

## La loi du pays n° 2016-20 du 30 mai 2016, ou le recul des prestations sociales

La loi du pays du 30 mai 2016, consacrée à l'apurement des passifs de cotisations sociales des employeurs conduit, dans un certain nombre d'hypothèses à la diminution des prestations complémentaires (notamment la retraite) servie aux salariés polynésiens. Or, cette atteinte est critiquable au regard du droit européen des droits de l'homme, et plus précisément de l'article 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

**L**a loi du pays n° 2016-20 du 30 mai 2016 « instituant le principe exceptionnel de l'apurement des impayés de cotisations sociales dues au titre de la contribution des employeurs au financement de régimes de retraite ou de prévoyance complémentaires obligatoires », adoptée le 8 octobre 2015 sous le numéro 2015-9 LF/APF, a en principe pour but de permettre un apurement des passifs des employeurs auprès de la Caisse de prévoyance sociale en matière de retraite complémentaire et de prévoyance complémentaire.

Jusqu'ici, rien qui semble susceptible d'avoir une influence sur les prestations servies aux salariés au titre de leur retraite ou prévoyance complémentaire. Toutefois, une lecture attentive du texte révèle que ce texte, de présentation anodine, conduit, en réalité, à une baisse des prestations servies aux salariés et retraités polynésiens.

Aussi, il est nécessaire de se pencher sur l'objet et les conséquences de ce texte (I.), ainsi que ses causes d'illégalité potentielle (II.).

### I. Un texte apparemment neutre qui conduit, en pratique, à une baisse de la protection sociale

Pour comprendre ce texte, il convient de se pencher sur son objet affiché (A.) et ses conséquences en matière de prestations sociales (B.).

#### A. Un objet neutre, en apparence, sur les prestations sociales

La loi du pays n° 2016-20 du 30 mai 2016 a été élaborée pour faire face au flou juridique existant jusqu'alors quant à la soumission ou non du financement par les employeurs des régimes de retraite et de prévoyance complémentaires de leurs salariés au paiement de des charges patronales, ce flou ayant conduit à de nombreux redressements.

En effet, en Polynésie française, à l'inverse de ce qui prévaut en métropole, aucune exonération expresse n'a été instituée (jusqu'à la loi du pays n° 2016-19 du 30 mai 2016) en faveur des participations des employeurs aux régimes de retraite et de prévoyance complémentaires obligatoires, de sorte que ces participations, regardées comme des compléments de revenus, étaient en principe soumises à cotisations sociales.

Toutefois, et malgré cela, un flou existait sur la soumission ou non de ces participations

au paiement de charges patronales, l'article 19 de l'arrêté n° 1336 IT du 28 septembre 1956 n'étant pas clair sur ce point.

Face à cette imprécision, certains employeurs ont pris l'habitude de ne pas intégrer ces participations à l'assiette des cotisations sociales. Ce comportement a implicitement été accepté par la Caisse de prévoyance sociale, restée silencieuse jusqu'en 2009.

Or, à compter de 2009, la Caisse a modifié son interprétation des textes et mis en œuvre une politique de récupération des sommes dues, augmentées des majorations de retard et des pénalités y relatives, auprès des entreprises.

Cette politique a toutefois eu des conséquences pour les employeurs privés en grevant leurs finances de façon non négligeable. Aussi, les pouvoirs publics ont décidé de mettre en place un dispositif exceptionnel d'apurement des créances détenues par la Caisse de prévoyance sociale via un étalement ou une annulation de ces créances (loi du pays n° 2016-20 du 30 mai 2016), ainsi qu'une exonération pour l'avenir comme (loi du pays n° 2016-19 du 30 mai 2016).

L'objet de la loi du pays mettant en œuvre ce dispositif était apparemment neutre pour les prestations de retraite et de prévoyance des salariés.

## **B. Une annulation préjudiciable des droits à prestations**

Dans le corps de la loi du pays, il a toutefois été prévu, qu'en cas d'annulation par la Caisse des cotisations sociales dues au titre des participations des employeurs aux régimes complémentaires, les participations

des employeurs ne seraient pas prises en compte, au prorata des cotisations annulées, pour le calcul du montant des prestations servies aux assurés.

Aussi, en cas d'annulation des créances, ce texte a pour conséquence une baisse des retraites complémentaires et des prestations sociales en général. En effet, il signifie qu'en cas d'annulation des cotisations sociales dues, les droits des salariés seront réduits en proportion.

Par conséquent, les salariés se trouveront, *in fine*, punis par la Caisse de prévoyance sociale pour la faute commune de leur employeur et de la Caisse tenant, pour les premiers à avoir manqué à leurs obligations déclaratives et, pour la seconde, à avoir accepté cette pratique pendant 50 ans avant de revenir sur son interprétation des textes.

Cette minoration est d'autant plus étonnante et préjudiciable aux salariés qu'elle viendra amoindrir des participations qui ont effectivement été versées par les employeurs (même si lesdits employeurs n'ont pas payé de cotisations sociales sur ces participations).

Certes, les effets de cette minoration seront relativement limités puisqu'ils porteront uniquement sur les cotisations sociales ayant fait l'objet d'un redressement puis d'une annulation. Cela concernera donc uniquement les entreprises font l'objet d'un redressement (limité à deux ans en pratique) et d'une annulation des créances. Néanmoins, de telles minorations ne peuvent être regardées comme négligeables.

De plus, s'agissant des salariés des établissements privés d'enseignement sous contrat avec l'Etat, tous les agents travaillant dans des établissements faisant l'objet d'un redressement par la Caisse seront concernés

(les annulations de créances étant automatiques).

En effet, l'article LP. 5 de la loi du pays annule toutes les cotisations sociales dues par ces établissements s'ils ont fait l'objet d'une procédure de redressement. Dans ces conditions, il ne sera pas nécessaire que la Caisse décide d'une annulation des créances, celle-ci étant automatique.

Un nombre important de salariés, notamment dans les établissements privés d'enseignement, seront donc touchés par cette amputation de leurs prestations sociales.

## II. Une minoration critiquable au regard de la Convention européenne des droits de l'homme

Si l'annulation des créances dues par les employeurs n'est pas critiquable dans la mesure où elle poursuit un impératif légitime de stabilité des entreprises, ses conséquences sur les salariés, outre qu'elles sont moralement dérangeantes, sont juridiquement critiquables (B). En effet, la Convention européenne des droits de l'homme protège les prestations sociales acquises par les salariés (A.) et encadre les atteintes qui peuvent être portées à ces prestations.

### A. Des prestations sociales protégées par la Convention européenne des droits de l'homme

Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, que les prestations sociales – qui ne sont pas protégées en elles-mêmes par la Convention

– sont rattachées par la jurisprudence au droit au respect des biens.

En effet, la Cour juge depuis longtemps que la notion de « bien » ne se limite pas à la propriété (corporelle ou incorporelle) mais s'étend à tout « intérêt substantiel » protégé par l'article 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> Protocole additionnel à la Convention. De même, cette notion ne se limite pas aux biens actuels mais s'étend également à ceux que les intéressés ont une « espérance légitime » d'obtenir (voir sur ces points : CEDH. GC. 30 novembre 2004, *Öneriyildiz c. Turquie*, n° 48939/99, §124).

La Cour a ainsi pu juger à de nombreuses reprises que des prestations sociales accordées à des individus devaient être regardées comme des biens au sens de la Convention. En effet, elle considère que si un Etat met en place une législation prévoyant le versement d'une prestation sociale, cette législation doit être regardée comme créant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de la Convention pour les personnes remplissant les conditions (voir, par exemple : CEDH. GC. 6 juillet 2005, *Stec et a. c. Royaume-Uni*, n° 65731/01 ; CEDH, 15 septembre 2009, *Moskal c. Pologne*, n° 10373/05 ; CEDH. GC. 16 mars 2010, *Carson et a. c. Royaume-Uni*, n° 42184/05 ; CEDH. GC. 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, n° 37452/02 ; CEDH, 14 février 2012, *B. c. Royaume-Uni*, n° 36571/06 ; CEDH, 17 avril 2012, *Grudic c. Serbie*, n° 31925/08 ; CEDH, 12 octobre 2004, *Kjartan Asmundsson c. Islande*, n° 60669/00).

Il en va notamment ainsi des pensions de retraite (CEDH, 26 novembre 2002, *Buchen c. République tchèque*, n° 36541/97 ; CEDH, 15 septembre 2009, *Moskal c. Pologne*, n° 10373/05 ; CEDH. GC. 7 juillet 2011, *Stummer c. Autriche*, n° 37452/02).

Cette jurisprudence peut en principe s'étendre à des pensions qui ne sont pas encore versées et, plus précisément, à des droits à pension acquis (cotisations par exemple) qui donnent une espérance légitime d'obtenir une pension (CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV, p. 1142, §§ 39-41) même si le montant de cette pension n'est, quant à lui, pas garanti.

Ainsi, au cas présent, les salariés bénéficiaires des participations de leurs employeurs aux régimes complémentaires de retraite et de prévoyance disposent d'une espérance légitime d'obtenir un bien protégé par la Convention.

En effet, au cours de leur carrière, les salariés bénéficient de ces participations, sachant qu'aucune condition tenant au paiement des cotisations sociales y relatives n'est posée pour le bénéfice desdites participations. Ils espèrent donc légitimement et raisonnablement bénéficier de retraites complémentaires à taux plein et, plus généralement, d'une protection sociale complète.

Ils disposent donc de biens au sens de la Convention.

Or, la loi du pays n° 2016-20 du 30 mai 2016 est susceptible de porter atteinte à ce droit sous trois angles différents.

## **B. Une minoration apparemment contraire à l'article 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme**

Le mécanisme exposé ci-dessus, prévu par la loi du pays du 30 mai 2016, est susceptible

de porter atteinte au droit au respect des biens par trois biais différents.

- Tout d'abord, en tant que tel, le droit au respect des biens s'oppose à ce qu'une atteinte au droit à pension soit telle qu'elle porte atteinte à la substance même de ce droit. Autrement dit, l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 s'oppose à une amputation de la pension qui la fasse regarder comme inexistante par rapport à ce qu'elle était initialement (CEDH, 12 octobre 2004, *Kjartan Asmundsson c. Islande*, n° 60669/00). En outre, cet article s'oppose à ce qu'une prestation versée à tort soit récupérée si l'erreur n'est pas imputable à la fraude du bénéficiaire et si cette privation constitue une charge excessive pour le bénéficiaire (CEDH, 15 septembre 2009, *Moskal c. Pologne*, n° 10373/05 ; CEDH, 12 février 2012, *B. c. Royaume-Uni*, n° 36571/06).

Au cas présent, le droit au respect des biens – pris isolément – ne semble pas de prime abord avoir été méconnu par les dispositions de la loi du pays puisque la substance des droits à prestations sociales demeurera. En effet, comme indiqué supra, les redressements effectués par la Caisse de prévoyance sociale sont, en pratique, généralement limités à deux ans.

Dans ces conditions, et même si le redressement mène à une annulation des cotisations sociales (et donc des droits à prestations des salariés qui y sont liés), les cotisations versées au titre des autres années demeureront. Dès lors, il n'y aura pas ici de perte de la substance du droit à prestation.

Aussi, de prime abord, l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 ne semble pas avoir été méconnu par la loi du pays.

Néanmoins, avec une analyse plus poussée, il n'est pas certain que le texte soit respectueux du droit européen des droits de l'homme. En effet, même si la Cour ne censure, en principe, sur le fondement du Protocole n° 1, que les atteintes qui conduisent à une perte de la substance du droit, il est également certain que la Cour contrôle le caractère proportionné et justifié des atteintes.

Or, au cas présent, cette atteinte ne semble pas justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le texte de la loi du pays qui est – rappelons-le – d'éviter que des entreprises se trouvent en cessation des paiements du fait des redressements de la Caisse en matière de cotisations sociales. En effet, l'atteinte n'est ni adéquate pour remédier au risque de cessation des paiements, ni nécessaire pour atteindre cet objectif et dépasse, en tout état de cause, les éventuels avantages qu'elle procure.

Plus précisément, le but de la loi du pays étant d'éviter la cessation des paiements, la minoration des droits à pension des salariés ne sera d'aucune utilité pour atteindre cet objectif. En outre, cette atteinte n'est pas non plus nécessaire puisqu'elle prive sans motif les salariés d'une participation qui a été faite à leur profit. Enfin, aucun avantage n'étant retiré de cette mesure (autre que financier), il donc est certain que les inconvénients dépassent les éventuels avantages.

Partant, même sous l'angle de l'article 1er du Protocole n° 1 pris isolément, un doute sérieux existe sur la conformité du texte à la Convention européenne des droits de l'homme. Et ce, d'autant, que si la Cour a estimé dans le cadre particulier de la Grèce qu'une diminution des pensions de retraite allouées aux fonctionnaires était justifiée et

proportionnée, c'est uniquement en raison de la crise historique traversée par le pays (CEDH. DR. 7 mai 2013, *Koufaki et Adery c. Grèce*, n° 57665/12).

Or, au cas présent, il est certain que la Polynésie française ne traverse pas une telle crise.

● Ensuite, il convient de relever que l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1, combiné à l'article 14 de la Convention, interdit de façon générale les discriminations dans l'usage des biens. La Cour considère, sur le fondement de ces stipulations qu'un texte est discriminatoire s'il « manque de justification objective et raisonnable, c'est-à-dire [s'il] ne poursuit pas un but légitime ou s'il n'y a pas un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (voir, par exemple : CEDH. GC. 6 juillet 2005, *Stec et a. c. Royaume-Uni*, n° 65731/01 ; CEDH. GC. 16 mars 2010, *Carson et a. c. Royaume-Uni*, n° 42184/05 ; CEDH. DR. 15 juin 1999, *Domalewski c. Pologne*, n° 34610/97).

Or, au cas présent, la loi du pays porte atteinte aux droits à prestations sociales et à pension de retraite sans que cette atteinte semble justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi. En effet, il convient de rappeler une nouvelle fois que l'objectif de la loi du pays est d'éviter la cessation des paiements des entreprises du fait des redressements de la Caisse.

L'article relatif à l'amputation des droits à pension des salariés n'est, quant à lui, justifié par rien. Or, il est évident que la réduction des droits à prestations sociales n'est pas de nature à remédier au risque de cessation des paiements de leurs employeurs.

De plus, cette atteinte à l'espérance légitime des salariés n'est pas nécessaire puisqu'elle

prive sans motif les salariés d'une participation qui a effectivement été versée à leur profit, et ce, sans même qu'ils en soient informés.

Il ne semble donc y avoir aucun rapport raisonnable de proportionnalité entre l'objectif poursuivi et la mesure. De même, le but poursuivi est apparemment uniquement financier dans la mesure où l'article LP. 6 de la loi du pays n'a rien à voir avec le reste du texte. Et ce, d'autant, qu'il punit in fine les salariés en amputant leurs droits à prestations sociales pour une faute commise par leurs employeurs et la Caisse (le tout postérieurement au versement).

Dans ces conditions, la différence de traitement entre les salariés dont les employeurs ont payé les cotisations sociales, ceux dont les employeurs n'ont pas payé les cotisations mais ne bénéficient pas d'une annulation et ceux dont les employeurs n'ont pas payé les cotisations mais bénéficient d'une annulation de leur dette, n'apparaît pas justifiée.

Aussi, il est probable que ce texte méconnaisse l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1.

- Enfin, un autre élément doit être mentionné. En effet, à la lecture de ce texte, l'on s'aperçoit qu'il porte atteinte de manière rétroactive à des droits à prestations et à pension acquis précédemment par les salariés.

Plus précisément, l'article LP. 6 de la loi du pays conduit à la situation suivante : des droits à prestations sont acquis parfaitement légalement par des salariés du fait des participations versées par leurs employeurs (les textes ne prévoyant aucune condition relative au paiement des cotisations sociales

y relatives) ; quelques années plus tard, la Caisse de prévoyance sociale s'aperçoit que les versements des employeurs devaient être soumis à cotisations sociales et lance un redressement à leur encontre ; lors de ce redressement, si les cotisations sont finalement annulées, les prestations sociales des salariés sont amputées.

Ainsi, ce sont bien des droits légalement acquis qui sont, postérieurement à leur acquisition, remis en cause. Or, cette remise en cause n'est justifiée – semble-t-il – que par des motifs financiers (en effet, le rapport de présentation du texte et les débats sont muets sur l'objectif poursuivi ; l'on doit donc en déduire qu'il s'agit d'un objectif purement financier).

Pourtant, il est jugé de façon constante que la remise en cause d'une situation légalement acquise ne peut être justifiée par des objectifs budgétaires et financiers. C'est, par exemple, ce qu'a rappelé le Conseil d'Etat dans une décision du 21 octobre 2011 à propos de créances fiscales (CE. SSR. 21 octobre 2011, *Ministre du budget*, n° 314767, mentionnée aux tables).

Ainsi, en l'espèce, la remise en cause postérieure de droits légalement acquis apparaît porter atteinte au droit au respect des biens des salariés.

Au vu de l'ensemble de ce qui précède, il aurait été opportun que ces dispositions soient étudiées par le Conseil d'Etat dans le cadre du contrôle préalable qu'il est voué à exercer en vertu de l'article 176 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004.

Or, si ces dispositions lui ont été soumises, il ne s'est pas prononcé sur la légalité de l'article LP. 6 de la loi du pays. En effet, le recours formé contre la loi du pays n° 2016-



Le 20 du 30 mai 2016 a été introduit par plusieurs employeurs et organisations syndicales patronales. Ceux-ci critiquaient notamment l'article LP. 6 du fait de l'atteinte portée aux droits de leurs salariés.

Cette critique avait initialement retenu l'attention du Conseil d'Etat puisque son rapporteur public avait prévu de conclure à l'illégalité de l'article LP. 6. Toutefois, le jour de l'audience, le sens des conclusions du rapporteur public a finalement changé pour aller vers le rejet des prétentions en estimant que les employeurs n'avaient pas intérêt à agir contre l'article LP. 6, leurs droits n'étant pas atteints par ces dispositions (CE. SSR. 25 mai 2016, *MEDEF et a.*, n° 394588, mentionnée aux tables). Il est, à cet égard, dommageable (juridiquement et philosophiquement) de considérer que les employeurs n'ont pas d'intérêt moral à défendre les intérêts financiers de leurs salariés (et ce d'autant lorsque ce sont ces employeurs qui ont fait naître ces intérêts financiers).

Il conviendra donc, pour les salariés et retraités qui s'apercevront de la réduction de leurs droits à prestation et de leurs droits à pension à la suite des annulations de créances par la Caisse, de saisir les juridictions pour contester cette situation, particulièrement dommageable à leur égard.