

**RECOMMANDATION N°58 – CNAP / MINISTÈRE DE LA SÉCURITÉ SOCIALE**

**TRAITEMENT DISCRIMINATOIRE DES BENEFICIAIRES D'UNE PENSION DE VIEILLESSE ANTICIPEE TOUCHANT UN REVENU PROVENANT D'UNE ACTIVITE ACCESSOIRE NON SALARIEE PAR RAPPORT A CEUX TOUCHANT UN REVENU PROVENANT D'UNE ACTIVITE ACCESSOIRE SALARIEE**

Dans son rapport d'activité 2021, l'Ombudsman retenait notamment [2021/65] :

« Pour le Médiateur, la question se pose de savoir s'il ne devrait pas être opposé bénéficiaire d'une pension de vieillesse anticipée exerçant une activité salariée et bénéficiaire d'une pension de vieillesse anticipée exerçant une activité non salariée.

Dans cette optique, les deux situations semblent comparables.

Restant sans réponse précise de la CNAP à sa demande, le Médiateur est à ce jour dans l'incapacité de vérifier avec précision la différence existante quant au montant du revenu envisageable entre activité salariée et indépendante.

Il reste néanmoins établi que les dispositions légales actuelles prévoient un retrait pur et simple de la pension en cas d'activité indépendante et une réduction proportionnelle en cas d'activité salariée.

Compte tenu de l'enjeu pour l'administré dans la présente affaire, le Médiateur estime partant que les dispositions applicables à une activité non salariée sont largement moins avantageuses que celles applicables à une activité salariée.

Le Médiateur s'interroge par conséquent sur la raison pouvant justifier une telle limitation dans le chef d'une personne exerçant une activité non salariée.

Le Médiateur ne peut que regretter la position rigide de la CNAP, de même que l'absence de réelle motivation susceptible de justifier l'existence et la subsistance d'une telle différence de traitement entre activités salariée et non salariée.

Le Médiateur se rallie par ailleurs à la proposition de loi n°7922 visant à mettre en place « *une règle anti-cumul unique, sans faire de distinction entre une activité salariée et une activité non salariée* »<sup>1</sup>.

**Au vu de ce qui précède, le Médiateur renouvelle sa demande auprès de la CNAP de bien vouloir revoir sa position en l'espèce, priant Monsieur le Ministre de la Sécurité sociale de bien vouloir se prononcer, tant sur l'existence pour la CNAP d'une marge d'appréciation lui permettant de ne pas demander le remboursement de la pension versée dans certains cas très spécifiques, conformément à l'article 211 CSS, que sur l'opportunité de soutenir la proposition de loi susvisée.**

En réponse, le Ministère de la Sécurité sociale retenait brièvement :

<sup>1</sup> Proposition de loi n°7922, Commentaire des articles, page 3.

« La CNAP agit dans le cadre législatif existant et ne peut pas réinterpréter la loi qui est très claire au sujet de l'impossibilité de cumuler une pension de vieillesse anticipée avec une activité indépendante autre qu'insignifiante.

Toutefois, ces dispositions font l'objet d'une proposition de loi et la CNAP a été chargée de réaliser une étude de faisabilité technique et d'élaborer des dispositions modificatives du Code de la sécurité sociale en vue d'enlever tout traitement différent en matière d'une pension de vieillesse anticipée en fonction du statut de l'activité professionnelle exercée en parallèle, tout en n'introduisant pas de difficultés insurmontables pour la CNAP dans le traitement ultérieur du contrôle des cumuls. »

Interrogé sur la question de la conformité devant la loi d'une telle disposition, la Cour Constitutionnelle retient, par arrêt du 01/03/2024 :

« La question posée concerne la différence de traitement, instituée par les dispositions précitées, entre les bénéficiaires d'une pension de vieillesse anticipée qui exercent une activité accessoire salariée et ceux qui exercent une activité accessoire non salariée.

Ces deux catégories de personnes sont suffisamment comparables entre elles, en ce qu'elles concernent dans les deux cas de bénéficiaires d'une pension de vieillesse anticipée qui continuent ou reprennent une activité qui leur procure un revenu accessoire.

Le législateur peut néanmoins, sans violer le principe d'égalité, soumettre certaines catégories de personnes à des régimes légaux différents, à condition que la différence instituée procède de disparités objectives et qu'elle soit rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée à son but.

L'âge normal de la retraite étant fixé à 65 ans avec la possibilité d'un départ à la retraite anticipé, la demande d'une mise en retraite anticipée et par la suite la continuation ou la reprise d'une activité accessoire salariée ou non salariée relèvent du choix personnel et volontaire des personnes concernées, et sont soumises au respect de certaines conditions ainsi que de limites et plafonds à ne pas dépasser.

L'article 211 du Code de la sécurité sociale ne différencie pas, quant aux autres conditions à respecter et aux conséquences éventuellement encourues en ce qui concerne la suppression, l'augmentation ou la réduction de la pension de vieillesse anticipée, entre ces deux catégories de bénéficiaires d'une pension de vieillesse anticipée: **les prestations indues peuvent être récupérées** [Mis en gras et souligné par l'Ombudsman]; la restitution des prestations est obligatoire en cas de fraude ou de dissimulation ou d'omission d'informations et ce sans préjudice de poursuites judiciaires éventuelles.

Le traitement différencié du cumul, selon l'activité à la base des revenus accessoires, s'opère, d'une part, au regard de la fixation des limites et plafonds respectifs et, d'autre part, au regard des conséquences du dépassement de ces limites et plafonds.

Ainsi, en cas d'activité accessoire salariée, la pension de vieillesse anticipée :

- ne subit aucun changement si le revenu réparti sur une année civile est inférieur à un tiers du salaire social minimum par mois
- est réduite lorsque le revenu de l'activité accessoire salariée, cumulé avec la pension de vieillesse anticipée, ne dépasse pas un certain plafond fixé à l'article 226 du Code de la sécurité sociale et correspondant à la moyenne des cinq salaires ou revenus annuels cotisables les plus élevés de la carrière d'assurance est refusée ou retirée lorsque le revenu de cette activité accessoire salariée dépasse ce dernier plafond.

*En cas d'activité accessoire non-salariée, la pension de vieillesse anticipée :*

- ne subit aucun changement si le revenu réparti sur une année civile est inférieur à un tiers du salaire social minimum par mois
- est refusée ou retirée si le revenu de cette activité accessoire non salariée réparti sur une année civile est supérieur à un tiers du salaire social minimum par mois.

*Il appert des travaux préparatoires à la base des dispositions visées que les modifications législatives étaient motivées, entre autres, en ce qui concerne les salariés et les indépendants, par une volonté de généralisation de la modulation de l'âge de la retraite et une atténuation des restrictions pour exercer après l'accès à la retraite une occupation professionnelle accessoire insignifiante ou occasionnelle, avec le but d'exclure toute spéculation de la part de l'assuré demandant l'octroi de la pension de vieillesse anticipée sans être disposé à réduire en même temps son activité professionnelle.*

**La CNAP n'a précisé ni devant les juridictions sociales ni devant la Cour constitutionnelle en quoi la différence de traitement opérée entre les deux catégories de personnes bénéficiaires d'une pension de vieillesse anticipée cumulée avec des revenus provenant d'une activité accessoire salariée, respectivement, non salariée, procède d'une différenciation rationnellement justifiée, adéquate et proportionnée au but poursuivi.** [Mis en gras et souligné par l'Ombudsman]

**Les critères chiffrés à la base du traitement différencié du cumul en cas de dépassement de plafonds différents pour chaque activité ne sont pas justifiés par rapport aux motifs précités. Ils constituent un traitement inégal et discriminatoire** [Mis en gras et souligné par l'Ombudsman] entre les bénéficiaires d'une pension de vieillesse anticipée qui exercent une activité accessoire salariée et ceux qui exercent une telle activité non salariée, dans la mesure où le bénéficiaire d'une pension de vieillesse anticipée poursuivant une activité accessoire non salariée encourt immédiatement le refus ou le retrait de la pension de vieillesse anticipée en cas de dépassement du premier seuil, la réduction de la pension de vieillesse anticipée n'étant pas prévue dans son chef lorsque les revenus accessoires provenant d'une activité non salariée se situent entre les deux limites précitées.

**La volonté du législateur d'assouplir les limitations pour le salarié et l'indépendant en vue de la flexibilisation de l'âge de la retraite par un régime plus ou moins identique ne saurait prendre la forme d'une exclusion du droit à la réduction de la pension de vieillesse anticipée** [Mis en gras et souligné par l'Ombudsman] des bénéficiaires d'une pension de vieillesse anticipée ayant une activité accessoire non salariée et la suppression de leur pension de vieillesse anticipée sur base d'autres plafonds qu'en cas de revenu accessoire provenant d'une activité salariée.

**La différenciation se heurte par conséquent au principe d'égalité en ce qu'elle prévoit un traitement discriminatoire des bénéficiaires d'une pension de vieillesse anticipée touchant un revenu provenant d'une activité accessoire non salariée par rapport à ceux touchant un revenu provenant d'une activité accessoire salariée.** [Mis en gras et souligné par l'Ombudsman]

Il convient partant de dire que la différence de traitement instituée par la loi au préjudice des bénéficiaires d'une pension de vieillesse anticipée exerçant une activité accessoire non salariée, qui encourrent le refus ou le retrait de la pension de vieillesse anticipée en cas de dépassement des plafonds résultant de l'article 184, paragraphe 5, du Code de la sécurité sociale, la réduction de la pension de vieillesse anticipée pour cette catégorie n'étant pas prévue dans cette hypothèse, **n'est pas conforme au principe d'égalité devant la loi consacré par l'article 10bis, paragraphe 1, de la Constitution.** [Mis en gras et souligné par l'Ombudsman].

Il ressort notamment de l'arrêt précité que :

- « les prestations indues peuvent être récupérées »,

- « *La volonté du législateur d'assouplir les limitations pour le salarié et l'indépendant en vue de la flexibilisation de l'âge de la retraite par un régime plus ou moins identique ne saurait prendre la forme d'une exclusion du droit à la réduction de la pension de vieillesse anticipée des bénéficiaires d'une pension de vieillesse anticipée ayant une activité accessoire non salariée et la suppression de leur pension de vieillesse anticipée sur base d'autres plafonds qu'en cas de revenu accessoire provenant d'une activité salariée* »,
- « *la différence de traitement instituée par la loi au préjudice des bénéficiaires d'une pension de vieillesse anticipée exerçant une activité accessoire non salariée, qui encourent le refus ou le retrait de la pension de vieillesse anticipée en cas de dépassement des plafonds résultant de l'article 184, paragraphe 5, du Code de la sécurité sociale* ».

Pour mémoire, dans sa réponse au rapport d'activité 2021 de l'Ombudsman, le Ministère de la Sécurité sociale retenait l'existence d'un « *traitement différent en matière d'une pension de vieillesse anticipée en fonction du statut de l'activité professionnelle exercée en parallèle* ».

En l'espèce, l'Ombudsman est intervenu auprès de la CNAP au mois de septembre 2021, dans le cadre d'une problématique déjà bien connue.

Dans sa réponse du 02/12/2022, le Ministère de la Sécurité social indiquait : « *ces dispositions font l'objet d'une proposition de loi et la CNAP a été chargée de réaliser une étude de faisabilité technique et d'élaborer des dispositions modificatives du Code de la sécurité sociale en vue d'enlever tout traitement différent en matière d'une pension de vieillesse anticipée en fonction du statut de l'activité professionnelle exercée en parallèle, tout en n'introduisant pas de difficultés insurmontables pour la CNAP dans le traitement ultérieur du contrôle des cumuls.* »

Sauf erreur, régulariser pareille situation par l'adaptation de l'article de loi concerné ne paraît pas compliqué outre mesure.

Deux années se sont toutefois écoulées sans que l'Ombudsman n'ait été informé par la CNAP d'un quelconque suivi en la matière, laissant par là même un nombre inconnu d'administrés tenu au remboursement éventuel d'un montant disproportionné.

Compte tenu de ce qui précède, l'Ombudsman est récemment intervenu auprès de la CNAP afin de connaître sa position sur l'opportunité de renoncer à toute demande de remboursement éventuellement adressée à tout administré et non encore exécutée, et de procéder, le cas échéant, à la restitution des montants déjà remboursés par certains administrés.

Afin d'étudier l'envergure d'une telle problématique et de la replacer dans son contexte, l'Ombudsman a également demandé à la CNAP de bien vouloir lui faire parvenir une étude statistique sur le nombre d'administrés sujet à une demande de remboursement similaire et sur l'état d'exécution éventuelle de ces demandes.

L'Ombudsman a été informé que la CNAP « *ne va bien sûr pas procéder à la récupération de la pension de vieillesse anticipée au vu de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 01.03.2024* » et que « *L'implémentation de l'arrêt dans les procédures de la CNAP est actuellement en cours, de sorte que nous ne pouvons pas vous fournir à l'heure actuelle de plus amples détails* ».

Si l'Ombudsman salue pareille décision, il reste toutefois dans l'attente d'une réponse sur l'opportunité de renoncer à toute demande de remboursement éventuellement adressée à tout administré et non encore exécutée, et de procéder, le cas échéant, à la restitution des montants déjà remboursés par certains administrés.

**L'Ombudsman demande encore à la CNAP, respectivement au Ministère de la Sécurité sociale, d'étudier pareille possibilité sur base du principe d'équité et à titre de recommandation suivant article 4 (2) de la loi du 22 août 2003 instituant un Ombudsman.**

**Pour mémoire, il appartient à l'Ombudsman d'assumer la décision prise par l'administration sur le fondement de sa recommandation.**

**Le fonctionnaire qui aura suivi la recommandation en équité de l'Ombudsman ne verra ainsi pas sa responsabilité mise en cause, la décision étant prise sur le fondement de la recommandation de l'Ombudsman.**

Concernant l'étude statistique, l'Ombudsman demande encore à la CNAP de mettre en lumière la différence entre le montant effectivement perçu par l'administré au titre de l'activité accessoire et le montant de la pension dont le remboursement est ou a été demandé, ce depuis l'entrée en vigueur de la disposition litigieuse.