

À PROPOS DU STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'ASSURANCE VIEILLESSE FRANÇAISE/ SOBRE EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DEL SEGURO FRANCÉS DE VEJEZ

Juliano Barra

jsbarra@uol.com.br

Docteur en droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Enseignant ATER à l'École de Droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Recibido: 13/07/2018 – Aceptado: 31/10/2018

Résumé

Pouvons-nous affirmer l'existence d'un régime juridique constitutionnel pour les retraites de base française? Quelle est l'importance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'assurance vieillesse? Comment, en effet, le Conseil constitutionnel appréhende-t-il les changements de la législation des retraites dans un sens moins favorable aux assurés à l'aune de la théorie du *cliquet anti-retour*? Les retraites de base de la sécurité sociale peuvent-elles être perçues à partir de la notion de droit de propriété? Comprendre l'existence ou non d'un statut constitutionnel concernant les prestations de retraite en France permettra d'établir quelques réponses à partir de l'analyse de la jurisprudence de son Conseil constitutionnel.

■ Mots-clés:

Interprétation constitutionnelle;
Assurance vieillesse; Droits
sociaux; Conseil
constitutionnel; Effet cliquet;
France; Droit de propriété;
Service public constitutionnel

Abstract

■ Keywords:

Constitutional interpretation;
Statutory pension scheme;
Retirement; Social rights;
Constitutional Court; *Effet
cliquet*; France; Property
rights; Constitutionally
protected public service

Can we affirm the existence of a constitutional regime for the French retirement system? What is the importance of the jurisprudence of the «Conseil constitutionnel»? How does the “Conseil constitutionnel” apply the anti-return theory (théorie du *cliquet anti-retour*)? Can pensions be qualified from the concept of property rights? The answers of the existence or not of a constitutional regime for the French retirement system can be found in the decisions of the «Conseil constitutionnel».

Introduction – 1. Le principe de la solidarité nationale et de l'intangibilité des droits: une non-régression des droits à partir d'une réflexion sur la jurisprudence du cliquet – 2. Le droit à la prestation de retraite et le droit de propriété – Bibliographie

INTRODUCTION

L'assurance vieillesse française peut-elle être qualifiée sur une optique constitutionnelle compte tenu la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce dernier venant en premier lieu assurer la primauté de la *norme fondamentale*?

Dans les différentes constitutions françaises qui précédaient, on ne trouve aucune mention expresse au terme de «*sécurité sociale*» jusqu'à la Constitution de la Vème République de 1958¹. Celle-ci est mentionnée à l'article 34, relatif à la répartition des compétences législatives et, plus récemment, dans d'autres passages, lorsque l'on se réfère à la loi de financement de la sécurité sociale.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'après l'arrêt *Liberté d'association* du 16 juillet 1971, a inauguré ce que la doctrine appelle le *bloc de constitutionnalité*. Il s'agit du *Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958*, qui renvoie au *préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* et à la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*. Une loi constitutionnelle en 2004 a modifié le préambule de la Constitution de 1958 afin d'y introduire un renvoi à la *Charte de l'environnement*, laquelle fait désormais partie de ce bloc. La sécurité sociale, il est vrai, n'a pas été mentionnée dans les dispositions dudit bloc, ce qui n'a pas empêché, en revanche, que certains principes fondamentaux fussent interprétés en sa faveur.

Sur le préambule de la Constitution de 1946, par exemple, les alinéas suivants sont retenus par le Conseil constitutionnel en matière de sécurité sociale. Son alinéa 5 dispose que «chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances». L'alinéa 10 dispose que «la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement». L'alinéa 11 dispose que la Nation «*garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence*».

Il est possible de déduire de ce fait certains éléments qui donnent un *statut* constitutionnel à l'assurance vieillesse considérant qu'elle doit assurer aux vieux travailleurs et aux personnes âgées le droit de repos ainsi comme le droit d'obtenir les moyens appropriés pour sa subsistance à la charge de la collectivité, conformément à

¹ Pour des renseignements sur le droit de la sécurité sociale française et son régime de retraites, consulter: DUPEYROUX, Jean-Jacques, BORGETTO, Michel et LAFORE, Robert, *Droit de la sécurité sociale*, 18^{ème} éd., Dalloz, 2015; EWALD, François, *L'État-providence*, Grasset, 1986, p. 261; PRÉTOT, Xavier, «Les bases constitutionnelles du droit social», *Dr. soc.*, 1991, p. 187; NETTER, Francis, *La sécurité sociale et ses principes*, Dalloz, 2005, p. 16; DURAND, Paul, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, [reproduction en fac-similé de 1953], 2005, p. 193; KESSLER, Francis, *Droit de la protection sociale*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2014; MORVAN, Patrick, *Droit de la protection sociale*, 7^{ème} éd., LexisNexis, 2015.

l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Nous pouvons noter dès lors l'importance de cet encadrement constitutionnel. Cela n'empêche pas que le Conseil constitutionnel admette des changements de législation dans un sens moins favorable aux assurés, en repoussant la formulation de la théorie du *cliquet anti-retour* (1), ainsi que la notion de prestation de retraite comme étant un *droit de propriété* (2).

1. LE PRINCIPE DE LA SOLIDARITÉ NATIONALE ET DE L'INTANGIBILITÉ DES DROITS: UNE NON-RÉGRESSION DES DROITS À PARTIR D'UNE RÉFLEXION SUR LA JURISPRUDENCE DU CLIQUET

La législation sur le système de retraites peut subir des changements qui contiennent, par exemple, des conditions plus strictes pour l'éligibilité à une prestation ou une augmentation du taux de cotisation sociale. À travers *la décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987*, le Conseil constitutionnel a reconnu la possibilité au législateur de subordonner à une durée de résidence en France aux fins de recevoir une prestation sociale, à condition que cette condition ne mette pas en cause le «droit de chacun à des moyens convenables d'existence». Toutefois, les *Sages* ont tranché qu'il est totalement admis que le législateur vienne établir d'autres conditions supplémentaires à la prestation, *même plus restrictives*, sans que cela soit qualifié comme un fait qui méconnaisse l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. Le considérant 17 a ainsi établi «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, les modalités de leur mise en œuvre; qu'il suit de là qu'il appartient au pouvoir réglementaire, dans chacun des cas prévus à l'article 4 de la loi, de fixer la durée de la condition de résidence de façon à ne pas aboutir à mettre en cause les dispositions précitées du Préambule et en tenant compte à cet effet des diverses prestations d'assistance dont sont susceptibles de bénéficier les intéressés; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution»².

Même plus restrictives ou avec des conditions d'éligibilité moins favorables, c'est au législateur d'opérer cette pondération entre l'intérêt public et l'existence de droits acquis, dont cette altération ne serait pas admise en cas d'atteinte portée à l'exercice d'un droit ou d'une liberté ayant valeur constitutionnelle³. Sur la question relative au

² Cf. *Cons. const.*, décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987.

«[...] 12. Considérant que l'article 4 de la loi a pour objet d'introduire une condition de durée minimale de résidence sur le territoire français, dans des conditions fixées par décret, pour l'attribution de l'allocation spéciale prévue par les articles L. 814-1 et suivants du code de la sécurité sociale, de l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité régie par les articles L. 815-1 et suivants de ce code et de l'allocation aux adultes handicapés visée par les articles L. 821-1 et suivants du code précité;
[...] 18. Considérant que sous les réserves ci-dessus énoncées l'article 4 de la loi n'est pas contraire à la Constitution;».

³ «A. La protection limitée des droits acquis

La faiblesse de la protection constitutionnelle des droits acquis est révélée par la reconnaissance de la prévalence de la mutabilité législative: 'le législateur ne peut lui-même se lier [et] une loi peut toujours et sans condition, fût-ce implicitement, abroger ou modifier une loi antérieure ou y déroger'. Une exception générale à cette possibilité existe

principe de l'intangibilité des droits à retraite liquidés, le Conseil s'est déjà manifesté en estimant qu'aucune règle ni aucun principe constitutionnel ne le garantissait⁴, ce qui accorde au pouvoir public une très large marge d'appréciation⁵.

De ce fait, dans sa décision du 9 novembre 2010, le Conseil constitutionnel a décidé que l'exigence constitutionnelle résultant du onzième alinéa du Préambule de 1946 implique la mise en œuvre d'une *politique de solidarité nationale* en faveur des

*cependant: une loi ne peut en abroger une autre 'si cette abrogation [a] pour effet de porter atteinte à l'exercice d'un droit ou d'une liberté ayant valeur constitutionnelle'. Cette exception n'en est pas réellement une, car l'interdiction de porter atteinte à une exigence constitutionnelle pèse toujours sur le législateur, que ce soit ou non à l'occasion de l'abrogation ou de la modification d'une loi antérieure. Quoi qu'il en soit, les lois qui en modifient ou en abrogent d'autres sont considérées comme poursuivant un intérêt général actualisé, qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'apprécier, et la pérennité des lois antérieures ne saurait de ce fait leur être opposée ». VALEMBOIS, Anne-Laure, «La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français», *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17, mars 2005. Disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-17/la-constitutionnalisation-de-l-exigence-de-securite-juridique-en-droit-francais.51965.html>. Accès le 14/04/2015.*

⁴ Cf. *Cons. const.*, décision n° 94-348 DC du 03 août 1994. Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes.

« [...] 4. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux 'du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale'; qu'il est loisible au législateur, dans le domaine de compétence qui est le sien, de modifier, compléter ou abroger des dispositions antérieures; qu'il lui incombe seulement de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels; [...]

13. *Considérant que les sénateurs, auteurs de la saisine, soutiennent qu'en ne rendant obligatoire que la constitution de provisions correspondant aux engagements nés après l'intervention de la loi, celle-ci méconnaît 'le principe de l'intangibilité des droits à retraite liquidés'; qu'ils affirment aussi que le principe d'égalité est méconnu à l'encontre de certains salariés faute pour eux de bénéficier de la qualité de créancier privilégié lorsque leurs droits sont garantis au bilan de l'entreprise; qu'enfin, ils font valoir qu'est également contraire au principe d'égalité le dernier alinéa de l'article L. 941-2 dès lors qu'il exonère totalement certaines institutions de retraite de l'obligation de garantir leurs engagements;*

14. Considérant en premier lieu qu'aucune règle ni aucun principe constitutionnel ne garantit 'l'intangibilité des droits à retraite liquidés'; que par suite ce grief ne saurait qu'être écarté; [...]

⁵ Le législateur a par exemple changé les conditions pour l'ouverture des droits sans être censuré par le Conseil constitutionnel: «[...] 127. Considérant d'autre part que le législateur a subordonné le bénéfice des autres formes d'aide sociale à la régularité du séjour des personnes concernées; que toutefois il a confié au ministre chargé de l'action sociale la responsabilité de déroger à cette règle générale ainsi qu'à la condition de résidence prévue s'agissant de l'aide médicale à domicile pour tenir compte de circonstances exceptionnelles; que cette disposition doit être entendue comme destinée à assurer la mise en œuvre effective des principes énoncés par les dispositions précitées du Préambule de la Constitution de 1946; que sous cette réserve d'interprétation, les dispositions contestées ne sont pas contraires à la Constitution; [...]». *Cons. const.*, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993. Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

travailleurs retraités⁶. Toutefois, il est possible pour le législateur, afin de satisfaire cette exigence, de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées. En particulier, il lui est à tout moment loisible, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. Il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité⁷. Cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel⁸.

Dans une autre décision, le Conseil constitutionnel a tranché que l'exigence constitutionnelle résultant du onzième alinéa du Préambule de 1946 implique également la mise en œuvre d'une politique de *solidarité nationale* en faveur des travailleurs retraités. Il appartient au législateur de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées. En instaurant un régime de retraite anticipée pour les professionnels libéraux reconnus inaptes au travail en conformité à l'article L 643-5 du CSS, le législateur a mis en œuvre, sans le méconnaître, les exigences constitutionnelles précitées du onzième alinéa du Préambule de 1946⁹.

⁶ Consulter, PRÉTOT, Xavier, «L'alinéa 11 du Préambule», in COGNAC, Gérard, PRÉTOT, Xavier, TEBOUL, Gérard, (dir.), *Le préambule de la constitution du 27 octobre 1946*, Dalloz, 2001, p. 261.

⁷ «9. Considérant qu'en adoptant la loi déferée, le législateur a voulu préserver le système de retraite par répartition, confronté à d'importantes difficultés de financement; qu'il a notamment tenu compte de l'allongement de l'espérance de vie; qu'au nombre des mesures qu'il a prises figure le report à soixante-deux ans de l'âge légal de départ à la retraite, applicable, de façon progressive jusqu'en 2018, tant aux salariés du secteur public qu'à ceux du secteur privé; qu'il a prévu ou maintenu des possibilités de retraite anticipée au bénéfice des personnes ayant eu des carrières longues, de celles ayant un taux d'incapacité de travail fixé par voie réglementaire, de celles exposées à des 'facteurs de pénibilité' et atteintes d'incapacité permanente, des travailleurs handicapés ou des personnes exposées à l'amiante; que, ce faisant, il a pris des mesures qui visent à garantir la sécurité des vieux travailleurs conformément au Préambule de 1946; que ces mesures ne sont pas inappropriées à l'objectif qu'il s'est fixé; [...]» *Cons. const.*, 2010-617 DC, 9 novembre 2010, JORF du 10 novembre 2010, p. 20056, texte n° 2, Rec. p. 310. Dans le même sens, *Cons. const.*, 2011-123 QPC, 29 avril 2011, Journal officiel du 30 avril 2011, p. 7536.

⁸ «En dépit de l'obligation jurisprudentielle du Parlement de ne pas priver des exigences constitutionnelles de garanties légales, le Conseil constitutionnel admet clairement la possibilité, pour le législateur, de supprimer une garantie légale sans pour autant y substituer une autre. La canalisation de l'action du pouvoir législatif permet donc une relative régression. Il suffit pour cela que l'exercice du pouvoir législatif n'aboutisse pas à priver de garanties légales les principes ou les exigences constitutionnelles. Dans la stricte limite de ne pas priver les exigences constitutionnelles de telles garanties, la loi peut mettre fin à une disposition ou une mesure législative sans faire l'objet d'une censure de la part du juge». MOLLION, Grégory, «Les garanties légales des exigences constitutionnelles», *RFD const.*, n° 62, 2005, p. 262.

⁹ *Cons. const.*, 2011-170 QPC, 23 septembre 2011, Journal officiel du 24 septembre 2011, p. 16017, texte n° 78, cons. 4 et 6.

Dans sa décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003 portant sur la *réforme des retraites*, loi du 21 août 2003, le Conseil constitutionnel a maintenu cette jurisprudence qui a mis en évidence l'intérêt de la solidarité nationale conjointement à la possibilité de mutabilité des droits sociaux par convenance et opportunité du législateur: «[...] 7. Considérant que l'exigence constitutionnelle résultant des dispositions précitées implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités; qu'il est cependant possible au législateur, pour satisfaire à cette exigence, de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées; qu'en particulier, il lui est à tout moment loisible, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel; 8. Considérant que, du point de vue de son économie générale, la loi déférée a mis en œuvre l'exigence constitutionnelle précitée sans la priver de garanties légales; 9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief doit être rejeté; [...]»¹⁰.

On retiendra pourtant que le Conseil constitutionnel a admis la possibilité de changer les critères des prestations de retraite, même si ces changements sont moins favorables. Ce positionnement peut être vu comme un contrepoids à la jurisprudence de plusieurs cours constitutionnelles étrangères désignée sous le nom «d'obligation de non régression des droits sociaux». En France nous aurions la jurisprudence du « cliquet *anti-retour* », laquelle a été introduite par la décision du Conseil constitutionnel 84-181 DC, 10 octobre 1984. Cette jurisprudence prétendrait établir que des dispositions législatives qui reviendraient sur des droits reconnus dans une loi déjà existante seraient censurées par les gardiens de la Constitution si les conditions prévues ne n'étaient pas maintenues. Ainsi, une nouvelle législation pourrait être seulement valide si elle est apte à rendre plus effectif un droit, évitant ainsi les régressions d'une garantie précédemment consacrée. Ce même Conseil, par contre, en 1986, a changé sa position permettant au législateur de faire des changements qui pourraient être qualifiés comme en mouvement descendant, soit «moins favorable», avec la remarque que «l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel»¹¹.

¹⁰ *Cons. const.*, décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003. Loi portant réforme des retraites.

¹¹ [...] 2. Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel; [...]. Cf. *Cons. const.* 86-210 DC, 29 juillet 1986, Rec. p. 110. Voir aussi *Cons. const.* 2009-577 DC, 3 mars 2009,

Le Conseil constitutionnel a déjà autorisé à plusieurs reprises des changements et réformes considérables dans le système de protection français¹². Cela met en évidence le relativisme d'une argumentation pure et simple d'un soi-disant *droit social acquis* à tel ou tel régime juridique de protection. Cependant, nous pensons qu'en considération de l'actuel contentieux constitutionnel, une reformulation de la théorie sur l'existence d'une «obligation de non-régression» des droits sociaux à partir des jurisprudences *Encliquetage* ou *standstill* du droit belge¹³ ou même une relecture de la jurisprudence *cliquet* dans le droit français, ne seraient pas totalement exclus à l'avenir¹⁴. Ce raisonnement serait fondé sur la théorie du «non-retour» lié à la formulation d'un «contenu minimal» ou «essentiel» pour la jouissance de droits constitutionnellement prévus.

Bien que la Haute Cour ait déjà jugée de façon contraire dans sa décision n° 385 DC du 30 décembre 1996¹⁵, nous sommes d'avis que ne pourrait être totalement écartée

JO 7 mars 2009, p. 4336 et Cons. const. 2009-588 DC, 6 août 2009, JO 11 août 2009, p. 13319.

¹² «L'instabilité est de l'essence même des systèmes de Sécurité sociale», conforme DUPEYROUX, Jean-Jacques, «Le plan Juppé», *Dr. soc.*, 1996, p. 753.

¹³ HAUMONT, Francis, «Le droit constitutionnel belge à la protection d'un environnement sain État de la jurisprudence», *Revue juridique de l'environnement*, n° Extra 1, 2005. p. 41-52. V. décision de la Cour constitutionnelle belge: Arrêt 5/2004 R.G. 2618. Obligation de *Standstill* déduite de l'article 23 alinéa 3, 2° et 4° de la constitution belge en matière d'aide sociale. Consulter également les arrêts n° 169/2002, 5/2004 et n° 123/2006 de la Cour d'arbitrage belge; HACHEZ, Isabelle, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*. Bruylant, Athènes, Sakkoulas, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.

¹⁴ « Cet aspect de la conception des libertés est moins développé chez le juge constitutionnel français mais il existe à travers la jurisprudence dite de l'«effet cliquet». Le Conseil constitutionnel considère le législateur ne saurait modifier ou abroger des dispositions législatives touchant une liberté comme la liberté de communication qu'«en vue d'en rendre l'exercice plus effectif»). Il ne s'agit pas à proprement parler d'une obligation positive mais c'est une forme d'action positive en faveur d'une protection de la liberté. Ce souci de faire prévaloir certaines libertés se traduit aussi dans la création de la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle sans que celle-ci ne crée une véritable obligation à la charge du législateur. Significative à cet égard est la consécration comme objectif de valeur constitutionnelle de «la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent» ». ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, «La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme», *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32 (*Dossier: Convention européenne des droits de l'homme*), juillet 2011. Disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-32/la-conception-des-libertes-par-le-conseil-constitutionnel-et-par-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme.99053.html>. Accès le 25/02/2014.

¹⁵ «14. Considérant qu'ils allèguent également que la «spoliation organisée par le législateur» constituerait une violation d'une part du principe de liberté contractuelle, qui protégerait les partenaires sociaux contre toute remise en cause de leur capacité de négociation, et d'autre part d'un principe de «confiance légitime», dès lors que serait remis en cause par un prélèvement brutal de 40 % l'équilibre d'un système géré depuis longtemps avec l'accord des pouvoirs publics; [...]

une nouvelle appréciation, au niveau d'une *Question prioritaire de constitutionnalité* – QPC, par exemple, de partir d'une (re)lecture du *principe de confiance légitime* lequel est présent dans la jurisprudence du *droit allemand* et utilisé également par la CJUE¹⁶. Ce principe porte, pour l'essentiel, que dans le cas où le législateur supprime tel ou tel élément de l'ordre juridique, il doit au moins prévoir des conditions d'accompagnement ou des mesures transitoires en faveur des personnes qui ont naturellement une *espérance légitimement fondée*. Cela serait commun en matière de retraites comme le cas d'un assuré qui entre jeune dans un régime étatique et obligatoire de retraites et après des années de cotisations et d'affiliation, alors qu'il n'a pas encore rempli toutes les conditions pour la prestation, le Parlement approuve une loi qui prolonge la période d'assurance ou augmente l'âge pour le droit à liquidation des prestations. Il n'existerait pas un droit acquis à proprement parler, mais une espèce de *droit cumulé* et, dans ce « contrat social » existant entre générations, le maintien d'un pacte de confiance est essentiel pour stabiliser les relations sociales et assurer la sécurité juridique nécessaire¹⁷.

18. Considérant que, dès lors que le prélèvement contesté n'a pas davantage pour effet de porter atteinte à la capacité de négociation des partenaires sociaux, il ne méconnaît pas la liberté contractuelle et que par suite le moyen manque en fait; *qu'aucune norme constitutionnelle ne garantit un principe dit 'de confiance légitime'; [...]*. *Cons. const.*, décision n° 96-385 DC du 30 décembre 1996. Loi de finances pour 1997.

¹⁶ «En France, l'expression 'droit à' n'a évidemment pas un sens aussi fort. Elle ne désigne pas un droit individuel mais un droit collectif. Si elle est 'justiciable', c'est au niveau de la norme, d'où l'expression de 'justiciabilité normative'. *Cela signifie que si un État ou la Communauté européenne a reconnu un 'droit au logement', c'est-à-dire en pratique un droit à l'aide au logement, l'autorité qui l'a accordée ne peut plus le retirer ni même le réduire. C'est en somme une 'clause de non régression'. En cas de régression, ceux qui en sont victimes peuvent s'en plaindre devant le juge des normes, qu'il s'agisse d'une juridiction constitutionnelle ou internationale. J'avais choisi l'exemple suivant: si la Commission décidait de réduire ou de supprimer certaines formes d'aide au logement social, au nom de la concurrence, cette mesure pourrait être censurée par la Cour de justice des Communautés européennes comme contraire au droit à une aide au logement reconnue par l'article 34.3 de la Charte. Cette disposition est strictement encadrée: 'Afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à ceux qui ne disposent pas de revenus suffisants, selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales'». BRAIBANT, Guy, «L'environnement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 15 (Dossier: Constitution et environnement), janvier 2004. Disponible sur: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-15/l-environnement-dans-la-charte-des-droits-fondamentaux-de-l-union-europeenne.52002.html>. Accès le 25/02/2014.*

¹⁷ «Il nous paraît donc plus prudent de ne pas opérer un tel choix, et de nous en tenir à la réserve manifestée jusqu'à présent par les juges français face à la pression des requérants. Il nous semblerait tout au plus possible d'envisager que, ponctuellement, les acteurs du droit positif français tiennent compte explicitement –s'agissant, par exemple, des questions relatives aux droits fondamentaux, à la responsabilité, à la rétroactivité, aux mesures transitoires, ou aux droits acquis–, notamment dans le cadre du 'principe' de proportionnalité –qui mériterait peut-être une consécration digne de son importance pratique–, des 'intérêts privés de confiance' des personnes. Cela paraîtrait d'autant plus faisable que [...] derrière la défense des droits acquis et du principe de la non-rétroactivité,

De toute façon, à l'aune de la parcimonie et de l'encadrement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel aujourd'hui, cette «révolution» jurisprudentielle devra attendre un peu plus de temps pour revenir. Il appartient au législateur de choisir les critères d'un potentiel changement. L'argumentation d'une non-régression sociale seulement pourrait être retenue actuellement en cas d'abrogation totale d'un régime ou d'une prestation essentielle comme des prestations de retraite, mais cela à condition de vérifier quels sont les principes et valeurs constitutionnels en jeu, spécialement les valeurs d'ordre public et d'intérêt public.

Avec la mise en place du contrôle de constitutionnalité a posteriori par le biais de la Question prioritaire de constitutionnalité – QPC, un nouveau visage pourrait et peut encore être donné à la jurisprudence constitutionnelle française en matière de non-régression des droits sociaux. Sur *l'effet cliquet*, cela a déjà été tenté d'être fait à plus de dix reprises en saisissant le Conseil constitutionnel¹⁸. Toutefois, les membres du Conseil restent très attachés à la jurisprudence actuellement applicable. La question est de savoir alors s'il faut arriver à une situation extrême comme en Grèce où les retraites ont été coupées à hauteur de 40% pour que le Conseil constitutionnel français se prononce de manière claire sur le principe de non-régression en matière de droits sociaux. Nous ne pouvons pas oublier que le raisonnement «la France est une République sociale», (article premier de la Constitution de 1958 «La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale») n'a jamais connu de véritable portée pour permettre de déclarer une loi comme non-conforme au texte constitutionnel¹⁹.

Il faut reconnaître en effet que le Conseil constitutionnel admet présentement que le législateur a la prérogative de poser des conditions plus restrictives à l'octroi d'une prestation sociale. Il est également libre de réduire la protection en amont accordée aux droits sociaux constitutionnels sous réserve, toutefois, de ne pas les priver de toute garantie légale. La doctrine parlerait dans ce cas alors d'«*effet de seuil*» du fait que le législateur ne pourrait descendre en dessous d'un certain seuil de protection²⁰. À notre

se trouve, à l'état latent, le souci humain et très justifié de la sécurité individuelle'. 'La considération, pour ne pas dire la conviction, qu'il est nécessaire de concilier les prérogatives de l'administration avec les droits et intérêts des administrés est trop naturelle pour être une innovation. Elle apparaît dans les termes mêmes de l'arrêt [Blanco] fondateur du droit administratif. Mais elle est, à notre époque, beaucoup plus présente et ne cesse de se traduire par de notables renforcements des droits et garanties des administrés' ». CALMES, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2001, p. 662/63.

¹⁸ BOYER-CAPELLE, Caroline, «L'effet cliquet à l'épreuve de la question prioritaire de Constitutionnalité», *AJDA*, 2011, n° 30, p. 1718/172.

¹⁹ En faveur d'une interprétation plus extensive de *l'effet cliquet*, consulter également BORGETTO, Michel et LAFORE, Robert, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2009, p. 56 et ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2008, p. 436. En considérant cette jurisprudence *cliquet* seulement pour fins de droits-libertés, voir PRÉTOT, Xavier, «Les bases constitutionnelles du droit social», *Dr. soc.*, 1991, p. 187.

²⁰ MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 497/98.

avis, ce concept, si proche de *l'effet cliquet*, serait cependant un «*effet cliquet souple*», qui n'a pas le même potentiel anti-retour²¹.

Une autre position de la doctrine qui nous semble être abordable et qui remettrait à ces deux principes, *de non-retour et de respect d'un seuil*, est soutenu par le professeur Michel Borgetto²² pour qui certains droits sociaux qualifiés de *services publics constitutionnels*, dont la protection sociale ferait partie, ne pourraient être supprimés «sans qu'intervienne au préalable une révision corrélative de la Constitution»²³. Cette position peut être confirmée à partir d'un raisonnement du propre préambule de la Constitution française²⁴, dont la source protectrice des droits sociaux est évidente, de manière qu'il «ne fait guère de doute qu'une loi qui se proposerait de supprimer un service public constitutionnel s'exposerait au risque d'être considérée par ce juge comme étant non conforme au texte suprême»²⁵.

Il nous semble alors que dans le champ du contentieux constitutionnel, la théorie de non-régression des droits sociaux ne serait pas totalement épuisée et elle peut et doit d'une certaine façon être renouvelée désormais. Le caractère dynamique des droits sociaux, ajouté à des futures réformes qui seront certainement envisagées par le législateur, devra toujours faire l'objet d'une attention certaine de la part du juge dans le but de la défense d'une France indivisible, laïque, démocratique et sociale²⁶. Dans

²¹ «Peuvent toutefois être considérées, à certains égards, comme des tempéraments au principe de mutabilité législative les jurisprudences dites du 'cliquet' et du 'seuil'. La première, qui a été abandonnée, interdisait toute régression au niveau des garanties légales données aux sujets de droit concernant leurs libertés publiques, voire imposait un exercice plus effectif de ces libertés grâce à la loi. La seconde implique plus modestement que le législateur ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles». VALEMBOSIS, Anne-Laure, «La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français», *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17*, mars 2005. Disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-17/la-constitutionnalisation-de-l-exigence-de-securite-juridique-en-droit-francais.51965.html>. Accès en 14/04/2015.

²² BORGETTO, Michel, «La notion de service public constitutionnel face au droit de la protection sociale», in *Mél. Jean-François Lachaume. Le droit administratif: permanences et convergences*, Dalloz, 2007, p. 98.

²³ DUPEYROUX, Jean-Jacques, BORGETTO, Michel, et LAFORE, Robert, *Droit de la sécurité sociale*, 18^{ème} éd., Dalloz, 2015, p. 352.

²⁴ V. *Cons. const.*, décision n° 86-207 DC des 25-26 juin 1986, Rec. 61; v. aussi décision n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, Rec. 141 et décision n° 88-232 DC du 7 janv. 1988, Rec. 17.

²⁵ DUPEYROUX, Jean-Jacques, BORGETTO, Michel, et LAFORE, Robert, *op. cit.*, p. 352.

²⁶ «Ce type de raisonnement qui permet au législateur, au nom de principes sociaux ayant une valeur constitutionnelle (droit à la santé, droit à l'emploi, droit au logement) de porter atteinte aux libertés fondamentales constitue une très grande originalité des pays européens vis-à-vis des pays anglo-saxons. Jouant une fonction essentielle dans la jurisprudence des Cours constitutionnelles européennes, ce type de raisonnement totalement étranger, par exemple, à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, traduit un équilibre très différent entre l'intervention de l'État et la protection des libertés. Ce conflit, ou en tout cas cette tension permanente entre les droits-créances et les droits-libertés est au cœur du modèle social européen». DUTHEILLET de LAMOTHE, Olivier, «Les normes constitutionnelles en matière sociale», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, octobre

l'optique constitutionnelle, le juge aborde également la question du droit aux prestations de retraite par le prisme du droit de propriété.

2. LE DROIT À LA PRESTATION DE RETRAITE ET LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

À la différence de la jurisprudence de la Cour suprême allemande et de la Cour EDH²⁷, le Conseil constitutionnel maintient son avis dans le sens que les prestations de retraite n'ont pas de nature juridique de bien, et donc n'est pas qualifiée comme une propriété dans la conception privatiste du terme²⁸. Cette jurisprudence a comme base la *décision du 16 janvier 1986, n° 85-200 DC*, sur la loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité²⁹. Les sénateurs et députés auteurs du contrôle de constitutionnalité préalable (*a priori*) estimaient que cette loi

2010. Disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/les-normes-constitutionnelles-en-matiere-sociale.52733.html>. Accès en 18/01/2015.

²⁷ «[...] l'article 1^{er} du Protocole n° 1 ne comporte pas un droit à acquérir des biens. Il ne limite en rien la liberté qu'ont les États contractants de décider s'il convient ou non de mettre en place un quelconque régime de sécurité sociale ou de choisir le type ou le niveau des prestations devant être accordées au titre de pareil régime. Dès lors qu'un État contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale –que l'octroi de cette prestation dépende ou non du versement préalable de cotisations–, cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1er du Protocole n° 1 pour les personnes remplissant ces conditions». CEDH, *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], (déc.) n° 65731/01 et 65900/01, par. 53; *Rasmussen c. Pologne*, n° 38886/05, arrêt du 28 avril 2009, par. 71.

²⁸ «La conception extensive de la protection constitutionnelle du droit de propriété n'est toutefois pas sans limite. Le Conseil a ainsi, à plusieurs reprises, refusé de reconnaître le caractère de droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789. Il en est allé ainsi:

- des autorisations d'exploiter des services de transport publics de personnes;
- de certains droits à pension de retraite;
- du monopole des officiers ministériels qu'il s'agisse des courtiers interprètes et conducteurs de navires ou des avoués, l'indemnisation de la perte du droit de présentation du successeur s'analysant à l'aune du principe d'égalité devant les charges publiques garanti par l'article 13 de la Déclaration de 1789 et non de son article ». de MONTGOLFIER, Jean-François, «Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées», *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 (Dossier: le droit des biens et des obligations)*, mars 2011. Disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-31/conseil-constitutionnel-et-la-propriete-privée-des-personnes-privées.96753.html>. Accès en 17/04/2015.

²⁹ «S'il s'agit de désigner la première décision qui s'est référée formellement à l'idée de solidarité, il convient de citer la décision n° 85-200 DC du 16 janvier 1986: le juge ayant alors considéré, dans la mesure où il revenait au législateur 'd'organiser la solidarité entre personnes en activité, personnes sans emploi et retraités et de maintenir l'équilibre financier permettant à l'ensemble des institutions de sécurité sociale de remplir leur rôle', que rien ne s'opposait à ce que les règles régissant les régimes de vieillesse aient «pour objet de permettre une contribution au financement de régimes défavorisés par la situation économique ou sociale». BORGETTO, Michel, *La Fraternité*, ACCPUF éd., 2004, p. 286.

obligeait les retraités à se priver de leur prestation de retraite. Ainsi, ils auraient dû alors recevoir une indemnisation selon l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³⁰ (privation du droit de propriété à condition d'une indemnité juste et préalable) et une autre indemnité provoquée par la suppression d'un droit acquis. Les *Sages* ont rejeté les arguments sur l'analogie existante entre les prestations de retraite de base et le droit de propriété. Les considérants suivants démontrent cet aspect pour déclarer la loi conforme à la Constitution: «2. Considérant que, selon les auteurs des saisines, ces dispositions méconnaissent le droit au travail garanti par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et le droit de propriété dont la privation doit, en vertu de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, être assortie d'une juste et préalable indemnité; que les sénateurs auteurs de l'une des saisines estiment, en outre, qu'elles portent atteinte au principe d'égalité et à la liberté d'entreprendre; [...] 5. Considérant que les députés auteurs d'une saisine soutiennent que la loi, en obligeant certains retraités à renoncer momentanément à percevoir leur pension pour éviter les charges excessives de la contribution de solidarité, aboutit à les priver de leur retraite; qu'ils estiment que la pension de retraite est une rente viagère, constituée à titre onéreux, et que la loi ne saurait, sans méconnaître les garanties constitutionnelles du droit de propriété énoncées par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, priver les retraités du paiement de leur pension sans juste et préalable indemnité;». Toutefois, aux yeux du Conseil constitutionnel, les droits à pension ne peuvent pas être «civilisés» et ne font pas l'objet du droit de propriété³¹.

Nonobstant cette jurisprudence, la Cour de cassation, quelques années après, est venue trancher l'affaire *Consorts X c/ Procureur général auprès de la cour d'appel de Basse-Terre* et a donné un avis différent de celui des membres du Conseil Constitutionnel en considérant les prestations sociales comme une catégorie des biens, conformément à la jurisprudence de la Cour EDH³². Le Conseil d'État également a déjà rendu des arrêts en qualifiant les prestations sociales de biens, à l'exemple de la décision prise en 27 mars 1997, *Département de la Saône-et-Loire et Centre communal d'action sociale de La Rochelle*, laquelle s'est appuyée sur le caractère civil du droit à l'aide sociale³³. Nous constatons aussi que le Conseil d'État dans l'arrêt du 5 mars 1999, *M.*

³⁰ «Art. 17. La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité».

³¹ PRÉTOT, Xavier, «La protection sociale est-elle soluble dans le droit de propriété?», in ALFANDARI, Elie (Mél.), *Drôle(s) de droit(s)*, Dalloz, 2000, p. 163; COURSIER, Philippe, «La révision d'un accord de retraite supplémentaire et ses conséquences», *Dr. soc.*, 2002, p. 874.

³² *Cass. civ.* 3, 1997-02-04, 95-10639, inédit. Pour plus renseignements, consulter MICHELET, Karine, «La conception européenne du droit à des prestations sociales et la jurisprudence administrative», *Dr. soc.*, 2002, p. 760.

³³ «[...] Considérant que la décision attaquée, par laquelle la commission centrale d'aide sociale, saisie par la voie de l'appel, a statué sur le refus de prise en charge des repas de Mlle X... au foyer-restaurant pour personnes âgées géré par le centre communal d'action sociale de la Rochelle, a le caractère d'une décision juridictionnelle qui, relative à une prestation d'aide sociale, tranche une contestation sur des droits et obligations de caractère civil au sens des stipulations précitées de la convention européenne de sauvegarde des droits

Rouquette et Mme Lipietz et autres, les arguments des demandeurs ont été déboutés, retenant ainsi la nature civile de ces prestations³⁴. Le Conseil d'État a rendu une autre décision importante à l'occasion d'arrêt «*Diop*» du 30 novembre 2001 par lequel a été reconnu le caractère discriminatoire du «gel» des pensions versées aux fonctionnaires civils et militaires des ressortissants des ex-colonies françaises. Par cet arrêt la Haute juridiction a validé la décision de la cour administrative d'appel de Paris du 7 juillet 1999 dans le sens que les pensions civiles et militaires «constituent des créances qui doivent être regardées comme des biens au sens de l'article 1er du premier Protocole additionnel à la CEDH» compte tenu du fait qu'il s'agit «des allocations pécuniaires, personnelles et viagères auxquelles donnent droit les services accomplis par les agents publics [...] jusqu'à la cessation régulière de leurs fonctions»³⁵.

Tout compte fait, la jurisprudence du Conseil constitutionnel serait-elle contraire à celle de la Cour EDH qui a appliqué la notion de bien aux prestations sociales à partir

de l'homme et des libertés fondamentales; [...] ». CE, Section, du 27 mars 1998, 161659, publié au recueil Lebon.

³⁴ « [...] Considérant qu'aux termes de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: 'La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur (...) la fortune'; qu'aux termes de l'article premier du premier protocole additionnel à la convention: 'Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens;

Considérant que le législateur, en subordonnant à une condition de ressources le bénéfice des allocations familiales, a entendu maintenir l'équilibre financier de la branche famille de la sécurité sociale, qui est un objectif d'utilité publique, et s'est fondé sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi; que, dès lors, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que les dispositions de l'article L. 521-1 du code de la sécurité sociale porteraient une atteinte disproportionnée au droit au respect de leurs biens ou méconnaîtraient le principe de non-discrimination dans le droit au respect des biens qui résulte des stipulations combinées de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article premier du premier protocole additionnel à la convention; [...] ». CE, Assemblée, du 5 mars 1999, 194658 et 196116, publié au recueil Lebon.

³⁵ « [...] Considérant [...] qu'en vertu des stipulations de l'article 1er du 1er protocole additionnel à cette convention: 'Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes'.

Considérant qu'en vertu de l'article L. 1 du code des pensions civiles et militaires de retraite, dans sa rédaction issue de la loi du 20 septembre 1948, applicable en l'espèce, les pensions sont des allocations pécuniaires, personnelles et viagères auxquelles donnent droit les services accomplis par les agents publics énumérés par cet article, jusqu'à la cessation régulière de leurs fonctions; que, dès lors, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que ces pensions constituent des créances qui doivent être regardées comme des biens au sens de l'article 1er, précité, du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; [...] ». *Conseil d'État*, Assemblée, du 30 novembre 2001, 212179, publié au recueil Lebon.

de la lecture de l'article 1^{er} du protocole 1^{er} de la CEDH³⁶? À notre avis, en principe, non, car que la Cour de Strasbourg précise bien que la Convention ne consacre aucun droit intrinsèque à percevoir la moindre prestation de sécurité sociale, en même temps que dans le cas de la reconnaissance comme un bien ce droit ne saurait pas être interprété comme conférant au bénéficiaire le droit de percevoir une pension d'un montant particulier (même si une réduction substantielle pouvait être considérée comme affectant l'essence même du droit), ce qui autorise les États à modifier les montants versés dans le cadre de sa politique économique³⁷.

Ce positionnement peut être représenté, par exemple, par l'arrêt *Koufaki et Adedy / Grèce* du 7 mai 2013 où la Cour EDH a conclu par la non violation du droit à la propriété de l'article 1^{er} du Protocole n° 1^{er} de la CEDH en décidant que «les États partis à la CEDH jouissent d'une ample marge d'appréciation quant à la détermination de leur politique sociale et économique puisque leurs autorités se trouvent mieux placées qu'un tribunal international pour choisir les moyens appropriés et pour fixer les priorités quant à l'affectation des ressources limitées de l'État. Ainsi, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du législateur national. Étant donné que les priorités susmentionnées tombent sous la notion de 'l'utilité publique', visée à l'article 1 du Protocole n° 1, les choix politiques et sociaux des États sont respectés par la Cour EDH sauf s'ils se révèlent manifestement dépourvus de base raisonnable et si les ingérences qu'ils causent ne sont pas proportionnelles au but légitime poursuivi»³⁸. Ainsi, le Conseil constitutionnel français autorise le législateur à

³⁶ *La Cour interaméricaine de droits de l'homme* a fait également cette relation entre le droit à une pension et le droit de propriété, Cf. CIDH, 01 juillet 2009, aff. *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*: «85. En un caso similar al presente, esta Corte declaró una violación del derecho a la propiedad por la afectación patrimonial causada por el incumplimiento de sentencias que pretendían proteger el derecho a una pensión – derecho que había sido adquirido por las víctimas en aquel caso, de conformidad con la normativa interna. En esa sentencia el Tribunal señaló que, desde el momento en que un pensionista paga sus contribuciones a un fondo de pensiones y deja de prestar servicios a la institución concernida para acogerse al régimen de jubilaciones previsto en la ley, adquiere el derecho a que su pensión se rija en los términos y condiciones previstas en dicha ley. Asimismo, declaró que el derecho a la pensión que adquiere dicha persona tiene 'efectos patrimoniales', los cuales están protegidos bajo el artículo 21 de la Convención. Consecuentemente, en aquél caso el Tribunal declaró que al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstos, el Estado violó el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención. [...]»

91. *Por todo lo anteriormente expuesto, la Corte reitera que el Estado violó el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25.1 y 25.2.c de la Convención Americana (supra párr. 79) y también violó el derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 21.1 y 21.2 de dicho instrumento, todo ello en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de las doscientas setenta y tres personas indicadas en el párrafo 113 de la presente Sentencia».*

³⁷ Cf. CEDH, 8 décembre 2005, *Dumanovski c. «l'ex-République yougoslave de Macédoine»*, n° 13898/02; CEDH, *Domalewski c. Pologne* (déc.), n° 34610/97, CEDH 1999-IV.

³⁸ CEDH, 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy / Grèce*, n°s 57657/12 et 57665/12. Par contre, le Comité européenne de droits sociaux –CEDS a déclaré les réformes des retraites grecques

modifier des textes antérieurs ou à abroger ceux-ci en leur substituant d'autres textes pour la réalisation ou pour la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, dans les attentes de l'intérêt public³⁹. Il n'y a alors pas de «conflit» jurisprudentiel entre les deux juridictions⁴⁰.

Malgré ces apports de la jurisprudence permettant de rapprocher certaines prestations sociales de la qualification du droit de propriété, le fait est qu'en France ces prestations «ne revêtent pas le caractère de droits patrimoniaux au sens du droit civil, mais sont de nature statutaire, c'est-à-dire attachées à des institutions et des mécanismes publics»⁴¹. Le caractère du principe de solidarité, très rattaché au régime de retraite

en non-conformité avec la Charte sociale européenne. Cf. CEDS, 7 décembre 2012, IKA-ETAM (*Fédération des Pensionnés Salariés de Grèce*), réclamation n°76/2012. Consulter aussi l'affaire da *Silva Carvalho Rico c. Portugal* (requête n° 13341/14), dont la Cour EDH a déclaré, à l'unanimité, la requête irrecevable. *La requérante invoquait la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 (protection de la propriété) à la Convention européenne des droits de l'homme*, se plaignait de la réduction du montant de sa pension en 2014, alléguant en particulier que la CES (contribution extraordinaire de solidarité) n'était plus une mesure temporaire dès lors qu'elle était appliquée à sa pension depuis 2013. *La Cour de Strasbourg a rappelé que l'article 1 du Protocole n° 1 ne crée pas un droit à acquérir des biens. Il ne garantit donc, en tant que tel, aucun droit à une pension d'un montant donné*. Elle conclut, en effet, que compte tenu des intérêts généraux qui étaient en jeu au Portugal à l'époque considérée (plan d'austérité) et du caractère limité et temporaire de l'application de la CES à la pension, les mesures prises au Portugal étaient proportionnées au but légitime qui consistait à obtenir un redressement économique à moyen terme.

³⁹ « [...] 55. 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 l'exercice de ce pouvoir ne doit cependant pas aboutir à priver de garanties légales des principes de valeur constitutionnelle; [...] ». *Cons. const.*, décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000. Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

« [...] 4. Considérant qu'aux termes du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946: 'La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement'; que, selon son onzième alinéa: 'Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs...';

5. Considérant qu'il incombe au législateur, comme à l'autorité réglementaire, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par ces dispositions, les modalités concrètes de leur mise en œuvre;

6. Considérant, en particulier, qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel; [...] ». *Cons. const.*, décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999. Loi portant création d'une couverture maladie universelle.

⁴⁰ Cf. *Cons. const.*, 2010-617 DC, 9 novembre 2010, JORF du 10 novembre 2010, p. 20056, texte n° 2, Rec. p. 310.

⁴¹ DUPEYROUX, Jean-Jacques, BORGETTO, Michel et LAFORE, Robert, *Droit de la sécurité sociale*, 18^{ème} éd., Dalloz, 2015, p. 351.

*français*⁴², fournit un raisonnement dont la proportionnalité entre ceci et le droit de propriété fait, qu'au moins dans une approche constitutionnelle de la question, la nature institutionnelle statutaire prévaut sur la nature patrimoniale de la prestation ou de la cotisation sociale⁴³.

Les retraites publiques du régime général sont d'ordre légal, statutaire, et ont la solidarité nationale comme fondement essentiel⁴⁴. Ils n'ont pas le contrat comme source de droits et la nature de la prestation ne peut pas être rattachée aux droits de propriété. Nous avons vu que le législateur est porteur d'un large pouvoir pouvant

⁴² La question de la solidarité a un poids et est placée au cœur du régime français. Regardons par exemple, en matière d'assurance chômage, la création d'une *prime transitoire de solidarité* en 2015 pour les demandeurs d'emploi bénéficiaires de l'allocation de solidarité spécifique ou du revenu de solidarité active nés entre le 1er janvier 1954 et le 31 décembre 1955. Cette prime sera versée mensuellement, sous conditions, à ces demandeurs d'emploi ayant *atteint l'âge de 60 ans et qui ont validé le nombre de trimestres requis au titre du régime d'assurance vieillesse pour l'ouverture d'une pension de retraite à taux plein à l'extinction de leur droit à l'allocation d'assurance chômage*. Pour bénéficier de cette prime, les demandeurs doivent bénéficier de l'allocation de solidarité spécifique ou du revenu de solidarité active et avoir été indemnisables au titre de l'allocation d'aide au retour à l'emploi, de l'allocation spécifique de reclassement, de l'allocation de transition professionnelle ou de l'allocation de sécurisation professionnelle au moins un jour entre le 1er janvier 2011 et le 31 décembre 2014. Cf. Décret n° 2015-860 du 15 juillet 2015 - JORF du 16 juillet 2015.

⁴³ «En ce qui concerne l'assurance vieillesse, où jouait néanmoins déjà une logique d'articulation des contributions avec les pensions, et bien que l'ensemble ait été inscrit dans un cadre solidariste, on note au long des réformes des années 2000 une individualisation des systèmes dans lesquels on recherche de plus en plus l'établissement d'un lien entre d'un côté, la carrière professionnelle de chaque assuré et, de l'autre, l'âge de départ et le montant de sa pension.

Au final, qu'elle l'impacte directement en sa qualité de service public ou qu'elle intervienne comme une conséquence de la mise en œuvre des droits sociaux consacrés par le juge constitutionnel, l'égalité dans le champ de la sécurité sociale est au cœur des défis qu'elle affronte depuis une vingtaine d'années: quelles formes pour la ou les solidarités, quel équilibre entre solidarité et responsabilité individuelle, quels modes d'organisation entre le service public et les logiques marchandes?». LAFORE, Robert, «L'égalité en matière de sécurité sociale», *RDSS*, 2013, p. 379.

⁴⁴ «[...] À défaut d'être remplies, l'assuré ne peut obtenir le bénéfice des prestations. S'il en est ainsi, c'est parce que le droit à prestations est, à titre principal, *un droit contributif*: en échange du versement de cotisations, l'assuré social acquiert un droit à prestations qui se réalisera lors de la survenance du risque.

Il est aussi *un droit statutaire*. Les règles du droit de la sécurité sociale qui le mettent en œuvre s'imposent aux bénéficiaires comme aux organismes gestionnaires et aux cotisants. Les conditions d'octroi des prestations étant remplies, l'organisme de sécurité sociale est tenu de verser les prestations correspondantes sans pouvoir d'appréciation (sauf exception). Autrement dit, les assurés se trouvent dans une situation légale et réglementaire à l'égard de la caisse de sécurité sociale, leurs droits et leurs obligations respectives étant déterminés selon les lois et les règlements applicables lors de la demande de prestations. Il en résulte que cette dernière, qui incombe à l'assuré, ne peut se faire que pour les risques dont la loi a organisé la prise en charge et aux conditions qu'elle a fixées. Ainsi, le droit aux prestations est un droit légalement institué. Encore faut-il qu'une loi ait agi en ce sens», CHAUCHARD, Jean-Pierre, «La sécurité sociale et les droits de l'Homme (à propos du droit à la sécurité sociale)», *Dr. soc.*, 1997, p. 48.

réaliser des changements dans la législation sans que la notion de *bien* puisse venir être donnée à la prestation de retraite⁴⁵.

Enfin, Jean Jaurès, en 1895, dans le contexte de la loi sur les retraites ouvrières et paysannes, a prononcé «qu'il n'y avait plus là une organisation de charité, mais comme la reconnaissance du droit»⁴⁶. La retraite passerait donc à être un droit par excellence, subjectivement exigible et saisissable, qui pourrait différencier les propriétaires des non-propriétaires et permettrait ainsi à ces derniers d'accéder à une sorte de *propriété sociale*, conformément au raisonnement de Robert Castel, dont la «reformulation de la question sociale va consister non pas à abolir cette opposition propriétaire-non propriétaire, mais à la redéfinir, c'est-à-dire à juxtaposer à la propriété privée un autre type de propriété, la *propriété sociale*, de sorte que l'on puisse rester en dehors de la propriété privée sans être en manque de sécurité»⁴⁷.

⁴⁵ Plus récemment la Cour constitutionnelle a maintenu sa jurisprudence sur l'inexistence de violation au droit de propriété en matière de droits à pension, cette fois-ci en appréciant une Question prioritaire de constitutionnalité – QPC:

«[...] 2. Considérant que, selon la requérante, en habilitant le pouvoir réglementaire à organiser des régimes spéciaux de sécurité sociale, au nombre desquels celui des mines, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence; qu'en privant de garanties légales le droit à la protection sociale et le droit à la vie privée des personnes affiliées à ces régimes spéciaux ainsi que leur droit de propriété sur les prestations sociales, cette méconnaissance par le législateur de sa compétence affecterait les droits ou les libertés garantis par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789; [...]

4. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution: 'La loi détermine les principes fondamentaux... du droit... De la sécurité sociale'; qu'en vertu du onzième alinéa du Préambule de 1946, la Nation 'garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence'; qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration de 1789: 'Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression' [...]

Toutefois, en l'espèce, la méconnaissance par le législateur de sa compétence ne prive pas de garanties légales les exigences découlant du onzième alinéa du Préambule de 1946. Elle n'affecte par elle-même aucun droit ou liberté que la Constitution garantit. Par suite, le grief tiré de la méconnaissance par le législateur de sa compétence doit être écarté ». Cons. const., 2012-254 QPC, 18 juin 2012, Journal officiel du 19 juin 2012, p. 10179.

⁴⁶ Cf. <http://www.jaures.eu/>.

⁴⁷ CASTEL, Robert, *Les métamorphoses de la question sociale: une chronique du salariat*, coll. Folio, éd. Gallimard, 1999, p. 483/84.

Voir encore du même auteur: «Seconde manière de qualifier cette transformation décisive: les membres de la société salariale ont eu *massivement accès à la propriété sociale* qui représente un homologue de la propriété privée, une *propriété pour la sécurité* désormais mise à la disposition de ceux qui étaient exclus des protections que procure la propriété privée. On pourrait caractériser la propriété sociale comme la production d'équivalents sociaux des protections qui étaient auparavant seulement donnés par la propriété privée. Soit l'exemple de la retraite. En termes de sécurité, le retraité pourra rivaliser avec le rentier assuré par son patrimoine. La retraite apporte ainsi une solution à l'une des manifestations

La thèse de la *propriété sociale* toutefois, pour les privatistes classiques, resterait plus dans une dimension sociologique que dans la sphère du droit. Nous trouvons par contre que face aux éventuelles offensives contre les droits de la retraite, la théorie de la propriété sociale pourrait être un fil conducteur pour un raisonnement alternatif à la notion classique de *bien*. Les retraites publiques françaises, de toute façon, en considérant son caractère légal, non contractuel, ne peuvent pas être synonymes d'un droit de propriété classique.

BIBLIOGRAPHIE

- J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, «La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme», *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32 (Dossier: Convention européenne des droits de l'homme), juillet 2011.
- BORGETTO, Michel, « La notion de service public constitutionnel face au droit de la protection sociale », in *Mél. Jean-François Lachaume. Le droit administratif: permanences et convergences*, Dalloz, 2007, p. 98.
- BORGETTO, Michel et LAFORE, Robert, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2009.
- BORGETTO, Michel, « Égalité et protection sociale », *RDSS*, 2013, p. 377.
- BRAIBANT, Guy, « L'environnement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 15 (Dossier: Constitution et environnement), janvier 2004.
- CALMES, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2001.
- CASTEL, Robert, *Les métamorphoses de la question sociale: une chronique du salariat*, coll. Folio, éd. Gallimard, 1999.
- CASTEL, Robert, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?* Seuil, La république des idées, 2003.
- CHAUCHARD, Jean-Pierre, « La sécurité sociale et les droits de l'Homme (à propos du droit à la sécurité sociale) », *Dr. soc.*, 1997, p. 48.
- DUPEYROUX, Jean-Jacques, BORGETTO, Michel et LAFORE, Robert, *Droit de la sécurité sociale*, 18^{ème} éd., Dalloz, 2015.
- DUTHEILLET de LAMOTHE, Olivier, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, octobre 2010.

les plus tragiques de l'insécurité sociale, la situation du vieux travailleur qui ne pouvait plus travailler et risquait la déchéance totale et le recours obligé à des formes infamantes d'assistance comme l'hospice. Mais la retraite n'est pas une mesure d'assistance, elle est *un droit construit à partir du travail*. Elle est la propriété du travailleur constitué non pas selon la logique du marché, mais à travers la socialisation du salaire: une part du salaire fait retour au bénéficiaire du travailleur (salaire indirect). C'est, pourrait-on dire, une propriété pour la sécurité, qui assure la sécurité du travailleur hors travail», CASTEL, Robert, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Seuil, La république des idées, 2003, p.31/32.

- GAY, Laurence, « L'égalité et la protection sociale dans les premières décisions QPC du Conseil constitutionnel: un bilan mitigé », *RDSS*, 2010, p. 1061.
- HACHEZ, Isabelle, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*. Bruylant, Athènes, Sakkoulas, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.
- HAUMONT, Francis, « Le droit constitutionnel belge à la protection d'un environnement sain État de la jurisprudence », *Revue juridique de l'environnement*, n° Extra 1, 2005. p. 41-52.
- KESSLER, Francis, *Droit de la protection sociale*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2014.
- KESSLER, Francis, « Égalité et protection sociale complémentaire », *RDSS*, 2013, p. 392.
- LAFORE, Robert, « L'égalité en matière de sécurité sociale », *RDSS*, 2013, p. 379.
- LAROQUE, Pierre, « Sécurité sociale et vie publique », *Dr. soc.*, 1960, p. 665.
- MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002.
- MICHELET, Karine, « La conception européenne du droit à des prestations sociales et la jurisprudence administrative », *Dr. soc.*, 2002, p. 760.
- MOLLION, Grégory, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFD const.*, n° 62, 2005, p. 262.
- de MONTGOLFIER, Jean-François, « Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 (Dossier: le droit des biens et des obligations)*, mars 2011.
- PRÉTOT, Xavier, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. soc.*, 1991, p. 187.
- PRÉTOT, Xavier, « La protection sociale est-elle soluble dans le droit de propriété? », in ALFANDARI, Elie (Mél.), *Drôle(s) de droit(s)*, Dalloz, 2000, p. 163.
- PRÉTOT, Xavier, « L'alinéa 11 du Préambule », in COGNAC, Gérard, PRÉTOT, Xavier, TEBOUL, Gérard (dir.), *Le préambule de la constitution du 27 octobre 1946*, Dalloz, 2001, p. 261.
- ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2008.
- VALEMBOIS, Anne-Laure, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17*, mars 2005.