

**NOTE DE PROBLEMATIQUE**  
**GROUPE DE TRAVAIL « EGALITE HOMMES/FEMMES EN MATIERE DE**  
**RETRAITE » ELEMENTS JURIDIQUES**

*Anne du Quellenec – 20 janvier 2010*

*Dossier de principe – Groupe de travail « Retraites »*

1. Dès sa création, la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie, à de très nombreuses reprises, par des pères de famille alléguant être victimes de discriminations fondées sur le sexe, dans la mesure où ils ne bénéficiaient pas, dans des conditions identiques à celles des mères, des avantages liés à l'éducation de leurs enfants et ce, pour le calcul de leur pension de retraite.

2. Ces réclamants sont majoritairement des salariés du secteur privé, soumis à l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale aux termes duquel seules les mères de familles peuvent bénéficier de majorations de durée d'assurance allant jusqu'à deux ans par enfant élevé. Cet article exclut les pères du bénéfice de cette majoration, même s'ils ont élevé seul leur enfant.

3. De manière plus marginale, mais non négligeable tout de même, plusieurs fonctionnaires de sexe masculin, soumis quant à eux, à l'article L. 12 b) du code des pensions civiles et militaires de retraite, ont saisi la haute autorité quand ils se sont vus refuser par l'administration le bénéfice d'une bonification d'un an par enfant au moment de la liquidation de leur pension, au motif que cet avantage, sans être réservé aux mères, est subordonné à une condition d'interruption d'activité de deux mois que très peu de pères parviennent à remplir.

4. Enfin, la haute autorité a eu l'occasion de recevoir un troisième type de réclamations émanant de pères, agents d'entreprises à statut (EDF-GDF précisément), à qui était refusé le bénéfice de bonifications au motif que les dispositions du statut des Industries Electriques et Gazières (IEG) réservaient, jusqu'en 2007, aux seules mères le bénéfice de tels avantages. Ces pères sont ainsi placés dans la même situation que les pères fonctionnaires avant la réforme des retraites de 2003.

5. Ces différents cas de figure ne peuvent recevoir une analyse juridique identique dans la mesure où le régime général de retraite a été qualifié par la Cour de Justice des Communautés européenne de régime *légal* de sécurité sociale alors que celui des fonctionnaires, comme celui des entreprises à statut, a été qualifié de régime *professionnel*<sup>1</sup>. Or, de ces qualifications

---

<sup>1</sup> La dualité des régimes de sécurité sociale trouve sa raison d'être dans les fondements juridiques initiaux de l'Union européenne. Le marché intérieur implique un certain nombre de règles fondamentales visant à lever tout obstacle à la liberté des personnes, des biens et des services (libre concurrence, interdiction des monopoles et des aides d'Etat). Cependant, dans le secteur de la protection sociale, afin d'assurer une fonction de redistribution financière entre individus, certaines institutions mettent en œuvre une obligation d'adhésion et constituent de véritables monopoles susceptibles de s'opposer aux comportements anticoncurrentiels prohibés par le droit communautaire. C'est ainsi que la CJCE a dû, au fil de sa jurisprudence, baliser les matières sociales qui devaient rester soumises aux règles normales de la concurrence (régime professionnel de sécurité sociale dont les prestations sont assimilées à de véritables rémunérations) et celles qui, au contraire, pouvaient faire l'objet d'un monopole d'Etat et échapper aux règles du marché (régime légal de sécurité sociale). Dans ce sens, il a été décidé, pour la France, que la protection maladie de base pouvait continuer à faire l'objet d'un monopole, alors que la protection maladie complémentaire devait obéir aux règles du marché. En matière d'égalité hommes/femmes, l'Union européenne a tout de même légiféré sur les régimes légaux de retraite, tout en admettant qu'ils pouvaient déroger aux règles précitées du marché intérieur. Pour les retraites, la jurisprudence a conduit à une situation un peu artificielle puisque, en France notamment, deux régimes distincts coexistent.

juridiques différentes découlent deux régimes juridiques distincts ne permettant pas d'apporter une réponse unique à la question de la compatibilité d'avantages laissés aux mères en matière de retraite au regard du principe d'égalité de traitement à raison du sexe. Il est, de ce fait, nécessaire de traiter tour à tour la situation des fonctionnaires et agents assimilés (1) puis celle des salariés du secteur privé (2). Quel que soit le droit applicable, aucun instrument juridique ne semble autoriser la mise en place de mesures nationales positives visant à privilégier les mères dans l'octroi d'un avantage lié à l'éducation des enfants et ainsi, légitimer les différences de traitement existant (3)<sup>2</sup>.

6. Qu'il s'agisse des fonctionnaires, des agents d'entreprises à statut ou des salariés du secteur privé, un même mouvement existe : après avoir été exclus purement et simplement du bénéfice des avantages liés à l'éducation des enfants, les pères peuvent (ou pourront prochainement) en bénéficier mais à des conditions restrictives - qui demeurent discriminatoires - pendant au moins une période transitoire très longue (jusqu'à plusieurs décennies). Par ailleurs, l'alignement égalitaire progressif entre hommes et femmes se traduit, dans les deux régimes, par une réduction des avantages accordés aux femmes, ce qui est particulièrement regrettable au regard des fortes inégalités de genre qui perdurent en matière de retraite.

I- **Pères fonctionnaires et assimilés : la suppression d'une discrimination directe au profit d'une discrimination indirecte fondée sur le sexe liée à l'exigence de l'interruption d'activité de deux mois**

7. L'allégation d'une discrimination sexiste a été portée, en premier lieu, par des pères fonctionnaires puis, dans un second temps, par des agents d'EDF et GDF, soumis au régime spécial des IEG (Industries de l'électricité et du gaz).

8. Dans les deux cas, l'exclusion totale des pères de l'accès à la bonification a été censurée par le juge : il s'agit de la CJCE en 2001 pour les fonctionnaires et de la Cour de cassation en 2007 pour les agents des IEG.

9. Dans ces deux cas, à la discrimination directe fondée sur le sexe (A) s'est substituée une discrimination indirecte prohibée par le droit communautaire mais toujours en vigueur à ce jour en droit interne (B).

**A. La longue marche vers la suppression de la discrimination directe**

10. Si la remise en cause de la bonification accordée aux fonctionnaires est relativement ancienne du fait de la condamnation de la France par la CJCE en 2001 (1), elle est bien plus récente pour les agents masculins soumis au régime des IEG (2).

11. Aux termes de la réforme des retraites de 2003, seule une majoration de 6 mois, en compensation du congé *maternité*, demeure exclusivement accordée aux mères.

---

<sup>2</sup> Toutefois, des mesures positives, fondées sur un autre critère que l'éducation des enfants, pourraient être préconisées par le Collège à l'issue de la réflexion menée par le groupe de travail « Egalité de genre en matière de retraite » que se proposent de constituer la Direction des affaires juridiques et celle de la promotion de l'égalité.

12. En ce qui concerne les avantages liés à l'éducation des enfants, les pères fonctionnaires dont les enfants sont nés après le 1<sup>er</sup> janvier 2004 bénéficient des mêmes droits que ceux accordés aux mères : une majoration de durée d'assurance (c'est-à-dire la possibilité de cotiser « gratuitement » est accordée à celui des parents qui a interrompu son activité, dans la limite de trois ans par enfant, dans le cadre du congé parental, d'adoption, de présence parentale, de disponibilité pour élever un enfant de moins de huit ans, de l'interruption partielle d'activité (temps partiel de droit à 50, 60, 70 ou 80%).

13. Un exact alignement s'est produit pour les agents d'EDF et GDF, pères d'enfants nés après le 1<sup>er</sup> juillet 2008.

14. Dans les deux cas de figure, il est à noter que l'égalité ainsi obtenue s'est traduite par une diminution des droits octroyés jusqu'alors aux mères (1 an de bonification par enfant élevé sans avoir à interrompre son activité).

### ***1. La remise en cause d'un avantage réservé aux mères fonctionnaires***

15. Ainsi qu'il a été précisé en introduction, la CJCE a qualifié<sup>3</sup> le régime de retraite des fonctionnaires de régime *professionnel*. Une telle qualification implique que ce régime est soumis à la directive 96/97/CE du 20 décembre 1996 modifiant la directive 86/378 du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale. Ces avantages constituent de véritables rémunérations au sens de l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne et sont, de ce fait, soumis au principe d'égalité de traitement prévu par cet article (il s'agit aujourd'hui de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

16. Sur ce fondement, la CJCE a jugé<sup>4</sup> que les dispositions législatives françaises<sup>5</sup> réservant le bénéfice de bonifications d'ancienneté aux seules mères de trois enfants, en excluant les pères dans une situation comparable, étaient contraires au principe d'égalité de traitement. En effet, dès lors que les hommes démontrent avoir assumé l'éducation de leurs enfants, ils devraient bénéficier des mêmes avantages.

17. De même, le Conseil d'Etat, en se fondant sur le principe d'égalité, a régulièrement annulé les décisions administratives refusant aux pères de famille de trois enfants le bénéfice de ces avantages<sup>6</sup>.

18. Faisant suite à cette condamnation, le code des pensions civiles et militaires a été réformé en 2003 dans le cadre de la réforme des retraites. Dans la mesure où cette situation s'est réglée avant la création de la haute autorité, aucune saisine n'existe sur ce fondement.

### ***2. La remise en cause d'un avantage réservé aux mères agent d'EDF-GDF***

19. Au contraire, de très nombreux agents masculins se sont vus refuser le bénéfice des bonifications d'ancienneté au moment de la liquidation de leur pension et ce, conformément aux 1<sup>er</sup> et 2<sup>ème</sup> paragraphes de l'article 3 de l'annexe 3 au statut national du personnel des

---

<sup>3</sup> CJCE, 29 novembre 2001, Griesmar c/ Ministre des Finances et de l'Industrie.

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> Code des pensions civiles et militaires antérieurement aux lois n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites et n°2004-1485 de finances rectificative pour 2004.

<sup>6</sup> Pour exemple : CE, 29 juillet 2002, GRIESMAR

industries électriques et gazières en vigueur jusqu'en 2007. Ces contentieux ont donné lieu à de très nombreuses réclamations dans le cadre desquelles la haute autorité a formulé des observations devant les Tribunaux des affaires de sécurité sociale<sup>7</sup>.

20. La CJCE a qualifié le régime spécial de retraite des industries électriques et gazières de régime *professionnel*. Le Conseil d'Etat, s'appuyant sur cette jurisprudence, a lui-même estimé que les pensions servies par le régime spécial de retraite d'EDF et de GDF relevaient d'un régime professionnel de retraite, à l'instar des régimes de retraite propres aux fonctionnaires et militaires (CE, 18 décembre 2002, Plouhinec et CE, 7 juin 2006, Bernard). Comme pour les fonctionnaires, une telle qualification implique que ce régime est soumis à la directive 96/97/CE du 20 décembre 1996 modifiant la directive 86/378 du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale. De même, les avantages ainsi accordés constituent de véritables rémunérations au sens de l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne et sont, de ce fait, soumis au principe d'égalité de traitement prévu par cet article (article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aujourd'hui).

21. A l'issue de la condamnation de la France par la CJCE en 2001, la modification du code des pensions est restée sans effet sur les dispositions propres aux régimes spéciaux de retraite des entreprises à statut. Or, pour les raisons qui ont été exposées concernant les fonctionnaires, ces avantages accordés aux femmes ayant élevé des enfants ne visent pas à compenser les désavantages liés au congé de maternité ou l'éloignement du service après l'accouchement. Il en ressort que le traitement différencié des hommes et des femmes n'apparaît pas justifié au regard de l'objectif de la mesure qui est de prendre en compte une période liée à *l'éducation* des enfants. Ainsi en a d'ailleurs jugé, pour les IEG, le Conseil d'Etat le 7 juin 2006.

22. Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation, « *toute déclaration d'illégalité d'un texte réglementaire par le juge administratif (...) s'impose au juge civil, qui ne peut plus faire application du texte illégal* » (Cour de cassation, 19 juin 1985 et 8 novembre 2005). En conséquence, la qualification du régime de retraite des industries électriques et gazières en tant que régime *professionnel* s'imposait au juge civil.

23. A la lumière de cette règle jurisprudentielle, les arrêts de la Cour de cassation du 16 mai 2007 ayant constaté, le caractère illégal et discriminatoire de l'article 3 de l'annexe 3 au statut des IEG, en ce qu'il exclut les pères de famille du bénéfice de ces avantages, s'imposent de la même manière au juge civil.

24. La haute autorité avait précédé cette décision d'une quarantaine d'observations juridiques devant les juridictions saisies mais également de recommandations aux Présidents directeurs généraux d'EDF et GDF, ainsi qu'au Ministre de l'Industrie, ministre de tutelle. Ses recommandations, non suivies d'effet, avaient fait l'objet d'un rapport spécial (délibération n°2007-101 du 5 novembre 2007).

25. C'est à la suite de ces arrêts qu'un nouveau décret a été édicté en 2007<sup>8</sup> et a mis fin à la discrimination directe fondée sur le sexe pour les retraites liquidées à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2008.

---

<sup>7</sup> Alors même qu'il s'agit d'un régime professionnel de retraite, comparable à celui des fonctionnaires, le contentieux est celui de la sécurité sociale.

26. Bien que relevant de textes différents, à partir de cette date, les fonctionnaires et les agents soumis au statut des IEG sont régis par des règles identiques en matière de bonification de pension de retraite.

### **B. Le maintien pour certains pères d'une discrimination indirecte non conforme au droit communautaire**

27. Afin de mettre en œuvre le principe d'égalité conformément au droit communautaire, la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites, la loi de finances rectificative pour 2004 du 30 décembre 2004 ainsi que le décret du 10 mai 2005 ont modifié le code des pensions civiles et militaires en permettant aux pères *et* aux mères de bénéficier des mêmes avantages.

28. Cette réforme s'est traduite, concernant l'avantage de retraite étudié en l'espèce pour les fonctionnaires, par la rédaction de l'article L. 12 b) pour les parents d'enfants nés avant 2004.

29. Faisant suite à une condamnation plus tardive, c'est par le décret n°2007-549 précité que la bonification a été accordée aux pères et aux mères dans les mêmes conditions pour les agents des IEG. Ainsi, même si à ce jour la haute autorité n'a pas été saisie de réclamations portant sur ce point, le raisonnement qui suit concernant les fonctionnaires pourrait tout à fait être transposé au statut des IEG si la haute autorité venait à être saisie.

30. Au vu de cette nouvelle disposition, les fonctionnaires - pères ou mères - bénéficient, en effet, des mêmes avantages liés à la bonification d'ancienneté, *seulement à la condition qu'ils aient interrompu leur activité pendant une période continue de deux mois*. L'article R. 37 du code des pensions dispose qu'il s'agit de périodes n'ayant pas donné lieu à cotisations obligatoires dans un régime de retraite de base et précise que « *l'activité doit être interrompue pour une durée continue d'au moins deux mois, dans le cadre d'un congé pour maternité, d'un congé de paternité, d'un congé pour adoption, d'un congé parental ou d'un congé de présence parentale prévus par les articles 34 (5°), 54 et 54 bis de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat* ».

31. La nouvelle législation instaure donc, *en apparence*, une égalité de traitement entre les hommes et les femmes placés dans une situation comparable en ce qui concerne les conditions de bénéfice des bonifications.

32. Dans ces conditions, les pères peuvent bénéficier de telles bonifications dans la mesure où ils établissent avoir arrêté leur activité, au moins deux mois et de manière continue, pour se consacrer à l'éducation de leurs enfants.

33. Toutefois, l'article L. 12 b) du Code des pensions civiles et militaires dispose que l'interruption d'activité pour se consacrer à l'éducation des enfants est une période qui ne doit pas avoir donné lieu à cotisation obligatoire dans un régime de retraite de base. L'article R. 37 précise en outre que la période doit être de deux mois au moins, de façon continue, et intervenir dans le cadre du congé de maternité, du congé de paternité, du congé d'adoption, du congé parental ou de présence parentale ou enfin d'une disponibilité pour élever son enfant.

---

<sup>8</sup> Décret n°2007-549 du 11 avril 2007 portant modification du statut national du personnel des IEG

34. Il résulte de ce qui précède que le critère de durée continue de deux mois quant à l'interruption de l'activité est apparemment neutre mais est néanmoins susceptible d'entraîner un désavantage pour les hommes, compte-tenu de la durée légale plus élevée des congés de maternité et de leur caractère obligatoire (8 semaines au minimum) au regard du congé de paternité notamment.

35. Même s'il en déduit une solution différente de celle de la haute autorité, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 29 décembre 2004, ne conteste pas ce dernier point puisqu'il constate *que « le dispositif nouveau bénéficiera principalement aux fonctionnaires de sexe féminin »* en raison du fait, d'une part, que le congé maternité permet de satisfaire à la condition d'interruption d'activité professionnelle de deux mois et que, d'autre part, les autres congés ont un caractère seulement facultatif.

36. Bien plus, tous les hommes ayant élevé des enfants nés avant l'instauration de ces différents congés en sont exclus : création du congé de paternité en 2002 (loi n°2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002), du congé de présence parentale en 2001 (loi n°2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001). Le congé parental n'a été, quant à lui, ouvert de plein droit aux hommes qu'en 1984 (loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relative à la fonction publique de l'Etat).

37. Le Conseil d'Etat estime pourtant dans l'arrêt précité que cette différence de traitement ne contrevient pas au droit communautaire.

38. Or, ces avantages accordés aux femmes dans les faits ne visent pas à compenser les désavantages liés au congé de maternité ou à l'éloignement du service après l'accouchement, elles tendent uniquement à leur offrir, au moment de leur départ à la retraite, certains avantages en lien avec la période consacrée à l'éducation des enfants.

39. Le critère de deux mois continus d'interruption d'activité - revenant à favoriser les femmes quant à l'octroi de ces avantages - n'apparaît donc pas objectivement justifié au regard de l'objectif de la mesure qui est de prendre en compte une période d'inactivité liée à l'éducation de ses enfants.

40. Le Collège a eu l'occasion d'adopter plusieurs délibérations constatant que les articles L.12 b) et R. 37 du Code des pensions civiles et militaires établissaient une discrimination indirecte fondée sur le sexe prohibée par la directive 96/97/CE du 20 décembre 1996 modifiant la directive 86/378 du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale. Par ces délibérations<sup>9</sup>, la haute autorité a formulé des observations devant les juridictions administratives (qui n'ont, à ce jour, pas encore rendu de jugement) mais aussi recommandé au Ministre du Budget la modification des textes litigieux. Ces recommandations n'ont pas été suivies d'effet.

41. Les développements de la troisième partie de cette note tendent, de plus, à démontrer que la bonification prévue à l'article L. 12 b) du code des pensions ne peut pas être assimilée à une mesure d'action positive que la Cour de Justice des Communautés européennes est amenée à autoriser, notamment en matière d'accès à l'emploi.

---

<sup>9</sup> Voir, pour exemple la première délibération adoptée par le Collège en la matière n°2005-32 du 26 septembre 2005 et la plus récente, n°2010-5 du 4 janvier 2010.

42. L'argumentaire du Collège est conforté par l'avis motivé que la Commission européenne a adressé à la France le 22 juin 2009, lui demandant de faire respecter l'égalité de traitement Hommes/Femmes en ce qui concerne le régime applicable aux pères fonctionnaires d'enfants nés avant 2004.

## II- Pères salariés du secteur privé : d'une exclusion totale du bénéfice de la majoration de durée d'assurance à un accès discriminatoire, réservé aux pères ayant élevé seuls leurs enfants nés avant 2010

43. La haute autorité a été saisie de très nombreuses réclamations de pères salariés du secteur privé, ayant le plus souvent élevé leurs enfants seuls et estimant être victimes d'une discrimination fondée sur le sexe au motif que l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale réservait le bénéfice des majorations de durée d'assurance (MDA) aux seules mères. Dans une trentaine de délibérations, la haute autorité a formulé des observations qui ont toutes été suivies par les juridictions saisies (TASS, Cour d'appel et Cour de cassation).

Elle a également recommandé au Ministre de Travail, depuis 2005, la modification de l'article litigieux. Ses recommandations n'ayant pas été suivies d'effet, elle a décidé de les rendre publiques en adoptant un rapport spécial par la délibération n°2008-237 du 27 octobre 2008 (A).

44. A la suite des décisions de la Cour de cassation reconnaissant le caractère discriminatoire du dispositif, une réforme législative a eu lieu, laquelle n'apporte pas toute satisfaction en termes de respect de l'égalité de traitement à raison du sexe (B).

### A. L'exclusion totale des pères des MDA invalidée par la Cour de cassation

45. Pendant très longtemps, le dispositif du code de la sécurité sociale, conforme au droit communautaire, a été entériné par les juridictions nationales (1). Plus récemment, et dans le sens des préconisations du Collège de la haute autorité, la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence et considéré que la différence de traitement constituait une discrimination fondée sur le sexe (2).

#### 1. *Un dispositif conforme au droit communautaire mais contraire au droit du Conseil de l'Europe*

46. Le régime général de retraite est directement réglé par la loi, à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise, et obligatoirement applicable à des catégories générales de travailleurs. Il est, en outre, moins fonction du rapport d'emploi entre employeur et travailleur que de considérations de politique sociale au regard des critères élaborés par la CJCE<sup>10</sup>. Il est donc un régime de retraite *légal* et non professionnel.

47. Une telle qualification implique que ce régime est soumis à la directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale. Or, son article 7§1 dispose que les Etats membres - tout en prenant les mesures nécessaires à la suppression de dispositions législatives, réglementaires et administratives contraires au principe d'égalité de traitement (article 5) - peuvent néanmoins exclure de son champ d'application « les avantages accordées

<sup>10</sup> CJCE, 25 mai 1971, Gabrielle DEFRENNE ; CJCE, 13 mai 1986, BILKA-KAUFHAUS et CJCE, 17 mai 1990, BARBER.

*en matière d'assurance vieillesse aux personnes qui ont élevé des enfants* ». Ces avantages ne constituent pas de véritables rémunérations au sens de l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne et ne sont pas, de ce fait, soumis à l'application directe du principe d'égalité de traitement prévu par cet article. L'égalité doit tout de même être mise en œuvre mais de manière progressive, ce qui permet d'accorder certains avantages, de manière temporaire, aux seules femmes, contrairement à ce qui aurait été possible dans le cadre d'un régime professionnel de retraite.

48. Sur ce fondement, la Cour de Cassation a régulièrement jugé<sup>11</sup> que le traitement particulier accordé aux femmes par la législation de sécurité sociale était conforme à la hiérarchie des normes et a ainsi refusé de faire droit à la demande d'un homme ayant élevé seul ses enfants, visant à obtenir des majorations d'assurance identiques à celles des femmes.

49. Si le droit national est, à ce jour, conforme au droit communautaire<sup>12</sup>, le Collège a néanmoins estimé qu'il était discriminatoire au regard de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme<sup>13</sup>.

50. L'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CEDH) stipule, en effet, que « *la jouissance des droits et libertés reconnues par la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe (...)* ».

51. L'article 1er du premier protocole additionnel à cette convention stipule quant à lui 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* ».

52. Le Conseil d'Etat a jugé<sup>14</sup> que les pensions de retraite constituaient une créance devant être regardée comme un bien au sens de cette stipulation. Il a précisé, sur cette base, qu'une différence de traitement liée à la jouissance de l'un des droits garantis par la Convention, entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire, au sens de l'article 14 de la CEDH, « *si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi* »<sup>15</sup>.

53. Il convient donc de déterminer si le fait de réserver aux femmes des avantages dans le calcul de leur pension de retraite peut être regardé comme reposant sur un critère objectif et raisonnable eu égard à l'objet des majorations d'assurances.

## **2. Une inégalité de traitement injustifiée au regard de l'objet de la MDA**

54. L'article D351-1-7 du code de la sécurité sociale dispose qu' « *il est attribué un trimestre d'assurance à compter de la naissance ou de l'adoption d'un enfant (...), puis, dans la limite de sept trimestres pour chaque bénéficiaire de la majoration et jusqu'au seizième*

<sup>11</sup> Cour de Cassation, chambre civile, 15 juin 2004, CRAM Languedoc Roussillon c/Borne.

<sup>12</sup> Le professeur de droit Jean-Philippe Lhernoud considère que la Cour de Justice pourrait considérer rapidement que l'exception applicable aux retraites du régime général doit s'effacer devant le principe de droit communautaire d'égalité de traitement entre hommes et femmes, lequel est consacré largement par une norme supérieure à la directive : le Traité lui-même.

<sup>13</sup> Voir, pour exemple, la délibération initiale en la matière n°2005-43 du 3 octobre 2005.

<sup>14</sup> Conseil d'Etat, 30 novembre 2001, DIOP.

<sup>15</sup> *Ibid.*

*anniversaire de l'enfant, un trimestre d'assurance supplémentaire, à chacune de ses dates anniversaires ».*

55. Ces avantages accordés aux femmes ayant élevé des enfants ne visent donc pas à compenser les désavantages liés au congé de maternité ou à l'éloignement du service après l'accouchement mais uniquement à leur offrir, au moment de leur départ à la retraite, certains avantages en lien avec la période consacrée à *l'éducation* des enfants. Le traitement différencié des hommes et des femmes n'apparaît donc pas justifié au regard de l'objectif de la mesure qui est de prendre en compte une période d'inactivité liée à *l'éducation* de ses enfants.

56. Dès lors, l'article L351-4 du code de la sécurité sociale peut être considéré comme incompatible avec les stipulations de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme combinées avec l'article 1 du premier Protocole additionnel.

57. Aucune décision de la Cour européenne des droits de l'Homme n'a été rendue sur le point juridique de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de majoration de durée d'assurance dans le calcul des pensions de retraite d'un régime légal.

58. Cette démarche aurait cependant des chances sérieuses d'aboutir : il est en effet possible d'opérer un parallèle avec un arrêt rendu par la Cour en 1992<sup>16</sup>, concernant les pensions de retraites servies au conjoint survivant. La Cour a jugé contraire à l'article 14 de la Convention la législation néerlandaise privant une veuve d'une pension de survivant à taux plein, au motif que son ex-époux avait travaillé une partie de sa carrière à l'étranger, alors qu'un veuf dont l'ex-épouse aurait accompli des périodes hors des Pays-Bas aurait eu droit, lui, à une pension à taux plein. Elle a donc estimé que le fait de traiter différemment les femmes et les hommes quant à l'octroi d'avantages en matière de pension de retraite violait l'article 14 de la Convention, alors même que le régime néerlandais était un régime légal soumis à la directive 79/7/CEE, inopérante dans ce cas pour condamner le traitement particulier en faveur de l'un des deux sexes (article 7§1).

59. Le champ des recours devant la Cour européenne est plus large que celui du cadre communautaire : il peut s'étendre, en effet, à la condamnation d'avantages particuliers en faveur d'un sexe en matière de pension, et ce, même dans le cadre d'un régime légal. En effet, alors que la CJCE distingue strictement les régimes professionnels (pour lesquels elle fait une application directe de l'égalité de traitement de l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne) et les régimes légaux (pour lesquels il est possible d'exclure du champ d'application du principe d'égalité les avantages accordés en matière d'assurance vieillesse aux personnes ayant élevé des enfants), la Cour européenne se fonde, elle, sur les règles de non discrimination propres à la Convention et transcende ainsi la nature des régimes de pensions<sup>17</sup>.

60. La question de savoir si la jurisprudence de la CEDH permettrait de légitimer une mesure d'action positive en faveur des femmes fera l'objet de développements en troisième partie.

---

<sup>16</sup> CJCE, 4 juin 2002, WESSELS-BERGERVOET c/Pays-Bas.

<sup>17</sup> En effet, parmi les textes que la CJCE applique, il y a les deux directives précitées sur l'égalité de traitement hommes/femmes, l'une relative aux régimes professionnels, l'autre aux régimes légaux. La CEDH, quant à elle, réalise un contrôle au regard de l'article 14 de la Convention et de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel au regard duquel une bonification ou une majoration de durée d'assurance est un « bien » qu'il convient d'octroyer sans discrimination et ce, indépendamment du régime de sécurité sociale auquel il appartient.

Néanmoins, la Cour de cassation semble déjà avoir répondu à cette question en opérant, en 2006 et 2009, un revirement de jurisprudence.

61. Dans un arrêt du 21 décembre 2006, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé pour la première fois que l'exclusion des hommes du bénéfice de la bonification d'ancienneté prévue à l'article L351-4 du code de la sécurité sociale contrevenait aux articles 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme et 1er du Protocole n°1. Cet arrêt concernait un père ayant élevé seul ses enfants. Dans la mesure où il n'était pas exigé des mères qu'elles aient élevé seules leurs enfants pour bénéficier des MDA, une telle exigence ne pouvait peser sur les pères sans être discriminatoire. En d'autres termes, la solution dégagée par la Cour de cassation en 2006 devait valoir pour l'ensemble des pères ayant élevé leurs enfants.

62. Cette interprétation a été confirmée par l'arrêt du 9 février 2009 dans lequel la deuxième chambre civile de la Cour de cassation rappelle que l'article L351-4 du code de la sécurité sociale est incompatible avec les stipulations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et ce, dans une affaire concernant un père n'ayant pas élevé seul son enfant.

63. Peu de temps avant, dans la délibération n°2009-7 du 12 janvier 2009, le Collège avait décidé de formuler des observations devant la Cour de cassation tendant, d'une part, à réitérer la position juridique de la haute autorité et, d'autre part, à préciser, en réponse au moyen soulevé par la CNAVTS, que le bénéfice des avantages de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale ne saurait être conditionné au fait que le père ait élevé seul ses enfants : dans la mesure où, ni le fait d'avoir élevé seul des enfants, ni l'interruption de l'activité professionnelle ne constituent des conditions d'obtention de la majoration d'assurance prévue à l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale pour les mères, la haute autorité a, en effet, considéré que ces contraintes supplémentaires, non prévues par la loi, revêtaient tout autant un caractère discriminatoire si elles ne devaient peser que sur les pères.

64. Un arrêt de la deuxième chambre de la Cour de cassation en date du 25 juin 2009 a jugé recevables les observations de la haute autorité et les a pleinement suivies sur le fond en rejetant le pourvoi de la CNAVTS.

65. Au vu de cette jurisprudence, les pères de famille (ayant élevé seuls leur enfant ou pas) contestant des décisions de liquidation de pensions de retraite sur le fondement de l'article L351-4 précité peuvent se prévaloir directement des stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme pour faire échec à la loi discriminatoire : c'est l'accueil favorable de ces recours qui a nécessité, pour des raisons budgétaires, une modification législative.

#### **B. Une réforme législative en cours ouvrant le bénéfice des MDA aux pères de manière encore trop restrictive**

66. L'article 38 du projet de loi de financement de sécurité sociale pour 2010, aujourd'hui adopté, a réformé l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale pour le rendre conforme au principe d'égalité de traitement à raison du sexe.

67. La nouvelle mesure s'appliquera aux pensions de retraite prenant effet à compter du 1<sup>er</sup> avril 2010. Elle est donc sans effet sur les pensions de retraite liquidées avant cette date et, de plus, aucune disposition de la loi limite les effets des contentieux en cours en la matière.

68. En d'autres termes, conformément aux règles d'application de la loi dans le temps, alors même que la loi produira ses effets à partir du 1<sup>er</sup> avril 2010, les décisions qui auront fait l'objet d'un recours contentieux avant cette date seront examinées au regard de l'actuelle rédaction de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale ne réservant les MDA qu'aux mères.

69. La loi prévoit que deux avantages distincts, dont la finalité est très différente, se substitueront à la prestation unique prévue aujourd'hui par le code de la sécurité sociale :

- Une première majoration de 4 trimestres par enfant est liée à la grossesse et à l'accouchement. Au regard de son objet, cette majoration est exclusivement réservée aux mères ;
- Une seconde majoration de 4 trimestres par enfant est, quant à elle, liée à l'éducation d'un enfant pendant les quatre premières années de sa vie ou les quatre années suivant son adoption.

70. Les conditions pour bénéficier de cette seconde majoration - objet du présent développement - sont différentes selon la date de naissance de l'enfant permettant l'ouverture du droit.

71. Pour davantage de clarté, un tableau récapitulatif des nouvelles règles applicables, pour les deux années de MDA est joint à cette note.

72. Comme pour la réforme du régime des fonctionnaires, le régime transitoire mis en place (ici pour les enfants nés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2010) demeure trop restrictif pour ôter tout aspect discriminatoire (1). De même, la contrepartie de la mise en place d'un système vraiment égalitaire entre parents d'enfants nés après cette date, est la forte diminution des avantages auxquels pouvaient prétendre les femmes jusqu'à cette date (2).

### ***1. une ouverture partielle qui reste discriminatoire pour des pères dont les enfants sont nés avant 2010***

73. En principe, la deuxième année de MDA, au titre de l'éducation de l'enfant, sera accordée à la mère sauf si le père a élevé seul son enfant et parvient à le démontrer dans le délai d'un an à compter de la publication de la loi.

74. En ouvrant à une catégorie de pères le bénéfice de ces avantages, la nouvelle loi vise à éteindre une partie des contentieux.

75. Toutefois, même dans le cadre de cette ouverture, les mères, d'une part, et les pères seuls, d'autre part, ne sont pas traités de manière identique puisque **une exigence supplémentaire pèse sur les pères qui doivent se manifester dans le délai d'un an à compter de la publication de la loi pour prouver qu'ils ont élevé seuls leur enfant** et prétendre ainsi à la MDA. Les mères peuvent y prétendre à tout moment et sans justification à apporter.

76. L'instauration d'un délai d'un an ne poursuit pas un objectif lié à un intérêt économique visant à limiter les dépenses publiques. En effet, dans la mesure où s'ils démontrent avoir élevés seuls leurs enfants, les pères deviennent bénéficiaires de la MDA au lieu et place des mères, il n'y a donc pas cumul de la dépense.

77. L'objectif ainsi poursuivi est plutôt celui de la sécurité juridique : d'une part, pour les mères, qui pouvaient légitimement s'attendre à bénéficier de cet avantage (« confiance légitime ») et d'autre part, pour l'Etat dont l'intérêt est d'éviter la multiplication des contentieux pendant plusieurs décennies, initiés par des pères alléguant avoir élevé seuls leurs enfants.

78. Le principe de sécurité juridique peut, dans une certaine mesure, être considéré comme présentant un intérêt général suffisamment fort pour permettre de porter atteinte au principe d'égalité (CEDH, *Brauer c/Allemagne*, 28 mai 2009). Toutefois, les moyens employés par rapport au but poursuivi doivent être proportionnés au but recherché. Or, cette limitation dans le temps pour solliciter un droit semble disproportionnée pour deux raisons principales.

79. En premier lieu, le délai d'une année laissé au père pour qu'il se fasse connaître, paraît très insuffisant au regard de l'exigence démocratique que sont l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi<sup>18</sup>. En effet, il faut garder en mémoire qu'en janvier 2011 (un an après la publication de la loi), la plupart des pères seront encore très loin de la date de liquidation de leur pension de retraite.

80. C'est souvent à ce moment-là qu'ils pourront invoquer, avec des chances de succès, le principe de « confiance légitime » à laquelle la Cour européenne a déjà eu l'occasion de se référer<sup>19</sup>. En effet, au vu des deux derniers arrêts de la Cour de cassation jugeant discriminatoire l'exclusion des pères du bénéfice des MDA, ainsi que de leur médiatisation, ces pères, particulièrement ceux qui ont élevé seuls leur enfant, peuvent légitimement attendre une application du principe d'égalité.

81. A cet égard, le Conseil d'Etat, dans son rapport de 2006, constatait que le principe de *sécurité juridique* implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles, ce qui pourrait être le cas avec le délai d'un an ainsi posé.

82. Si le principe de sécurité juridique - dont le corollaire est celui de la confiance légitime - pourrait, peut-être, autoriser le législateur français à limiter dans le temps la possibilité de faire valoir un droit en matière d'assurance vieillesse, le moyen employé pour parvenir à cet objectif (se faire connaître dans le délai d'un an à compter de la publication de la loi), paraît disproportionné par rapport au but recherché, d'autant plus que ce principe est interprété strictement par la Cour.

83. En tout état de cause, sont toujours exclus du bénéfice des MDA les pères n'ayant pas élevé seul leur enfant né avant 2010. La situation de ces pères reste inchangée et n'est toujours pas conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation auquel renvoie pourtant l'exposé des motifs.

84. En effet, ainsi qu'il a été expliqué précédemment, si en 2006, la Cour avait reconnu à un père ayant élevé seul son enfant le bénéfice des MDA, elle a, en 2009, fait droit à une demande d'un père ayant élevé son enfant conjointement avec la mère : dans la mesure où il

---

<sup>18</sup> Pour le Conseil constitutionnel, il s'agit d'un principe à valeur constitutionnelle (décision du 27 juillet 2006)

<sup>19</sup> CEDH, 17 septembre 2009, *Scoppola c/ Italie*

n'était pas exigé des mères qu'elles aient élevé seules leurs enfants, cette exigence ne pouvait pas peser sur les pères, placés dans une situation comparable au regard de l'éducation des enfants.

85. Un père qui se verrait refuser une telle majoration pourrait considérer qu'il est victime de discrimination et contester, comme dans le passé, ce refus devant le juge, en tant qu'il viole les stipulations de la Convention européenne des droits de l'Homme. Au regard de la récente jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, on voit mal comment le juge pourrait revenir sur le constat opéré par la juridiction suprême en la matière.

86. Au demeurant, ces pères se trouvent particulièrement désavantagés au regard des pères dont les enfants seront nés après 2010, lesquels vont pouvoir, à certaines conditions, bénéficier de 4 trimestres de majoration.

## ***2. Une égalité de traitement à venir pour les pères au prix d'une diminution des avantages alloués aux mères dont les enfants sont nés après 2010***

87. La loi réaffirme que la deuxième année de majoration de durée d'assurance est attribuée à la mère. Elle prévoit toutefois à l'alinéa suivant un système original offrant aux parents plusieurs possibilités.

88. Dans le délai de six mois qui suit la quatrième année de l'enfant ou du quatrième anniversaire de l'adoption, les parents peuvent s'adresser à la caisse d'assurance vieillesse et :

- en cas de commun accord, partager cette année de MDA ;
- en cas de désaccord, démontrer avoir contribué, à titre principal, à l'éducation de l'enfant pendant la période la plus longue. En cas de contribution comparable, cette année de MDA sera partagée entre les parents, par moitié. Ce dernier cas de figure permettra de répondre à la situation des parents bénéficiant de la résidence alternée de leur enfant pendant les quatre premières années de sa vie.

89. Reste l'hypothèse dans laquelle les parents, dans le délai de six mois, ne se seraient pas manifestés auprès de la caisse pour faire part de leur volonté ou leur désaccord quant à l'attribution des MDA. Le projet de loi dispose que, dans ce cas, le silence des parents vaut décision conjointe implicite de désignation de la mère comme bénéficiaire de la seconde année de MDA.

90. Dans cette dernière hypothèse, les pères et les mères sont traités différemment dans la mesure où une « facilité » dans l'octroi de la deuxième année de MDA est laissée aux mères si les pères ne se manifestent pas dans le délai de six mois à compter du quatrième anniversaire de l'enfant ou du quatrième anniversaire de son adoption.

91. Cette différence de traitement pourrait être de nature à violer les stipulations de l'article 14 de la CEDH, combinées à celles de l'article 1er du premier protocole additionnel « *si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique ou si elle n'est pas fondée sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi* » (CE, 30 novembre 2001, DIOP).

92. Il convient donc de déterminer si cette facilité réservée aux femmes peut être regardée comme reposant sur un critère objectif et raisonnable eu égard à l'objet des majorations d'assurances.

93. Selon plusieurs enquêtes statistiques de l'INSEE qui seront développés en troisième partie, l'arrivée d'un enfant dans un couple a des effets très différenciés selon le sexe. Le fait que le préjudice de carrière lié à la naissance de l'enfant pèse particulièrement sur les mères peut légitimement justifier qu'elles soient présumées bénéficiaires de la MDA en cas de silence des parents, sans que cela apparaisse excessif ou disproportionné.

94. En effet, en premier lieu, il ne s'agit que d'une décision implicite de désignation de la mère en cas de *silence* des deux parents et non en cas de *désaccord* de ceux-ci. Si c'est cette dernière hypothèse qui prévalait, l'analyse ne serait sans doute pas la même.

95. En second lieu, ce dispositif a vocation à s'appliquer aux enfants nés après janvier 2010 : les pères vont donc avoir, au minimum, 4 ans et demi pour être informés de ces nouvelles dispositions, ce qui semble conforme, cette fois-ci, à l'exigence démocratique que sont l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi.

96. En conséquence, cette « facilité » laissée aux mères n'apparaît pas discriminatoire.

### **III- Des différences de traitement qui ne peuvent se justifier par aucune mesure des actions positives prévues par le droit**

97. Précédemment, il a été expliqué par quels mécanismes juridiques le Collège, le plus souvent suivi par les juridictions, avait pu constater le caractère discriminatoire de la législation française en ce qui concerne certains avantages vieillesse : la législation instaurée par le code de la sécurité sociale est incompatible avec le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme alors que la législation propre aux fonctionnaires viole le droit de l'Union européenne.

98. Dès lors se pose la question, dans cette dernière partie, de la possibilité offerte par ces deux droits de mettre en œuvre des mesures dérogatoires au principe d'égalité de traitement à raison du sexe afin de rétablir, dans les faits, une égalité réelle.

99. Si la CEDH ne valide qu'exceptionnellement ce genre de pratiques, la CJCE quant à elle admet plus aisément que les Etats membres adoptent des législations nationales visant à mettre en œuvre des mesures positives - c'est-à-dire préférentielles - à l'adresse d'un groupe défavorisé dans un domaine particulier, tel l'emploi.

100. Or, au regard des données statistiques relatives à l'incidence de la venue des enfants sur le taux d'activité des femmes, il serait tout à fait compréhensible que de telles mesures soient mises en place en France (A). Dans le cas d'espèce, il doit cependant être recherché si la bonification peut être regardée comme une mesure permettant d'aider les femmes à mener leur vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes (B).

#### **A. Les femmes, groupe particulièrement discriminé en matière d'emploi**

101. L'arrivée d'un enfant dans un couple a des effets très différenciés selon le sexe.

102. Selon les enquêtes Emploi de l'INSEE jointes en annexe, le taux d'activité des femmes en couple diminue avec le nombre d'enfants d'une part, et diminue d'autant plus qu'un enfant est en bas âge. Ainsi, le taux d'activité des femmes avec un enfant de moins de 3 ans est de 80,6 %, il tombe ensuite à 61,3 % avec deux enfants dont un de moins de 3 ans et enfin à 39 % avec trois enfants dont un de moins de 3 ans<sup>20</sup>.

103. A l'inverse, le taux d'activité des hommes tend à augmenter avec le nombre d'enfants.

104. Le fait que le préjudice de carrière lié à la naissance de l'enfant pèse particulièrement sur les mères peut légitimement justifier qu'elles puissent faire l'objet de mesures positives afin de palier de telles inégalités de fait.

## **B. La charge de l'éducation des enfants, élément permettant très difficilement la mise en place des mesures positives en faveur des femmes.**

105. La CEDH et la CJCE n'ont pas la même approche en la matière.

### ***1. Mesures admises par la CEDH***

106. En premier lieu, il est de jurisprudence constante que « *seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatibles avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur le sexe* » (affaire *Petrovic* en 1998, affaires *Wessels-Bergervoet* et *Willis* en 2002 ou encore *Tekeli* en 2004).

107. Par ailleurs, il découle également de sa jurisprudence que, dans le contexte de l'article 14, la production de statistiques tendant à démontrer que la mesure affecte sensiblement les femmes, n'est que rarement déterminante (CEDH, 24746/95, arrêt *Jordan* du 4 mai 2001)<sup>21</sup>.

108. Cependant, malgré cette jurisprudence bien établie, la Cour a pu opter pour des décisions plus surprenantes en la matière lorsque la CJCE s'était déjà prononcée au préalable sur la même affaire.

109. Par exemple, dans l'affaire *Stec* du 12 avril 2006, la CEDH a jugé non discriminatoires les dispositions législatives britanniques instaurant une différence de traitement fondée sur le sexe quant à l'âge auquel les personnes<sup>22</sup> peuvent arrêter de cotiser (65 ans pour les hommes, 60 ans pour les femmes).

110. Toutefois, la portée de cet arrêt ne peut être étudiée isolément et, notamment, sans préciser que la CJCE avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur ce même dispositif : en effet, en tant que régime légal de sécurité sociale, le régime britannique est soumis à la

---

<sup>20</sup> Les femmes en couple avec deux enfants ont en moyenne un taux d'activité de 85 % si les deux enfants sont âgés de 3 ans et plus, mais seulement de 61,3 % si au moins l'un des enfants à moins de 3 ans.

<sup>21</sup> Voir, dans un sens différent, l'arrêt *Hoogendijk c/ Pays-Bas* du 6 janvier 2005. Toutefois, cette affaire avait déjà fait l'objet d'un arrêt de la C.J.C.E. neuf ans plus tôt. C'est surtout parce qu'elle réexamine la même réglementation que la C.E.D.H. va, dans cet arrêt, prendre en compte les statistiques disponibles et décider d'aménager la charge de la preuve. Elle conclut en outre que l'argument de politique sociale avancé constitue un argument objectif et raisonnable.

<sup>22</sup> Il s'agit d'une mesure transitoire, le législateur britannique ayant décidé de mettre un terme progressif à une prestation hebdomadaire en espèces ayant pour objet de compenser une diminution de la capacité de gain versée aux employés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle.

directive 79/7 du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, dont l'article 7§1 permet une dérogation en matière d'avantages vieillesse (Cf. partie II-A-1). La CJCE, dans l'arrêt *Hepple* du 23 mai 2000 avait donc, sur le fondement de cet article, admis la différence de traitement.

111. Invitée à se prononcer sur ce même dispositif, après la CJCE, la CEDH a préféré renoncer<sup>23</sup> aux méthodes utilisées traditionnellement dans sa jurisprudence relative à l'article 14 en affirmant « *qu'il y a lieu d'attacher un poids particulier à la valeur hautement persuasive de la conclusion à laquelle a abouti la Cour* ».

112. Comme a pu l'écrire le professeur de droit Jean-Philippe LHERNOUD, la Cour européenne a adopté là une attitude de « *particulière bienveillance* » pour refuser de s'opposer à la Cour de Justice et ce, essentiellement pour des raisons d'opportunité (ne pas déclarer un texte interne conforme à une directive communautaire tout en constatant son incompatibilité avec la Convention européenne). Cependant, elle l'a fait en « *renonçant à interpréter l'interdiction de discriminer de l'article 14 conformément aux principes qu'elle a elle-même dégagés* »<sup>24</sup>, ce qui peut être source de confusion.

En revanche, lorsque la Cour de Justice ne s'est pas prononcée préalablement sur la même affaire, la Cour européenne renoue avec sa grille habituelle de lecture de l'article 14 et dégage des solutions opposées.

113. A ce titre, un arrêt rendu en 2002, déjà cité dans la note<sup>25</sup> et concernant les pensions de retraites servies au conjoint survivant, en est une parfaite illustration. La Cour européenne des droits de l'Homme a jugé contraire à l'article 14 de la Convention la législation néerlandaise privant une veuve d'une pension de survivant à taux plein, au motif que son ex-époux avait travaillé une partie de sa carrière à l'étranger, alors qu'un veuf dont l'ex-épouse aurait accompli des périodes hors des Pays-Bas aurait eu droit, lui, à une pension à taux plein. Elle a donc estimé que le fait de traiter différemment les femmes et les hommes quant à l'octroi d'avantages en matière de pension de retraite violait l'article 14 de la Convention, alors même que le régime néerlandais était un régime légal soumis à la directive 79/7/CEE, inopérante dans ce cas pour condamner le traitement particulier en faveur de l'un des deux sexes (article 7§1).

114. Ainsi qu'il a déjà été dit précédemment, le champ des recours devant la Cour européenne est plus large que celui du cadre communautaire : il peut s'étendre, en effet, à la condamnation d'avantages particuliers en faveur d'un sexe en matière de pension, et ce, même dans le cadre d'un régime légal. La Cour européenne se fonde, quant à elle, sur les règles de non discrimination propres à la Convention et transcende ainsi la nature des régimes de pensions.

115. Telle est, en tout état de cause, l'interprétation que la Cour de cassation effectue de la jurisprudence européenne dans ses décisions précitées de 2006 et 2009 par lesquelles elle a révélé la contrariété du code de la sécurité sociale avec les stipulations de l'article 14 de la CEDH combinées avec celles de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à cette convention.

---

<sup>23</sup> Denis MARTIN, « Starsbourg, Luxembourg et la discrimination » in *Revue trimestrielle des droits de l'Homme*, 1<sup>er</sup> janvier 2007, n°69

<sup>24</sup> Denis MARTIN, *Ibid*

<sup>25</sup> CJCE, 4 juin 2002, WESSELS-BERGERVOET c/Pays-Bas.

## 2. Mesures admises par la CJCE

116. La CJCE a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de valider des dispositions nationales constitutives de véritables ruptures d'égalité fondées sur le sexe mais mises en place dans le but d'éliminer les obstacles de fait permettant d'atteindre une égalité plus réelle.

117. Le traitement différencié à raison du sexe n'est légitime que dans deux cas de figure.

118. En premier lieu, il peut s'agir de mesures de protection des femmes dans le cadre spécifique de la grossesse et de la maternité, et la Cour en fait une interprétation stricte (Cf. CJCE, 12 juillet 1984, *Hoffmann*, aff. 184/83). Cette note a montré à plusieurs reprises que la bonification, comme la majoration de durée d'assurance, ne poursuivent pas un tel but.

119. En second lieu, il peut s'agir de mesures proprement positives. Pour se faire, la Cour se fonde sur l'article 2-4 de la directive 76/207 (désormais remplacée par la directive 2006/54) et sur l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'UE (ex-article 141 in fine du Traité CE) qui permettent respectivement « *de promouvoir l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes* » en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion, la formation professionnelle et les conditions de travail ou en maintenant ou adoptant « *des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle* ».

120. Il s'agit principalement de mesures tendant à l'égalité des rémunérations, l'harmonisation des conditions de travail, l'égalité en termes de déroulement de carrière, l'accès à des fonctions dans lesquelles un sexe est sous-représenté.

121. Elles peuvent, dans certains cas précis, prendre acte du fait que l'éducation des enfants pèse de manière plus contraignante sur la carrière des femmes. Ainsi, selon la Cour, est considéré comme aidant les femmes à mener leur vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes, le fait de réserver des places en crèche aux mères employées par un ministère néerlandais car cela correspond à la volonté des pouvoirs publics de lutter contre la sous-représentation importante de celles-ci dans le ministère concerné<sup>26</sup>. Dans cette hypothèse, il s'agit bien de compenser, au profit des mères, la charge d'enfant mais à la seule condition que cela leur « serve » à mener une carrière professionnelle sur un pied d'égalité.

122. En revanche, certaines mesures protectrices en faveur des femmes peuvent être jugées inappropriées au sens où elles constituent plutôt une entrave potentielle à l'accès égalitaire à l'emploi ou aux conditions d'emploi.

123. De fait, la MDA et la bonification, qui ont pour effet l'arrêt de la carrière des femmes de manière précoce, comportent un risque de désincitation de celles-ci à la poursuite d'une activité<sup>27</sup>. Au contraire, elles ne peuvent être considérées comme favorisant une égalité réelle au cours de leur carrière.

---

<sup>26</sup> CJCE, 19 mars 2002, affaire C-476/99 *Lommers c/ Minister van Landbouw*

<sup>27</sup> J.-Ph. LHERNOUD, « Retraite et avantages aux mères de famille » in *Liaisons sociales Europe*, 28 octobre 2009. Voir aussi, dans ce sens, les préconisations du Conseil d'orientation des retraites dans son 6<sup>ème</sup> rapport publié en décembre 2008 et consacré aux droits familiaux et conjugaux.

124. De même, la Cour de cassation dans un arrêt du 8 octobre 1996, juge que l'allocation pour la naissance ou l'adoption aux seules mères, laquelle vise à indemniser la salariée des dépenses liées à la présence d'un enfant, viole le droit communautaire. Pour la Cour, un homme (un père) doit y faire face au même titre qu'une mère.

125. Véhiculant le schéma selon lequel seule la mère est chargée de l'éducation des enfants, cette dernière mesure n'est en effet pas dans « l'esprit » du droit communautaire. Dans ce sens, la politique dite de « discrimination positive » permise par la Cour ne peut pas justifier la bonification.

126. En effet, celle-ci a explicitement jugé, dans l'arrêt GRIESMAR précité, que cet avantage ne contribue pas à « *aider les femmes à mener leur vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes* » mais qu'elle « *se borne à accorder aux fonctionnaires féminins ayant la qualité de mère une bonification d'ancienneté au moment de leur départ à la retraite, sans porter remède aux problèmes qu'elles peuvent rencontrer durant leur carrière professionnelle* ».

127. Si la bonification est juridiquement remise en cause, notamment par la jurisprudence communautaire, elle est également « socialement » critiquable dans la mesure où, loin d'être une solution à la mise en œuvre d'une égalité concrète, elle est au contraire susceptible de figer les inégalités entre les sexes en consacrant une représentation sexuée des tâches et des responsabilités. Un auteur commentant l'arrêt GRIESMAR estime qu'à ce titre « *le juge communautaire se livre ainsi à un constat à peine voilé d'inefficience de la mesure de protection, issue de l'article 12 b) du code des retraites* »<sup>28</sup>.

128. Il résulte de tout ce qui précède que remettre en cause les MDA et les bonifications est loin de signifier qu'aucune mesure positive ne puisse être préconisée en faveur des femmes, bien au contraire. Cependant, si la recherche d'une meilleure égalité de traitement dans l'accès au marché du travail et dans le déroulement de carrière peut avoir un impact positif sur le montant des retraites et réduire, de fait, les écarts moyens des montants des pensions entre hommes et femmes, un mécanisme qui n'aurait d'impact que sur le dispositif de retraite ne saurait, en revanche, remédier aux inégalités de faits dont sont victimes les femmes, dans l'emploi.

129. Dans ce sens, d'autres mesures positives, davantage fondées et conformes aux droits communautaire et européen, pourraient être mises en œuvre et, pour le moins, préconisées par le Collège à l'issue de la réflexion menée par le groupe de travail « Égalité de genre en matière de retraite », lequel réunirait la Direction des affaires juridiques, la Direction de la promotion de l'égalité, ainsi que des chercheurs en sciences sociales et des juristes ayant déjà eu l'occasion de produire des travaux en la matière.

---

<sup>28</sup> Annie FITTE-DUVAL, « L'arrêt Griesmar : l'égalité sans concessions » in *L'actualité juridique – Fonctions publiques*, janvier-février 2002, pp. 11-14