

Paris, le 26 mars 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-052

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu la Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu le code des pensions civiles et militaires de retraite ;

M. X a saisi le Défenseur des droits du refus qui lui a été opposé par la Direction générale des finances publiques, de lui permettre de bénéficier d'une pension de réversion suite au décès de son époux, M. Y, en mars 2014, retraité de la fonction publique d'Etat, au motif tiré de ce que le mariage avec son époux n'ayant été conclu qu'en juin 2013, l'intéressé ne remplissait pas la condition de 4 années de mariage requise par le texte en vigueur.

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif de Z.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON

Observations dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 devant la juridiction devant le tribunal administratif de Z

▪ Faits et procédure :

M. X a saisi le Défenseur des droits du refus qui lui a été opposé le 15 avril 2014, par la Direction générale des finances publiques, de lui permettre de bénéficier d'une pension de réversion suite au décès de son époux, le 16 mars 2014, M. Y, retraité de la fonction publique d'Etat, au motif tiré de ce que le mariage avec son époux n'ayant été conclu qu'en juin 2013, l'intéressé ne remplissait pas la condition de 4 années de mariage requise par le texte en vigueur.

Le réclamant souligne toutefois, d'une part, qu'avant son mariage, célébré le 27 juin 2013, il vivait depuis plus de 15 ans avec son époux, dont 5 sous le régime du PACS (conclu le 11 mai 2009) et que, d'autre part, il était dans l'impossibilité légale, avant le 17 mai 2013, date de la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe – dite loi sur « le mariage pour tous », de contracter mariage avec son partenaire.

Partant, il estime que tant la condition de 4 années de mariage qui lui a été opposée, que la décision contestée constituent des mesures discriminatoires en lien avec son orientation sexuelle.

Dans le cadre de l'enquête menée par le Défenseur des droits auprès de la Direction générale des finances publiques - Service des retraites de l'Etat - , cette dernière souligne, par courrier en date du 23 janvier 2015, qu'aucune discrimination n'a été commise dès lors qu'elle n'a fait qu'appliquer l'article L.39 du code des pensions civiles et militaires de retraite et que la condition de 4 années de mariage à la date de la demande de la pension de réversion s'applique indistinctement aux couples hétérosexuels et homosexuels.

Parallèlement à la saisine du Défenseur des droits, M. X a saisi le tribunal administratif de Z d'une requête tendant à l'annulation de la décision précitée portant refus de lui accorder une pension de réversion suite au décès de son époux en arguant de son caractère discriminatoire, tout comme de celui de la législation sur lequel il est fondé.

▪ Analyse juridique :

L'article L. 39 du code des pensions civiles et militaires de retraite prévoit que : « *Le droit à pension de réversion est subordonné à la condition : / a) Si le fonctionnaire a obtenu ou pouvait obtenir une pension accordée dans le cas prévu à l'article L. 4 (1°), que depuis la date du mariage jusqu'à celle de la cessation de l'activité du fonctionnaire, celui-ci ait accompli deux années au moins de services valables pour la retraite, sauf si un ou plusieurs enfants sont issus du mariage antérieur à ladite cessation ; / b) Si le fonctionnaire a obtenu ou pouvait obtenir une pension accordée dans le cas prévu à l'article L. 4 (2°), que le mariage soit antérieur à l'événement qui a amené la mise à la retraite ou la mort du fonctionnaire. / Toutefois, au cas de mise à la retraite d'office par suite de l'abaissement des limites d'âge, il suffit que le mariage soit antérieur à la mise à la retraite et ait été contracté deux ans et au moins avant soit la limite d'âge en vigueur au moment où il a été contracté, soit le décès du fonctionnaire si ce décès survient antérieurement à ladite limite d'âge. / Nonobstant les conditions d'antériorité prévues ci-dessus, le droit à pension de réversion est reconnu : / 1° Si un ou plusieurs enfants sont issus du mariage ; / 2° Ou si le mariage, antérieur ou postérieur à la cessation de l'activité, a duré au moins quatre années. »*

Partant, en vertu de ces dispositions le conjoint survivant d'un fonctionnaire titulaire d'une pension de retraite ne peut prétendre à une pension de réversion qu'à la condition que son mariage, ou bien soit antérieur de 2 ans à la cessation d'activité, ou encore s'il est postérieur, ait duré au moins 4 ans, dès lors qu'aucun enfant n'est issu du mariage.

Une telle condition de 4 années de mariage s'applique indistinctement que le couple soit constitué de personnes de même sexe ou non.

Toutefois, ce n'est que par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 que le mariage a été ouvert aux couples de même sexe et depuis cette date, les conjoints survivants de ces couples ont le droit, sous réserve de certaines conditions, de bénéficier de la pension de réversion.

S'il est vrai, comme l'a rappelé le Conseil d'Etat, que la condition de mariage de 4 années afin de pouvoir bénéficier d'une pension de réversion en l'absence d'enfants a pour objectif de faire dépendre la dette de l'Etat de la stabilité du mariage en limitant les risques de fraudes et que cette condition est fondée sur un critère rationnel et objectif en rapport avec les buts de la loi (notamment, CE, 27 juillet 2005, n°27443, CE, 6 décembre 2006, n° 262096), le Conseil d'Etat ne s'est pas encore prononcé sur les refus de pensions de réversion opposés aux conjoints survivants de fonctionnaires de même sexe, auxquels le mariage n'était pas ouvert avant la loi précitée du 17 mai 2013, qui de fait sont placés dans une situation différente de celle des couples hétérosexuels au profit desquels le mariage a toujours été autorisé.

Or, une discrimination indirecte peut consister dans un traitement identique de situations différentes ou de personnes placées dans des situations distinctes.

Ainsi, aux termes des articles 1^{er}, 2 et 3 de la Directive 2000/78 est prohibée toute discrimination, directe ou indirecte, fondée sur l'orientation sexuelle, notamment en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de rémunérations. La Directive 2000/78 exclut de son champ d'application les régimes légaux de retraite mais couvre les régimes professionnels de retraite.

La Cour de justice de l'Union Européenne, dans l'arrêt Griesmar du 29 novembre 2001, a qualifié de régime professionnel le régime de retraite des fonctionnaires. Cette qualification implique que les pensions de réversion servies dans le cadre de ce régime sont de véritables rémunérations et que le principe d'égalité de traitement prévu par la Directive 2000/78 s'applique sans distinction fondée, notamment sur l'orientation sexuelle.

S'agissant de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (CEDH), l'article 1^{er} de son Protocole additionnel stipule que « *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 Etats 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.* »

La Cour adopte, toutefois, une appréciation particulièrement rigoureuse de la « *nécessité* » des restrictions à ce droit.

L'article 14 de la CEDH stipule, en outre, que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ». Ce texte protège également les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle, si elles interviennent dans l'exercice d'un droit protégé par la CEDH, tel que le respect du droit à la protection des biens.

En outre, concernant la période antérieure à la loi du 17 mai 2013, durant laquelle les couples de même sexe ne pouvaient se marier et les survivants de ces couples ne pouvaient bénéficier de la pension de réversion suite au décès de leur partenaire, il convient de rappeler la jurisprudence relative au caractère discriminatoire de cette situation, qui peut utilement être transposée à la période actuelle où les couples de même sexe peuvent se marier mais se voient opposer une condition de 4 années de mariage impossible pour eux à remplir.

Par des délibérations (n° 2008-110 du 19 mai 2008 et n° 2008-107 du 19 mai 2008 et n°2010-20, n° 2010-21 du 1er février 2010), l'ex-Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (la Halde) a retenu que la condition exclusive de mariage, afin de pouvoir bénéficier d'une pension de réversion, qu'il s'agisse d'un partenaire pacsé survivant d'un fonctionnaire ou d'un salarié du privé, constituait une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle contraire à la Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Elle s'est ainsi appuyée sur le fait que le mariage en France n'était pas accessible aux couples de même sexe jusqu'à la loi précitée et que le statut juridique des conjoints et des partenaires était comparable au regard de l'objet de la pension (la réforme du Pacs de 2006, sans unifier totalement les 2 régimes a très sensiblement rapproché celui des couples mariés de celui des pacsés : assistance réciproque, vie commune, aide mutuelle et matérielle proportionnelle à leurs facultés respectives, obligation solidaire à l'égard des dettes concernant les besoins de la vie courante, imposition commune obligatoire : obligation de solidarité financière comparable...).

Dans un arrêt de la Cour de justice de l'Union Européenne du 1^{er} avril 2008 (Tadao Maruko, C-267/06), la Cour a d'ailleurs reconnu que le fait de réserver le bénéfice de pensions de réversion aux seuls conjoints survivants à l'exclusion des partenaires liés à un « partenariat de vie » (équivalent allemand du Pacs) constituait une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle, dans la mesure où le mariage en Allemagne n'était pas accessible aux personnes de même sexe et que le statut juridique allemand des conjoints et celui des partenaires était comparable au regard de l'objet de la pension.

En outre, cette même Cour a considéré que la comparabilité des situations n'exige pas que ces dernières soient identiques et que l'examen de la comparabilité doit s'effectuer non pas de manière globale et abstraite mais de manière spécifique et concrète au regard de la prestation concernée.

Ainsi, dans un arrêt du 10 mai 2011 (affaire Römer, C. 147/08), relatif au montant d'une retraite complémentaire différente pour les personnes liées par un partenariat de vie et les personnes mariées, la Cour rappelle que la restriction du versement de pensions de retraite aux époux survivants, en excluant les personnes liées par un partenariat civil est contraire à la Directive 2000/78. La Cour indique que si les couples de même sexe n'ont pas accès au mariage et que le mariage est une condition impérative au bénéfice de tels versements, l'Etat commet une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle. La Cour ajoute que la loi allemande relative au partenariat enregistré prévoit que les partenaires de vie ont des devoirs mutuels de se prêter secours et assistance et de contribuer de manière adéquate aux besoins de la communauté partenariale par leur travail et leur patrimoine,

comme cela est le cas pour les époux pendant leur vie commune. Ainsi, selon la Cour, les mêmes obligations pèsent sur les partenaires de vie comme sur les époux mariés. Il en résulte que les deux situations sont comparables, la principale différence qui existait encore entre le mariage et le partenariat de vie résidant dans l'orientation sexuelle des époux. La législation allemande a donc été considérée comme constitutive d'une discrimination à raison de l'orientation sexuelle.

Dans un autre arrêt du 12 décembre 2013 (affaire C-267/12), la Cour de justice de l'Union Européenne se prononçant sur des faits antérieurs à la loi française du 17 mai 2013 précitée, considère que les personnes qui, à défaut de pouvoir se marier avec une personne de même sexe, concluent un Pacs doivent bénéficier des mêmes droits sociaux que ceux accordés aux salariés mariés, en l'occurrence des congés et des primes. La Cour estime ainsi notamment, qu' « *en ce qui concerne des avantages en termes de rémunération (...), tels (...) qu'une prime (...) les personnes de même sexe qui, ne pouvant pas contracter un mariage, concluent un Pacs se trouvent dans une situation comparable à celle des couples qui se marient* ».

En somme, une différence de traitement entre des personnes mariées et pacsées avant la loi du 17 mai 2013 était considérée discriminatoire par la Cour, alors même que le Conseil constitutionnel dans sa décision du 29 juillet 2011 (n° 2011-155 QPC), considérait encore que compte tenu des différences entre le mariage, le PACS et le concubinage, la différence de traitement quant au bénéfice de la pension de réversion entre les couples mariés et ceux qui vivent en concubinage ou qui sont unis par un Pacs ne méconnaît pas le principe constitutionnel d'égalité.

Tirant toutefois les conséquences de l'arrêt précité du 12 décembre 2013, dans une décision du 9 juillet 2014 (n° 1449), la Cour de cassation a considéré comme discriminatoire un avantage conventionnel (congés et primes) réservé aux personnes mariées. Une telle décision s'appliquant à des faits antérieurs à la loi du 17 mai 2013 est transposable au secteur public.

De tels raisonnements peuvent s'appliquer en l'espèce, dès lors qu'en opposant, en 2014, la condition de 4 ans de mariage pour pouvoir bénéficier d'une pension de réversion à des couples de même sexe, l'administration fait perdurer en ce qui les concerne une discrimination telle qu'elle a été retenue par les arrêts précités de la Cour de justice de l'Union Européenne, qui a pourtant disparu avec la loi sur « le mariage pour tous ».

En outre, le refus opposé à M. X, le 15 avril 2014, et contesté apparaît d'autant moins justifié qu'il est fondé sur une condition impossible à remplir par l'intéressé à la date de la décision attaquée.

En effet, le réclamant ne pouvait contracter mariage avant le 17 mai 2013. Ainsi, l'administration en exigeant de sa part de remplir, en 2014, une condition de mariage de 4 ans, qu'il lui était en tant que telle impossible à satisfaire, a commis une discrimination prohibée au sens de la Directive 2000/78 et des articles 14 et 1^{er} du Protocole additionnel à la CEDH susvisés. Partant, outre le caractère illégal car discriminatoire de cette condition, elle apparaît comme manifestement inéquitable à l'égard des couples mariés de même sexe.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite porter à la connaissance du tribunal administratif de Z.

Le Défenseur des droits

Jacques TOUBON