

## **ITR: le sénateur Flosse attaque l'article 63 pour "inconstitutionnalité"**

Dans un courrier de six pages, adressé à "Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres du Conseil Constitutionnel", le sénateur Gaston Flosse, indique en préambule que "Cet article 63 modifie le bénéfice de l'indemnité temporaire octroyée aux fonctionnaires et militaires relevant du code des pensions civiles et militaires de retraite qui établissent leur résidence à la Réunion, à Mayotte, à Saint-Pierre-et-Miquelon, en Nouvelle-Calédonie, à Wallis-et-Futuna et en Polynésie française, c'est-à-dire dans des collectivités territoriales d'outre-mer régies par les articles 73 et 74 de la Constitution. (....) Cependant, la réforme retenue s'est affranchie du respect de certains principes constitutionnels et partant, l'article 63 encourt une déclaration d'inconstitutionnalité"

Et le sénateur Flosse, d'énumérer les points sur lesquels, l'article 63 de la loi de financement de la sécurité sociale, relatif à l'ITR, peut être déclaré contraire au bloc de constitutionnalité. Voici les arguments dans leur intégralité.

### **1 – Sur l'existence d'un cavalier social**

L'article 63 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 constitue un cavalier social car il s'agit de dispositions introduites dans cette loi mais qui n'ont aucun rapport avec le financement de la sécurité sociale. En effet, la retraite des fonctionnaires de l'Etat est versée par le budget de l'Etat et non par celui de la sécurité sociale et partant, cet article 63 viole les règles constitutionnelles (art. 34 al. 20 et 47-1 de la Constitution) et organiques (art. LO 111-3 du code de la sécurité sociale) qui limitent le champ de cette loi (voir par exemple Cons. const. n° 2005-528 DC du 8 décembre 2005).

Parce que cet article 63 a été pris en dehors du champ de la loi de financement de la sécurité sociale, le Conseil constitutionnel le déclarera non-conforme au bloc de constitutionnalité.

### **2 – Sur la violation du principe de sécurité juridique :**

La modification de l'indemnité temporaire opérée par l'article 63 de la loi déferée viole directement le principe de sécurité juridique. Ce dernier principe postule que le droit soit prévisible et que les situations juridiques restent relativement stables. Dans le cas contraire, si le droit est imprévisible, il porte atteinte à la garantie des droits consacrée par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il en va tout particulièrement ainsi lorsque l'application immédiate de la nouvelle législation entraîne, au regard de l'objet et des effets de ses dispositions, une atteinte excessive aux intérêts publics ou privés en cause.

Or, en l'espèce, l'article 63 critiqué modifie substantiellement l'indemnité temporaire et devrait donc, conformément au principe de sécurité juridique, comprendre des dispositions transitoires. Ainsi, par exemple, les fonctionnaires qui vont atteindre l'âge de la retraite sont en droit d'estimer que les prestations auxquelles ils ont droit de par la législation existante ne soient pas bouleversées. En effet, ces personnes ont pu contracter des emprunts, s'engager dans le paiement des études de leurs enfants, etc.... et ces opérations ont été décidées sur la base d'une indemnité à laquelle il pouvait raisonnablement prétendre.

Le législateur peut toujours modifier la loi et notamment la situation statutaire des fonctionnaires puisque ceux-ci ne peuvent prétendre à des droits acquis en ce domaine mais dans ce cas le Parlement doit, pour éviter que sa réforme ne soit trop brutale dans ses effets, l'assortir d'un dispositif transitoire. Or, aucune mesure de ce type ne figure dans l'article 63 querellé.

Certes, jusqu'à ce jour le Conseil constitutionnel n'a pas encore consacré formellement l'existence de son principe, mais force est de constater que sa jurisprudence témoigne de ce que les effets de ce principe sont pris en compte au titre de la garantie des droits. C'est exactement ce que sollicitent les exposants.

Il est clair que ce second moyen conduira inexorablement le Conseil constitutionnel à censurer l'article 63 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009.

### **3 – Sur la méconnaissance des objectifs constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi**

Il ressort des dispositions du II 1° b) de l'article 63 qu'à compter du 1er janvier 2009, l'attribution des nouvelles indemnités temporaires est réservée aux pensionnés ayants droit remplissant, à la date d'effet de leur pension, en sus de l'effectivité de la résidence, les conditions suivantes :

"( ...)

b) Ou, remplir, au regard de la collectivité dans laquelle l'intéressé justifie de sa résidence effective, les critères d'éligibilité retenus pour l'emploi des congés bonifiés à leur bénéficiaire principal "

Cette disposition méconnaît les objectifs constitutionnels d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi (Cons. cons. n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 ; Cons. cons. n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006 ; Cons. cons. n° 2001-561 DC du 17 janvier 2008). En effet, la loi renvoie sans autre forme de précision aux "critères d'éligibilité retenus pour l'emploi des congés bonifiés" lesquels sont, en dernier ressort, définis par une circulaire ministérielle.

La notion de "congés bonifiés" renvoie initialement au décret n° 78-399 du 20 mars 1978 "relatif, pour les départements d'outre-mer, à la prise en charge des frais de voyage de congés bonifiés accordés aux magistrats et fonctionnaires civils de l'Etat", plus particulièrement à ses articles 1er à 11. Le bénéfice de ses dispositions a été étendu aux agents de la fonction publique territoriale par l'article 57-1 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions relatives à la fonction publique territoriale et son décret d'application du 15 février 1988. Sont concernés "les fonctionnaires territoriaux originaires d'un département d'outre-mer ou de Saint-Pierre et Miquelon et exerçant en métropole".

Compte tenu de l'imprécision des textes susmentionnés, la mise en oeuvre de la notion de congés bonifiés a donné lieu à un contentieux extrêmement abondant. En effet, il ressort de ces deux textes que le droit à congés bonifiés est ouvert aux fonctionnaires ayant "leur résidence habituelle" dans un département d'outre-mer (et à Saint-Pierre et Miquelon pour ce qui concerne les fonctionnaires territoriaux). C'est donc le critère de la résidence habituelle dans ces collectivités ultramarines, et uniquement dans ces collectivités, qui commande l'application des congés bonifiés.

Les difficultés d'appréciation des notions "d'originaire" et de "résidence habituelle" ont entraîné l'adoption d'une circulaire en date du 5 novembre 1980. Elle dispose que "lorsque l'agent demande à bénéficier d'un congé bonifié, il lui appartient d'apporter la preuve, sous le contrôle de l'administration, du lieu d'implantation de sa résidence habituelle. Cette preuve, de même que ce contrôle, doit porter sur les critères susceptibles d'établir la réalité des intérêts matériels et moraux".

On soulignera en outre que cette circulaire indique elle-même expressément que les six éléments concrets d'appréciation qu'elle énumère ne sont pas exhaustifs (point n° 6 de la circulaire) !

En définitive, il apparaît ressortir de ce qui précède qu'à compter du 1er janvier 2009, l'attribution de l'ITR sera réservée aux pensionnés de l'Etat qui, par exception à l'obligation d'avoir servi outre-mer pendant quinze ans, peuvent faire état, à la date d'effet de leur pension, d'une résidence effective dans un département d'outre-mer et sont en mesure d'établir la preuve qu'ils y ont le centre de leurs intérêts matériels et moraux.

La différence de traitement entre "originaires" et autres, en soi susceptible d'offrir matière à contestation au regard de l'inégalité de traitement entre les citoyens de la République, ce que le présent recours ne saurait manquer d'invoquer, est ainsi dissimulée à la faveur d'une cascade de dispositions législatives et réglementaires et d'une circulaire d'application.

Il ressort également de ce qui précède que le champ d'application des droits résultant du II 1° b) de l'article 63 est totalement déterminé par une circulaire ministérielle dont la légalité paraît au surplus extrêmement douteuse. Il est patent que la disposition querellée ne permet guère aux citoyens de disposer d'une connaissance suffisante des normes qui leur sont applicables.

En conséquence la disposition querellée méconnaît l'objectif constitutionnel d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration de 1789.

#### **4 – Sur la rupture du principe d'égalité :**

A des degrés divers l'article 63 de la loi déferée porte atteinte au principe d'égalité.

#### 4.1. Rupture d'égalité entre actifs et retraités

L'existence d'une majoration des retraites est liée au coût de la vie qui prévaut outre-mer. L'indice d'ailleurs est différent selon les collectivités concernées ce qui correspond à la diversité de leurs situations. On observe par ailleurs que le traitement d'activité bénéficie d'un abondement supérieur à celui de la pension (par exemple en Polynésie l'abondement s'élève à 84% du traitement d'activité contre 75% de la pension). La motivation de cette disparité est mal établie. Est parfois invoquée l'idée selon laquelle les charges des actifs sont supérieures à celles des retraités, ce qui témoigne d'une méconnaissance des contraintes financières du "quatrième âge", période de vie qui ne concernait qu'une faible partie de la population à l'époque où les suppléments de traitement et de retraite ont été mis en place.

Cette disparité entre actifs et retraités, dépourvue d'une base objective incontestable, est, par elle-même génératrice d'inégalité. Contre toute logique, et au mépris de l'équité entre générations, elle va être sérieusement aggravée puisque la majoration sera d'abord plafonnée pour ensuite s'éteindre alors pourtant que les actifs bénéficieront toujours d'un supplément de traitement. Dans les COM, se surajoute, au surplus, à une inégalité fiscale : les traitements d'activité des agents de l'Etat servant outre mer ne sont pas imposables à l'IRPP alors qu'au bénéfice d'un artifice juridique, les pensions d'Etat versées aux résidents d'outre-mer sont frappées par cet impôt depuis quelques années.

#### 4.2. Rupture d'égalité entre les différentes collectivités ultramarines

La disposition contenue au II 1° b) de l'article 63 est inconstitutionnelle en raison de la double rupture d'égalité qu'elle recèle. Outre celle relative à la "résidence habituelle", l'application de la notion trop restrictive de "congrés bonifiés" aboutit à une rupture d'égalité entre les différentes collectivités ultramarines que rien ne justifie. En effet, comme il a été dit, la notion de "congrés bonifiés" ne concerne que les départements d'outre-mer. Il en résulte donc logiquement que le bénéfice de l'ITR ne sera maintenu à compter du 1er janvier 2009 que pour les seuls pensionnés résidant dans ces départements.

### **5 - Sur l'incompétence négative**

Il ressort de l'analyse qui précède que la mise en oeuvre du II 1° b) de l'article 63 renvoie purement et simplement à la circulaire du 5 novembre 1980 !

En conséquence, la disposition querellée méconnaît le principe constitutionnel selon lequel le législateur ne peut se déprendre de sa compétence au profit du pouvoir réglementaire.

Au cas particulier, la dévolution de compétence est d'autant plus critiquable qu'elle est effectuée au profit d'une circulaire, c'est-à-dire d'une norme dont la valeur réglementaire n'est pas certaine, dont la légalité paraît au surplus douteuse et dont il est constant que son champ d'application n'est pas précisément délimité.

### **6 – Sur l'impossibilité de mettre en application certaines dispositions de la loi**

L'article 63-II ne se limite pas à exiger qu'à la date de prise d'effet de leur pension, les ayants-droit originaires d'outre-mer qui n'auraient pas satisfait à l'obligation de droit commun d'avoir servi quinze ans outre-mer, apportent la preuve qu'ils disposent, dans la collectivité d'outre-mer où ils veulent s'établir, d'une "résidence habituelle" (au sens des textes sur les congrés bonifiés) mais qu'ils y aient "résidence effective" (cf : II-1 et II-1°-b).

La notion de "résidence effective" postule, à la différence de celle de "résidence habituelle" (qui se réfère à la résidence qui est ordinairement celle de l'intéressé quand il ne sert pas sur son lieu d'affectation), une présence effective, plus ou moins longue, et constatable physiquement. Comment serait-ce le cas d'un fonctionnaire en activité en métropole ou dans une collectivité d'outre-mer autre que celle dans laquelle il entend s'établir pour sa retraite, qui cessant son activité un certain soir se retrouve pensionné le lendemain ? Il est peu probable qu'il parvienne à accomplir l'exploit d'être présent sur son lieu d'activité à minuit, comme il en a juridiquement le devoir, sauf à être en congé, et au lieu de sa future retraite à zéro heure ! A moins de réputer que le fonctionnaire devra se ménager un congé en fin de carrière pour obtenir le bénéfice du II-1°-b), ce que l'administration ne saurait cependant exiger de lui et qu'elle serait en droit, à l'inverse de lui refuser si les nécessités du service l'exigent, la formalité est

impossible et la disposition concernée doit être censurée à ce titre.

## **7 – Sur la violation de la liberté individuelle**

Enfin, il est clair que le paragraphe VI de l'article 63 critiqué porte gravement atteinte au respect de la vie privée. En effet, ces dispositions obligent les administrations publiques mais aussi "les opérateurs de téléphonie fixe et de téléphonie mobile" de "communiquer les renseignements, justifications ou éclaircissements nécessaires à la vérification des conditions d'octroi et de l'effectivité de résidence". Ainsi sur simple demande d'une autorité administrative (et non pas juridictionnelle), les sociétés privées chargées de téléphonie devront fournir des renseignements sur la vie privée des retraités à une administration financière.

Ce faisant, ces dispositions qui portent atteinte au respect de la vie privée, méconnaissent la liberté individuelle qui est mentionnée à l'article 66 de la Constitution (voir par exemple : Cons const n° 2004-492 DC du 2 mars 2004). En effet, s'il est loisible au législateur, dans le cadre de la prévention d'atteintes à l'ordre public, d'apporter des limites à la liberté individuelle (Cons const n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, cons. n° 3), tel n'est plus le cas lorsque les "investigations" dans la vie privée s'étendent à la recherche des infractions en matière d'impôts directs et de taxes sur le chiffre d'affaires et d'une manière générale dans la recherche des infractions économiques. Dans cette hypothèse le Conseil constitutionnel censure les dispositions qui lui sont déférées (Cons const n° 83-164 DC du 29 décembre 1983 ; Cons const n° 92-316 DC du 20 janvier 1993).

Or, c'est exactement le cas dans l'article 63 critiqué car les atteintes à la vie privée (l'utilisation de son téléphone, la liste des appels, les noms des personnes appelées...) n'ont pas pour objet de prévenir des atteintes à l'ordre public mais de contrôler des infractions économiques.

De plus, lorsque ces demandes d'informations sont possibles -car il s'agit de prévenir des atteintes à l'ordre public et de rechercher des auteurs d'infractions-, encore faut-il que les dispositions législatives organisant de telles atteintes à la vie privée soit assorties de prescriptions et de précisions interdisant toute interprétation ou toute pratique abusive. Dans le cas contraire, ces dispositions sont déclarées non-conformes à la Constitution (Cons const n° 83-164 DC du 29 décembre 1983, cons. n° 30). Or, il est patent que le point VI de l'article 63 critiqué ne contient aucune précision quant aux informations qui seront sollicitées notamment auprès des opérateurs de téléphonie et partant, les autorités administratives chargées de collecter ces informations pourront commettre des abus faute pour la loi d'indiquer la nature des informations sollicitées.

C'est pourquoi, le Conseil constitutionnel censurera le point VI de l'article 63 de la loi déférée.

**Par ces motifs, je conclus qu'il plaise au Conseil constitutionnel de déclarer que : L'article 63 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 est contraire au bloc de constitutionnalité.**