge a écarté ce moyen au premier motif que le principe d'attente légitime, dégagé par le conseil constitutionnel dans sa décision du 19 décembre 2013 ne serait applicable qu'aux décisions de nature législative.

« Les demandeurs considèrent que les cotisants au régime de retraite complémentaire sont fondés à se prévaloir du respect du principe de l'attente légitime, dégagé par le Conseil Constitutionnel dans une décision du 19 décembre 2013. Les modifications critiquées n'ayant pas été opérées par le législateur mais par les partenaires sociaux, les demandeurs ne peuvent utilement exciper de ce principe qui concerne, au regard de la décision alléguée, uniquement les textes législatifs. »

Ce raisonnement ne peut être retenu s'agissant d'un principe qui n'est rien d'autre que le principe de sécurité juridique, vu du point de vue des particuliers (**pièce n°89**).

Or, le principe d'attente légitime qui s'impose au législateur lui-même est *a fortiori* applicable aux décisions de l'administration ou des partenaires sociaux ! On voit mal que l'exécutif puisse s'affranchir d'une obligation pesant sur le législateur lui-même.

Ainsi en a d'ailleurs jugé le Conseil d'État qui applique le principe du droit aux espérances légitimes aux actes réglementaires tant dans des matières fiscales (CE 9 mai 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique contre société EPI*, n°308996) que non fiscales (CE 16 novembre 2011, *société Ciel et Terre*, n° 344972), le Conseil d'État relativement un décret portant suspension d'une obligation d'achat d'électricité. (**pièce n°111 et pièce n°112**)

La Cour de Cassation – dont on sait que la jurisprudence a valeur infra-législative – n'est pas de reste : elle écarte pour atteinte aux « espérances légitimes » l'application à un litige en cours d'un revirement de jurisprudence postérieur à la cristallisation d'un litige. (Cass Civ 2^{ème} 6 mai 2010 **pièce n°113**)

C - Les accords litigieux violent, enfin, Convention Européenne des Droits de l'Homme en ce qu'ils portent atteinte à la prévisibilité de la règle de droit

Les accords litigieux sont entachés d'inconventionnalité, pour avoir méconnu les principes de sécurité juridique tel que garanti par la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH ci-après), et porté, subséquentement, une atteinte disproportionnée au droit de propriété des adhérents.

Le principe de sécurité juridique a été jugé comme « inhérent à la Convention », « fondé sur le principe de prééminence du droit » et constituant « l'un des éléments fondamentaux de l'Etat de droit » (CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique* ; CEDH, 24 janvier 2008 *Riad c/ Belgique* ; CEDH, 21 juillet 2011, *Fabris c/ France*) (**Pièce 70**)

Tel que conçu par le juge européen, le principe de sécurité juridique implique nécessairement la limitation de l'effet rétroactif d'un acte, mais aussi « la prévisibilité de la règle de droit, de sorte que le citoyen puisse régler en conséquence sa conduite » et « bénéficier d'une protection adéquate contre l'arbitraire » (CEDH, 28 octobre 1999, Zielinski, Pradal et Gonzalez et autres c/ France). **(Pièce 71)**

Dans cette affaire, la Cour censurait le caractère non prévisible de la réglementation, si bien qu'elle érige *de facto* en droit invocable, celui de la confiance légitime.

Par ailleurs, c'est par l'exercice d'un contrôle de la proportionnalité entre les objectifs qui se rattachent à l'intérêt général, lequel doit revêtir le caractère d'un « impérieux motif » et les exigences relatives à la protection des droits individuels, que le juge de Strasbourg fixe la marge de manœuvre du législateur en matière de sécurité juridique et de mutation de la règle de droit.

Aussi, la Cour consacre-t-elle de manière constante l'innocuité du seul critère financier : « le risque financier (...), ne saurait permettre, en soi, que le législateur » puisse, sans violer la Convention, adopter une règle rétroactive uniquement motivée par des considérations budgétaires non substantielles » (Affaire Zielinski précitée ; CEDH, 23 octobre 1997, National et Provential Building Society c/ Royaume Uni). **(Pièce 72)**

Ce critère financier est d'autant moins admis lorsque la violation de la sécurité juridique porte atteinte à l'article 1 du Premier protocole additionnel à la CEDH qui garantit le droit au respect des biens.

En effet, une réglementation qui, par son changement brusque ou sa rétroactivité, porte atteinte à la substance d'une créance escomptée, et notamment à ses faits générateurs acquis, méconnaît le droit de propriété en ce que toute créance est considérée comme un bien au sens de l'article précité.

Comme le rappelle l'excellente synthèse sur la sécurité juridique publiée aux Cahiers du Conseil Constitutionnel sous la décision du 19 décembre 2013 précitée : « Comme le juge la Cour, « *il y a une différence entre un simple espoir (...) aussi compréhensible soit-il, et une espérance légitime, qui doit être de nature plus complète et se baser sur une disposition légale ou un acte juridique* » **(Pièce 89)**

Dans le cadre de la présente espèce, il existe bien des textes promettant des majorations familiales aux parents de famille nombreuse assujettis aux régimes complémentaires de retraite. Ces textes étaient en vigueur depuis 1947 pour les uns et 1961 pour les autres.

Les partenaires sociaux étaient donc soumis au respect des principes de non rétroactivité, de sécurité juridique et de respect du droit de propriété en leur qualité de « législateur », *lato sensu*, en application de la théorie des concepts autonomes (CEDH, 16 juillet 1971,

Ringeisen c/ Autriche ; CEDH, 8 juin 1976, Engel c/ Pays-Bas ; CEDH, 28 juin 1978, König c/ RFA). Il s'agit en effet de notions présentes dans la Convention et auxquelles la Cour donne sa propre définition, une définition européenne qui transcende le particularisme des qualifications juridiques retenues en droit interne, afin de doter d'effet utile l'applicabilité et l'invocabilité des droits de la CEDH. **(Pièce 73)**

Au cas présent, en édictant des règles normatives, les partenaires sociaux entrent *ipso facto* dans la catégorie générique européenne de « législateur », si bien que le principe de sécurité juridique tel que défini précédemment leur est pleinement applicable.

Ainsi, en l'espèce, le changement brusque de réglementation ainsi que la rétroactivité de la règle tenant au plafonnement des allocations à 1 000 €, sont contraires à la CEDH, en ce qu'ils ne sont motivés que par un motif financier qui ne saurait en tout état de cause être considéré comme étant « substantiel », au sens de la Convention. Ce motif financier est, au demeurant, contesté dans son principe, ainsi qu'il en sera démontré plus loin.

La réglementation critiquée porte ainsi une atteinte manifeste et disproportionnée au droit de propriété des adhérents protégés par l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la CEDH.

D - L'atteinte à la sécurité juridique des participants n'est pas justifiée par l'équilibre général des régimes

Le Conseil Constitutionnel dans sa décision de 2013 précitée n'écarte la protection des « attentes légitimes » que peuvent avoir les citoyens relativement aux textes en vigueur qu'en cas « d'intérêt général suffisant ». Ainsi que l'expose le commentaire aux Cahiers de cette décision « *Le Conseil n'admet exceptionnellement qu'un motif purement financier puisse constituer un motif d'intérêt général suffisant au regard de sa jurisprudence sur la garantie des droits* ». **(Pièce 89 précitée)**

Il n'est pas contestable non plus qu'il incombe aux partenaires sociaux d'assurer la gestion des institutions de retraite complémentaires en adoptant les mesures qui assurent la sauvegarde des droits de leurs adhérents. Mais les négociateurs avaient d'autres moyens pour cela que de remettre en cause les droits de leurs adhérents chargés de famille nombreuse.

Les partenaires sociaux disposent, en effet, d'un pouvoir d'adaptation tenant au fonctionnement même de ces régimes par points. Comme le soulignait, dès 1967, Francis NETTER dans la Revue Economique (volume n°18 n°2, pp. 292-316) :

« Le régime des cadres utilise le système du compte individuel de points de retraite. (...) Ce système (...) permet de faire varier les retraites proportionnellement aux valeurs successives du point de retraite de façon à ajuster le montant des retraites à l'évolution économique, compte tenu des possibilités financières du régime ». **(Pièce 56)**

Or, d'une part, les accords querellés ne prévoyaient pas l'utilisation de la valeur du point pour équilibrer le régime. D'autre part, les économies attendues de la réforme sont manifestement très modestes, au point qu'aucun chiffrage n'a été publié, même au sein des Au surplus, si la survie des régimes en dépendait, on comprend mal pourquoi les partenaires sociaux ont prévu de dépenser davantage en faisant passer de 5% à 10% les majorations familiales de l'ARRCO.

Comme le disait le directeur financier de l'AGIRC-ARRCO dans une interview au journal « Les Echos » le 23 mai 2011

« Je vais peut-être vous surprendre. Le contexte est moins dégradé que prévu. De plus, les partenaires sociaux ayant conclu leur accord le 18 mars 2011, la revalorisation des allocations ne sera effectuée que le 1er juillet prochain. L'échéance du début avril a donc pu être financée sans sortie de fonds supplémentaire. Les régimes disposent aujourd'hui de réserves atteignant 58,2 milliards d'euros. Il y a trois ans, avant la tourmente financière, ils étaient de 59,3 milliards. Si 2008 a été très dur, 2009 nous a permis de reprendre du terrain. Les actions, qui représentaient environ 30 % des portefeuilles, ont bien rebondi. La performance observée pour cette année-là est proche de 12 %. Mise bout à bout, la réserve technique a diminué de 1 milliard d'euros, alors que les prélèvements ont atteint 6 milliards d'euros » (Pièce n°76)

L'équilibre des régimes ne saurait donc justifier le traitement infligé aux parents de famille nombreuse. L'ultime preuve en est que deux centrales syndicales – et non des moindres puisqu'il s'agit de la CGT et de la CFE-CGC - ont, de leur côté, formé des recours devant le Conseil d'État contre les arrêtés et les conventions litigieux. Ils leurs reprochent, précisément, l'injustice faite aux parents de famille nombreuse alors que d'autres moyens étaient disponibles et licites pour assurer l'équilibre des régimes.

SECTION III - LES ACCORDS LITIGIEUX SONT CONTRAIRES A L'INTERET GENERAL

Le juge judiciaire est en charge de vérifier que les mesures retenues par les partenaires sociaux « garantissent les principes de solidarité, d'égalité et de proportionnalité » (Cass. soc. 31 mai 2001) dans le cadre du rôle dévolu aux partenaires sociaux « *d'assurer en permanence l'équilibre financier des régimes de retraite complémentaire en adoptant les mesures qui assurent la sauvegarde des droits de leurs adhérents* ». (**Cf. Pièce 75**)

Le Conseil Constitutionnel dans sa décision de 2013 précitée n'écarte la protection des « attentes légitimes » que peuvent avoir les citoyens relativement aux textes en vigueur qu'en cas « d'intérêt général suffisant ». Ainsi que l'expose le commentaire aux Cahiers de cette décision « *Le Conseil n'admet exceptionnellement qu'un motif purement financier puisse*

constituer un motif d'intérêt général suffisant au regard de sa jurisprudence sur la garantie des droits ». (Pièce 89 précitée)

On a vu qu'en l'espèce, les bénéfices financiers attendus de la réforme querellée sont si modestes que ni l'AGIRC ni l'ARRCO ne les ont publiés, ni lors de la réforme, ni devant la Cour, et qu'il s'agit en grande partie d'une réaffectation des sommes entre ces régimes.

Au-delà de la recherche d'économies, aucun motif d'intérêt général ne s'imposait, au contraire, Le TGI de Paris a commis une grave erreur d'appréciation en indiquant que :

*« Quant à la prétendue atteinte à l'intérêt général, apprécié s'agissant du juge judiciaire au regard des principes de **solidarité, d'égalité et de proportionnalité**, il n'est pas établi que la fixation de règles de calcul de la majoration moins favorables pour les intéressés ayant un nombre important d'enfants serait à elle seule, comme il est soutenu, susceptible de nuire à l'objectif de maintien d'un rapport démographique satisfaisant entre cotisants et retraités au sein des régimes AGIRC/ARRCO et que le choix des mesures adoptées par les partenaires sociaux, tenant à la modification des majorations familiales au lieu et place de la diminution de la valeur du point, porterait atteinte auxdits principes »*

En effet, les régimes de retraite par répartition n'ont d'avenir que s'il naît un nombre suffisant d'enfants. Ce sont, en effet, les enfants des cotisants actuels qui paieront, demain, la retraite de la génération de leurs parents. **Le rôle des majorations familiales de retraite est d'encourager et de partiellement dédommager ceux qui font l'effort d'élever de nombreux enfants** et qui rendent, ainsi, un service considérable aux régimes complémentaires et à tous leurs adhérents.

Cette problématique est remarquablement exposée dans la consultation produite en *pièce n°114* sous la plume du Professeur Jacques BICHOT, économiste spécialiste des questions de retraite, auteur de nombreux ouvrages à ce sujet.

Les régimes de retraite sont, en effet, dans une situation difficile : les trois phénomènes du *papy-boom*, de l'allongement de la durée de la vie et de la baisse de la natalité ont conduit à une forte dégradation du ratio cotisants / retraités au sein des régimes de retraite. Celui-ci est en effet passé de 2,01 en 2005 à 1,76 en 2013 et devrait continuer à diminuer pour atteindre 1,4 à partir de la fin des années 2040. Il s'en est suivi une très forte augmentation des cotisations et la baisse des pensions est en cours depuis qu'elles ne sont plus indexées que sur l'inflation.

En ne voyant pas, dans la quasi disparition de ces majorations familiales, une décision nuisible au rapport satisfaisant entre les cotisants et les retraités et donc une atteinte à l'intérêt général, le jugement dont appel fait fi de la réalité au regard tant de la solidarité que de la proportionnalité et de l'égalité.

I - La réforme ne respecte par l'exigence de proportionnalité

La situation faite par le système de retraite aux parents de famille nombreuse est déjà profondément disproportionnée. La réforme querellée accentue ce déséquilibre.

En effet, plus les cotisants accomplissent d'effort en faveur des régimes de retraite, moins ceux-ci leur versent de pension ainsi que l'illustre la comparaison suivante, issue d'une étude publiée en 2008 par Droit Social : (pièce n°104)

	Dépenses du couple en faveur de la génération à venir	Capacité d'épargne du couple	Retraite du couple (y c droit à la couverture maladie)	dont majorations ARRCO	dont majorations AGIRC	Cotisations vieillesse des enfants élevés grâce à ce couple
Couple ayant élevé 1 enfant						
Profession intermédiaire	520 000 €	700 000 €	1 000 000 €	-	-	585 000 €
Cadre	900 000 €	1 660 000 €	1 460 000 €	-	-	1 200 000 €
Couple ayant élevé 5 enfants						
Profession intermédiaire	1 200 000 €	203 000 €	765 000 €	8 520 €	-	1 400 000 €
Cadre	1 600 000 €	336 000 €	1 100 000 €	12 600 €	63 000 €	2 200 000 €

Conclusion, en se tenant au seul cas des cadres :

- **le rendement de la participation à l'échange intergénérationnel dont relève le système de retraite, c'est-à-dire le rapport entre la pension reçue et l'investissement réalisé dans les futurs cotisants, pour un couple élevant un seul enfant, est de 162 % (1 460 000 € / 900 000 €). Les régimes de retraite et d'assurance maladie, en revanche, sont en quelque sorte perdants : ils ne récupèrent sous forme des cotisations des enfants du couple que 77% des pensions qu'ils versent et du coût de la prise en charge des dépenses de santé de ce couple (1 200 000 € / 1 460 000 €)**
- **le rendement de la même opération, pour un couple de cadres élevant cinq enfants, atteint 68% (1 100 000 / 1 600 000). Les régimes de retraite et l'assurance maladie, en revanche, font une très bonne affaire : le rendement atteint pour eux 200% (2 200 000 € / 1 100 000 €)**

Cela montre que, plus les assurés sociaux rendent de services aux régimes de retraite, moins ceux-ci leur versent au titre des pensions. On constate également que la capacité d'épargne de ces personnes ayant eu de nombreux enfants est très inférieure à celle du couple ayant eu un seul enfant ; il ne leur est donc pas possible de suppléer l'infériorité de leur retraite par répartition en recourant à la capitalisation.

Pour illustration, les 312 adhérents de l'Union des Familles pour les Retraites ont élevé, en moyenne, 5,3 enfants. Dans le système en vigueur jusqu'à la réforme querellée, ils allaient bénéficier d'une retraite complémentaire moyenne au titre de l'AGIRC et de l'ARRCO de 1 880 € par mois. Depuis la réforme, ces cadres devront se contenter d'une retraite moyenne de 1 785 € par mois.

Si les 312 adhérents de la requérante étaient libérés de l'obligation de cotiser à l'AGIRC et à l'ARRCO, ils pourraient se répartir les cotisations de leurs 1 654 enfants, soit 834 000 € par an. Ces cotisations leur procureraient une retraite complémentaire de ... 2 710 € par mois, soit 925 € de plus que dans le système actuel !

Par comparaison, la retraite AGIRC-ARRCO moyenne d'un couple de cadre qui n'a élevé qu'un ou deux enfants et dont la femme a eu une carrière complète est de 3 010 € par mois.

II- La réforme ne respecte par l'exigence de solidarité

En élevant une famille nombreuse, les cotisants font preuve d'une solidarité que les accords contestés mettent à mal.

La CFDT, la CFTC et FO sont bien placés pour connaître le coût considérable que représente l'éducation d'un enfant pour ses parents : il a été calculé en 2015 par l'Institut de Recherches Economiques et Sociales (Ires), organisme de recherche « au service des organisations syndicales représentatives des travailleurs » qu'ils codirigent.

Selon ces travaux :

« Les biens et services consacrés par la société française pour la production et l'éducation des enfants de moins de 20 ans sont évalués à environ 480 milliards d'euros en 2012, soit de l'ordre de 30 000 euros par an et par enfant. Près de 40 % de ce coût correspond aux biens et services autoproduits par les ménages à travers leurs activités domestiques non rémunérées, 23 % aux biens et services acquis sur le marché par les ménages (dépenses de consommation nettes des transferts monétaires non affectés des administrations) et 38 % aux dépenses publiques ». (pièce n°115)

Autrement dit, un enfant de moins de 20 ans coûte à ses parents 18 600 € par an, soit 372 000 euros jusqu'à ses 20 ans et 428 000 euros si on considère qu'il est à charge jusqu'à 23 ans, ce qui est une moyenne.

Le tableau suivant évalue la dépense moyenne exposé par les retraités de l'AGIRC et de l'ARRCO suivant leur nombre d'enfants :

0 à 2 enfants (moyenne des retraités AGIRC = 1,6 enfant)	3 enfants	4 enfants	5 enfants	6 enfants	7 enfants
685 000 €	1 284 000 €	1 712 000 €	2 140 000 €	2 568 000 €	2 996 000 €

Il convient, bien sûr, de modérer cette progression en tenant compte des économies d'échelle réalisées par les familles nombreuses, mais elle reste significative de la croissance des dépenses avec le nombre d'enfants.

Il est donc clair que les cotisants parents de famille nombreuse exercent une solidarité active vis à vis des cotisants moins prolifiques, lesquels peuvent garder leur argent pour se constituer un capital retraite. Ce motif a été d'ailleurs clairement évoqué lors de l'institution des majorations.

Ainsi écrit la CFE-CGT, fondatrice du régime :

« En encourageant ainsi les parents de famille nombreuse, les fondateurs du régime des cadres avaient conscience également de faire œuvre de justice. Elever des enfants constitue une lourde charge qui réduit ou supprime les capacités d'épargne des familles. Ceux qui permettent l'existence des retraites par répartition se retrouvent ainsi pénalisés lorsqu'ils arrivent eux-mêmes à l'âge de la retraite par l'impossibilité dans laquelle ils se sont trouvés d'accumuler un capital. Les majorations pour enfants ont pour objet de compenser partiellement cet état de fait »

CFE-CGC – « Les dossiers de l'avenir » - décembre 1985 (**pièce n°120**)

De fait, selon les chiffres du Conseil d'Orientation des Retraites, en 2004, le patrimoine médian des ménages retraités n'ayant pas eu d'enfant était estimé à 139 000 euros. Il était de 149 000 euros pour ceux qui avaient eu 1 seul enfant, 168 000 euros pour ceux ayant eu 2 enfants, 158 000 euros pour ceux ayant eu 3 enfants et 65 000 euros pour ceux ayant eu 5 enfants ou plus.

L'accord réduisant les majorations familiales des retraites AGIRC-ARRCO est donc contraire au principe de solidarité puisque ce sont les cotisants qui font le plus d'effort de solidarité qui sont pénalisés à l'exclusion de ceux qui en font le moins.

III - La réforme ne respecte par l'exigence d'égalité

Le principe d'égalité commande classiquement que soient traités différemment les justiciables qui sont dans une situation différente des autres.

Il n'est pas contestable que les couples élevant une famille nombreuse sont doublement pénalisés :

- en premier lieu, comme il a été démontré, car leurs capacités d'épargne sont fortement amoindries par la charge des enfants,
- en second lieu parce qu'en dépit des majorations familiales, leurs retraites sont inférieures à celles des couples moins prolifiques.

En effet, plus les mères de famille ont d'enfant, plus leurs carrières sont altérées ainsi que l'illustre le tableau suivant, issu des enquêtes Emploi de l'INSEE :

Taux d'activité professionnel des femmes de 25 à 49 ans selon l'année et le nombre d'enfants				
	Pas d'enfant	1 enfant	2 enfants	3 enfants et plus
1975	74,1%	69,3%	49,2%	29,5%
1985	82,5%	77,9%	65,4%	36,9%
1995	85,5%	82,7%	74,8%	47,5%
2005	89%	85,7%	76,1%	56,8%
2015	90%	87,3%	87,5%	68,8%

Il va sans dire que le faible taux d'activité professionnel des mères de famille nombreuse ne tient pas à leur « paresse » mais au temps qu'elles doivent consacrer à l'éducation de leurs enfants et aux tâches domestiques qui sont liées.

Le tableau suivant, issu de l'enquête emploi du temps de l'INSEE de 2010 illustre le poids qui pèse sur les épaules de mères de famille nombreuse.

Tableau 5
Temps de travail domestique du couple selon le nombre d'enfants et la présence d'enfant de moins de 6 ans

	Pas d'enfant	1 enfant		2 enfants		3 enfants ou plus	
		Total	Dont enfant de moins de 6 ans	Total	Dont enfant de moins de 6 ans	Total	Dont enfant de moins de 6 ans
Périmètre restreint	3h21 (74 %)	4h58 (73 %)	5h36 (71 %)	5h36 (71 %)	6h08 (69 %)	6h49 (78 %)	7h24 (79 %)
Périmètre étendu	4h57 (66 %)	6h50 (67 %)	7h33 (66 %)	7h32 (66 %)	8h07 (64 %)	8h40 (73 %)	9h16 (73 %)

Lecture : les couples avec un enfant de moins de 18 ans dans le ménage consacrent 4h58 par jour au travail domestique restreint. 73 % de ce temps est assuré par la conjointe. Lorsque cet enfant a moins de 6 ans, le couple y consacre 5h36.

Champ : 2 995 couples de 18 à 60 ans avec au moins un conjoint en emploi.

Source : calcul des auteurs ; Insee, enquête Emploi du temps 2009-2010.

Encore ce tableau fait-il masse de toutes les familles de 3 enfants et plus, ce qui assure une surreprésentation des familles de 3 enfants et, par conséquent, sous-estime le travail des mères de 4, 5, 6, 7 enfants ou plus.

La lourde charge domestique et éducatrice en cas de famille nombreuse explique que 20% des mères de n'ont aucune activité professionnelle au cours de leur vie active et que plus de la moitié de celles qui ont un emploi l'exercent à temps partiel.

Dès lors, les droits à la retraite de ces mères seront bien inférieurs à ceux de femmes moins prolifiques, aboutissant à ce paradoxe relevé par Alfred Sauvy, que ce sont précisément celles qui pourvoient aux retraites en élevant des enfants qui en sont privées pour elles-mêmes.

Ainsi le démontre le tableau suivant, évaluant le montant mensuel de pensions de droit direct des femmes, selon le nombre de leurs enfants

Nombre d'enfants	0 enfant	1 enfant	2 enfants	3 enfants	4 enfants	5 enfants et plus
Pension mensuelle	958 €	1 051 €	950 €	803 €	708 €	629 €

Sources : DREES 2008

Supprimer les majorations de pension des cotisants ayant élevé une famille nombreuse est donc en rupture avec le principe d'égalité qui postule que soient traités différemment les justiciables qui sont dans des situations différentes.

IV- Comment « assurer en permanence l'équilibre financier des régimes de retraite complémentaire en adoptant les mesures qui assurent la sauvegarde des droits de leurs adhérents » ?

C'est là, en effet, l'obligation qui pèse la gestion des partenaires sociaux.

Or, ainsi que le démontre, année après année, le Conseil d'Orientation des Retraites, la diminution de 0,2 points de l'indice synthétique de fécondité fait perdre à l'ensemble des régimes de retraite 29 milliards de recettes par an pendant 40, car les enfants qui ne sont pas nés une année ne naîtrons jamais.

Ainsi que le démontre la consultation du Pr BICHOT :

Celles qui deviennent mères d'au moins 3 enfants, procurent au système de retraite dans son ensemble une proportion de ses cotisants comprise entre 26 % et 31 %. Rien ne permettant de supposer que les travailleurs issus d'une fratrie de 3 enfants ou plus cotisent en moyenne moins ou plus que les autres, il en résulte ceci : si ces femmes et leurs conjoints avaient adopté le comportement majoritaire, à taux de cotisation égal les pensions seraient inférieures d'un quart, voire même de 30 %, à leur valeur actuelle.

En l'absence de familles nombreuses, le taux des cotisations requises pour verser les pensions actuellement servies par l' ARCCO et l' AGIRC devrait être majoré d'environ un tiers.»

Toujours selon les évaluations du Pr BICHOT, s'agissant de l'AGIRC, il résulte des chiffres mêmes de cette institution (*pièce n°116*) que 29% des retraités de l' AGIRC ont élevé 3 enfants

ou davantage. Ces retraités « prolifiques » ont ainsi apporté un surplus de 22% de cotisants à ce régime.

Autrement dit, si les participants à l'AGIRC s'étaient contentés de mettre au monde un maximum de 2 enfants, il y aurait 22% de cotisants en moins aujourd'hui soit un manque à gagner de ... 3,9 milliards d'euros annuels. Ce chiffre est à comparer, en termes de proportionnalité, avec les 0,9 milliards que coûtaient les majorations familiales AGIRC.

S'agissant de l'ARRCO, les enfants supplémentaires élevés par les familles nombreuses aujourd'hui à la retraite génèrent un surcroît de cotisations de 8,2 milliards d'euros, à rapprocher des 0,7 milliard que coûtent les majorations familiales.

La raréfaction des familles nombreuses que l'on constate aujourd'hui (seuls 21% des cadres et 20% des non cadres ont trois enfants ou plus) est donc un signe très inquiétant. Or, les nouvelles générations dont font partie les appelants, offrent aux régimes complémentaires, par leur progéniture, un surcroît de cotisants de 18% soit de près d'un cinquième de l'effectif total ! (*pièces n° 103 et 115*)

On relèvera, en outre, que les signataires des accords litigieux n'ont jamais publié le montant des économies que leur fait faire la réforme, preuve qu'ils sont d'ampleur modeste pour le régime au regard du préjudice subi par les cotisants touchés.

L'intérêt général commande, par conséquent, d'encourager les jeunes actifs désireux d'agrandir leur famille, comme l'est Monsieur FROGER, demandeur. La baisse de la natalité qui s'observe en France métropolitaine depuis le début de l'année 2005 est un signe de ce que les différentes restrictions pratiquées depuis quelques années dans le champ de la politique familiale pourraient bien avoir un impact conforme à ce que laisse supposer le raisonnement économique et sociologique. La diminution des naissances a, en effet, été de 4,6 % en 2015 par rapport à 2014, et de 3,2 % pour les 5 premiers mois de 2016 par rapport aux 5 premiers mois de 2015.

Or, contrairement à ce qu'affirment les défenseurs, la nécessité d'encourager la fécondité est plus actuelle que jamais : lorsque les régimes complémentaires des cadres puis des non cadres ont institué leurs majorations familiales en 1947 et 1961, la démographie française connaissait des années fastueuses et que le rapport cotisants / retraités était infiniment satisfaisant. Cette période s'est achevée : on comptait 21 naissance pour 1000 habitants en 1947, encore 18 naissances pour 1000 en 1961 mais aujourd'hui, les régimes ne peuvent plus compter que sur 12,5 naissances pour 1000 habitants. La baisse de la natalité sus-évoqué viendra, dans 25 ans, aggraver encore des difficultés des régimes AGIRC-ARRCO

Il est, dès lors, clairement de l'intérêt général apprécié en termes de solidarité, d'égalité et de proportionnalité, que les comportements profitables à tous soient, sinon indemnisés, du moins soutenus et qu'ainsi soient préservées les majorations familiales qui les encouragent (**pièce n°75**)

Pour autant, les partenaires sociaux disposent des moyens d'assurer l'équilibre des régimes qu'ils gèrent : il leur suffit de faire varier la valeur des points au moment de leur acquisition par les cotisants et au moment de leur service aux retraités. Ce moyen a été jugé conforme à l'intérêt général par la Cour de Cassation lors d'un contentieux portant sur la revalorisation des pensions (Cass Soc 31 mai 2001 n°98-226510)

PAR CES MOTIFS

Recevoir l'UNION DES FAMILLES POUR LES RETRAITES, Messieurs LAIGUEDE, CABRITA, FROGER, MIGLIANICO, Mesdames DOMMERGUE, FREMEAUX, BOUHARLAT de CHAZOTTE, DAGUET épouse de FREMINVILLE, Monsieur et Madame EHINGER, recevables en leur appel et les y disant bien fondés,

Vu les dispositions de l'article 126-6 du Code de Procédure Civile, les développements qui précèdent, l'arrêt du 11/12/2015 par lequel la Cour de céans a refusé de transmettre la Question Prioritaire de Constitutionnalité des appelants,

SE RETRACTER ET TRANSMETTRE ladite Question Prioritaire de Constitutionnalité à la Cour de Cassation et surseoir à statuer dans l'attente de sa décision

ou bien,

INFIRMER le jugement du 12 mai 2015 du TGI de Paris et, statuant à nouveau,

Dire et juger nul et de nul effet le paragraphe 1 et le 3^{ème} alinéa du paragraphe 2 de l'article 7 du chapitre 3 de l'accord portant sur les retraites complémentaires AGIRC-ARRCO-AGFF du 18/03/2011.

Dire et juger nul et de nul effet le 2) de l'avenant A6264 du 8/06/2011 à la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14/03/1947.

Dire et juger nul et de nul effet l'avenant n°115 du 8/06/2011 à l'accord national interprofessionnel de retraite complémentaire du 8/12/1961 en ce qu'il introduit un dernier alinéa au 2° de l'article 17 de la convention nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14/03/1947.

Condamner in solidum l'AGIRC, ARRCO, MEDEF, CGPME, UPA, CFDT, CFTC, CGT-FO, FOCADRES, CFDT-CADRES, UGICA-CFTC au paiement de 6000 € sur le fondement de l'article 700 CPC.

Liste des pièces

Produites devant le Tribunal de Grande Instance de Paris :

1. Convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14/03/1947
2. Accord du 18/03/2011
3. Arrêté d'extension de cet accord, du 27/06/2011
4. Mémoire devant le Conseil d'Etat contre cet arrêté
5. Avenant A-264 à la CCN du 14/03/1947, du 8/06/2011
6. Accord national du 8/12/1961
7. Avenant n°115 à l'Accord du 8/12/1951, du 8/06/2011
8. Arrêtés d'extension de ces avenants, du 17/11/2011
9. Arrêt CASS. CIV. 12/07/1963
10. Extrait du registre des délibérations du conseil d'administration de l'UNION DES FAMILLES POUR LES RETRAITES du 5/11/2011
11. Mandats des requérants personnes physiques
12. Statuts UFP
13. Règlement intérieur UFP
14. Justifications affiliation LAIGUEDE (14 à 14k) + livret famille
15. ----- CABRITA + livret famille
16. ----- FROGER -----
17. ----- MIGLIANICO (17 à 17b) + livret famille
18. ----- DOMMERGUE + livret de famille
19. ----- de FREMINVILLE -----
20. ----- EHINGER (20 à 20 h) -----
21. ----- FREMEAUX + livret famille
22. ----- BOUCHARLAT + livret famille
23. Publicité au JO 27/12/2003, récépissé Préfecture 4/12/2003 et 6/11/2003
24. CR du CA de UFP-Retraites du 5/11/2011
25. Répertoire DALLOZ- Procédure civile
26. Extrait du Registre des délibérations de l'AG du 5/11/2011
27. Bulletin d'adhésion à l'UFP-Retraites
28. Tract CFE-CGC
29. Note sur l'impact financier de l'accord de mars 2011 sur la retraite à venir de M. EHINGER avec :
30. Simulation retraite
31. Relevé de points AGIRC ARRCO
32. Etat intermédiaire de BV2
33. Attestation Pole Emploi Caisse retraite complémentaire
34. ----- périodes intermédiaires
35. Attestation de Mme MULSANT épouse MARCILHACY du 24/11/2012
36. Arrêt CE 17/04/2013

37. CJUE 11/02/1993 POUCKET & PISTRE
38. CJUE 27/10/2005 CASINO
39. CJCE 23/05/2000 PODESTAT
40. CJCE BILKA, BARBER, BEUNE
41. CJCE 9/03/2006 PIATKOWSI
42. CE 22/02/2007
43. CASS. Ch. Réunies 13/01/1932
44. Décision CC 22/02/1979
45. 03/12/2010
46. Arrêt CE 18/10/1967 ET 06/09/2006
47. Article L 711-1 Code de sécurité sociale
48. Droit social n°3 mars 1995 p.306
49. Article L 911 Code de sécurité sociale
50. Décision CC 17/01/2002
51. 25/07/1989
52. 06/11/1996
53. 30/07/1963
54. Articles CSS L 921-4, 911-1, 911-3 et 911-4
55. Arrêt TC 15/12/2008
56. Article Francis NETTER
57. Décision CC 07/08/2008
58. Justificatifs perte EHINGER
59. Ordonnance 2001-178 du 22/02/2001
60. Article DUTHEILLET de LAMOTHE + décision CC
61. Décision CC 16/08/2007
62. Arrêts CE 26/10/2001 et 6/03/2009
63. CASS.SOC. 10/02/1999
64. Arrêt CE 22/10/2003
65. Décision CC 22/12/1961
66. 14/08/2003
67. Arrêt CE 25/06/1948 et Décision CC 24/10/1969
68. Arrêts CE 14/05/1965, 4/11/1988, 11/01/1984, et 25/03/1993
69. Arrêt CE 13/12/2006
70. Arrêts CEDH des 16/06/1979, 24/01/2008 et 21/07/2011
71. Arrêt CEDH 28/10/1999
72. 23/10/1997
73. 16/07/1971, 08/06/1976 et 28/06/1978
74. Arrêt CASS. 23/11/1999
75.31/05/2001
76. Les ECHOS du 23/05/2011 : interview Directeur financier AGIRC ARRCO
77. Décision CC 08/08/1985
78. Droit Social n°3 mars 1986 p. 258 à 268
79. Décision CC 28/02/1984
80. Rivero- La revue économique. 1951
81. François Rosa – résumé de thèse
82. Décision CC 2013-336 du 1/08/2013- QPC
83. Décision CC 84.183 DC 18/01/1985
84. Décision CC 86.207 des 25 et 26/06/1986
85. Cour de Cassation 6 décembre 2005
86. Cour de Cassation 8 février 2011

87. *Décision n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013*
88. Article des Echos du 8 janvier 2014
89. Commentaires aux cahiers du Conseil Constitutionnel
90. Rapport n°510 du 15 juin 1994 de la commission des affaires Sociales du Sénat
91. Débats du 10 mai 1994 à l'Assemblée Nationale
92. Loi du 29 décembre 1972
93. Débat du 18 décembre 1972 à l'Assemblée Nationale
94. Décision CC n°94-348 DC du 3 Août 1994
95. Cass Civ 29/01/1965
96. Cass Req 10/02/1863
97. Cass Req 6/02/1883
98. Cass Soc 18/06/1948
99. Cass Com 25/10/1948
100. Cass Soc 30/01/2008
101. Cass Civ 20/02/2007

Déjà produites devant la Cour

- 102 - Extrait des délibérations du Conseil d'Administration de l'Union des Familles Pour les Retraites du 30 mai 2015
- 103 – Eléments financiers sur les droits familiaux (source AGIRC-ARRCO)
- 104 – Droit Social n° 7-8, de juillet - août 2009, pages 846 à 853
- 105 – Accord pour faire appel des 9 personnes physiques

Pièces nouvelles :

- 106 - Conseil d'Etat, arrêt du 2 janvier 1959
- 107 – Ordonnance du 4 février 1959
- 108 - Droit Social 2003 Jacques BARTHELEMY - « La nature juridique des accords de retraite complémentaire » page 513 et suivantes
- 109 - Droit Social – Paul DURAND – « Des conventions collectives de travail aux conventions collectives de sécurité sociale » - Janvier 1960 – page 42
- 110 - Droit social - Jacques BARTHELEMY – « Le concept de convention collective de sécurité sociale » - 2016 p.272
- 111 - CE 9 mai 2012, *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique contre société EPI*, n°308996)
- 112 - CE 16 novembre 2011, *société Ciel et Terre*, n° 344972
- 113 - Cass Civ 2^{ème} 6 mai 2010
- 114 – Consultation du Professeur Jacques BICHOT « *relative à l'apport des parents de familles nombreuses aux régimes de retraite complémentaire ARRCO et AGIRC* »
- 115 – La revue de l'IRES n° 83 - 2014/4 - Antoine MATH - « *Coût des enfants et politiques publiques* »
- 116 – AGIRC-ARRCO – « *Repères et bilans des avantages familiaux* » 2009
- 117 – Conseil Constitutionnel Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013
- 118 - Conseil Constitutionnel Décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997
- 119 - Droit Social 2003 p 1077 - Jacques BARTHELEMY - « *Les retraites* »
- 120 - CFE-CGC – « *Les dossiers de l'avenir* » - décembre 1985

SOMMAIRE

LES FAITS	Page 3
DISCUSSION	Page 8
SECTION 1 - LES ACCORDS LITIGIEUX SONT CONTRAIRES A LA HIERARCHIE DES NORMES IMPOSEE PAR CONSTITUTION	Page 8
I – Les accords de retraite complémentaires par répartition ne sont pas des accords comme les autres.	Page 8
A - On distingue trois sortes d'accords collectifs :	Page 8
B – Le cas particulier les accords de type « épargne retraite »	Page 9
1° Les accords de type « épargne retraite » en capitalisation,	Page 9
2° Les accords de type « épargne retraite » en répartition	Page 10
II – Traduction juridique de la nature particulière des régimes de retraite complémentaire par répartition	Page 12
<u>A – Relativement aux droits de cotisants / retraités / futurs cotisants</u>	Page 12
1° Quelle est la nature du droit des retraités ?	Page 12
2° Quelle est la nature du droit des cotisants ?	Page 13
a) Les droits des cotisants sont garantis par l'Etat	Page 13
b) Les droits des cotisants sont de même nature que ceux des retraités	Page 13
3° L'origine des droits des cotisants ne découle pas de l'accord entre partenaires sociaux	Page 14
<u>B - Particularité des régimes de retraite complémentaire par répartition relativement à la nature de leurs conventions collectives</u>	Page 15
1° l'aspect contractuel est prédominant dans les conventions collectives de travail :	Page 15
2° les conventions collectives de retraites complémentaires n'ont qu'un aspect contractuel subsidiaire.	Page 16
a) Sans la puissance publique, la convention de retraite complémentaire n'est rien.	Page 16
b) La partie proprement contractuelle du régime se limite aux accords internes passés au sein d'une seule des trois parties au régime : celle des actifs cotisants.	Page 16
c) Dès lors, le rôle des partenaires sociaux est principalement de nature « réglementaire ».	Page 16
III - D'où vient le pouvoir qu'ont les partenaires sociaux de signer les conventions collectives de retraites par répartition ?	Page 18
<u>A – Il n'y a pas de fondement supra-législatif au pouvoir des partenaires sociaux</u>	Page 19
<u>B – Deuxième hypothèse : le législateur at-il délégué aux partenaires sociaux la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution ?</u>	Page 19
1° le champ d'application de l'article 34 englobe l'ensemble de la protection sociale.	Page 21
2° Positions contradictoires des intimés et des juridictions	Page 22
3° le législateur de 1994 a-t-il vraiment délégué sa compétence ?	Page 24
c) La Loi n° 94-678 du 8 août 1994 ne mentionne aucune délégation de compétence	Page 24
d) La loi du 29 décembre 1972 ne prévoyait aucune délégation de compétence du législateur vers les partenaires sociaux.	Page 27
c - Démonstration par l'exemple	Page 28

<u>C – Si le législateur n’a pas délégué sa compétence aux partenaires sociaux, leur pouvoir résulte de l’article 37 de la Constitution.</u>	Page 28
<i>1° Le pouvoir réglementaire des partenaires sociaux est consacré depuis longtemps par la jurisprudence :</i>	Page 29
<i>2° Pour la doctrine aussi, le pouvoir des partenaires sociaux est bien de nature réglementaire :</i>	Page 30
<i>3° Dès lors, les pouvoirs réglementaires des partenaires sociaux sont limités par les articles 34 et 37 de la Constitution</i>	Page 30
IV – Les accords signés par les partenaires sociaux empiètent bien sur les prérogatives de la Loi.	Page 30
<u>A - Sécurité Sociale ou pas ?</u>	Page 32
<u>B - Qu’est-ce qu’un « principe fondamental » ?</u>	Page 33
<i>1° Hors du champ de la Sécurité Sociale,</i>	Page 34
<i>2° Dans le champ de la sécurité sociale,</i>	Page 35
a) sur la progression d’une prestation en fonction du nombre d’enfants,	Page 36
b) sur l’instauration d’un plafond	Page 37
c) sur le cas précis des bonifications de retraite :	Page 38
SECTION II - LES ACCORDS LITIGIEUX SONT CONTRAIRES AU PRINCIPE DE SECURITE JURIDIQUE	Page 39
I - les cotisants ont bien des droits acquis	Page 39
A - le droit du travail ne s’applique que partiellement aux conventions de retraites complémentaires	Page 39
B - Que garantissent les régimes à leurs cotisants ?	Page 41
II - Le principe de sécurité juridique protège les droits en cours d’acquisition	Page 43
A - La non rétroactivité des règles de droit s’impose devant toutes les juridictions	Page 43
B – Les accords querellés bafouent, d’autre part, le droit aux espérances légitimes des cotisants	Page 45
C - Les accords litigieux violent, enfin, Convention Européenne des Droits de l’Homme en ce qu’ils portent atteinte à la prévisibilité de la règle de droit	Page 47
D - L’atteinte à la sécurité juridique des participants n’est pas justifiée par l’équilibre général des régimes	Page 49
SECTION III - LES ACCORDS LITIGIEUX SONT CONTRAIRES A L’INTERET GENERAL	Page 50
I – en termes de proportionnalité	Page 52
II- en termes de solidarité	Page 53
III - en termes d’égalité	Page 54
IV – comment assurer l’équilibre des régimes ?	Page 56
<i>Liste des pièces communiquées</i>	Page 59
<i>Sommaire</i>	Page 62