

Paris, le 1^{er} mars 2016

Décision du Défenseur des droits MLD-2016-059

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 des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Vu le premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ;

Vu le code civil ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu l'ordonnance n° 2005-759 portant réforme de la filiation ;

Vu le décret n° 2008-637 du 30 juin 2008 modifié portant règlement des retraites du personnel de l'entreprise Y ;

Saisi par Monsieur X qui estime discriminatoire le refus de lui accorder une majoration du montant de sa pension de retraite pour avoir élevé quatre enfants,

Décide de présenter les observations suivantes devant la cour d'appel de Z saisie par Monsieur X.

Jacques TOUBON

Observations devant la cour d'appel de Z dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

Par un courriel du 24 mars 2013, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Monsieur X relative au défaut de majoration du montant de sa pension de retraite pour avoir élevé au moins trois enfants.

Rappel des faits et de la procédure

Ancien conducteur de l'entreprise Y, Monsieur X a fait valoir ses droits à la retraite à compter du 1^{er} juin 2012.

La Caisse de retraites du personnel de l'entreprise Y lui a notifié, le 21 juin 2012, une pension de retraite personnelle d'un montant mensuel net de 2 651,07 €, qui ne comportait pas la majoration pour enfants prévue par l'article 25 du décret n° 2008-637 du 30 juin 2008 portant règlement des retraites du personnel de l'entreprise Y, dans sa version en vigueur à cette date.

Cet article disposait que « *la pension est majorée pour les assurés ayant élevé au moins trois enfants pendant neuf ans avant leur seizième anniversaire de 10% de son montant pour les trois premiers enfants et de 5% par enfant au-delà du troisième* » et précisait que « *les enfants ouvrant droit à majoration sont les enfants nés de l'assuré dont la filiation est établie, les enfants adoptés, les enfants recueillis au foyer du titulaire de la pension qui sont placés sous tutelle ou qui sont nés du conjoint et issus d'un mariage précédent* » et que « *pour être pris en compte, chaque enfant recueilli doit avoir été élevé au sens de la réglementation relative aux prestations familiales par l'assuré pendant au moins neuf ans avant son seizième anniversaire ou avant d'avoir cessé d'être à charge au sens de la même réglementation* ».

Or, Monsieur X avait déclaré avoir élevé quatre enfants pendant au moins neuf ans avant leur seizième anniversaire ou avant qu'ils aient atteints l'âge de vingt ans, à savoir, d'une part, les deux filles qu'il a eu d'un premier mariage, W, née le 17 décembre 1979 et T, née le 22 décembre 1982, d'autre part, la fille de sa compagne, S, née le 18 janvier 1984, qu'il a recueillie le 1^{er} juin 1989, et enfin, B, née le 10 novembre 2000, fille qu'il a eu de sa compagne, avec laquelle il se mariera le 18 juin 2008.

Par lettre du 23 juin 2012, Monsieur X a saisi la commission des recours amiables du conseil d'administration de la Caisse de retraites du personnel de l'entreprise Y, afin que sa pension de retraite soit augmentée du montant de la majoration pour avoir élevé quatre enfants.

Par lettre recommandée avec accusé de réception du 22 octobre 2012, la commission des recours amiables du conseil d'administration de la Caisse de retraites du personnel de l'entreprise Y lui a notifié le rejet de sa demande, considérant que Monsieur X n'avait pas élevé trois enfants pendant neuf ans au sens de l'article 25 précité, mais seulement deux, W et B.

La commission des recours amiables lui a opposé la circonstance que T, dont la garde avait été attribuée à sa mère, était âgée de 7 ans, le 28 novembre 1989, date du divorce de ses parents, et n'avait donc pas été élevée pendant neuf ans et le fait qu'S, enfant naturelle reconnue, qu'il a cessé d'élever en 2003, n'avait pas, de ce fait, la qualité d'enfant « *né du conjoint et issu d'un mariage précédent* ».

Le 13 décembre 2012, Monsieur X a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale du département A.

Par jugement du 16 mai 2013, le tribunal des affaires de sécurité sociale du département A a rejeté son recours, aux motifs que, d'une part, compte tenu de la date de naissance de l'enfant T, de la date du jugement de divorce et de l'ordonnance ultérieure du juge aux affaires familiales, qui confie la garde de cette enfant à sa mère, la condition de l'avoir élevée pendant neuf ans n'était pas remplie et que, d'autre part, l'enfant S n'apparaît pas comme un enfant du conjoint issu d'un mariage précédent, étant née hors mariage et sa mère n'étant devenue conjointe de Monsieur X que le 18 juin 2008, postérieurement à la date à laquelle ce dernier avait déclaré avoir cessé de l'élever.

Le 5 octobre 2013, Monsieur X a interjeté appel de ce jugement, qui lui avait été notifié le 26 septembre 2013.

Analyse juridique

1) En ce qui concerne T

L'article L.513-1 du code de la sécurité sociale dispose que « *Les prestations familiales sont, sous réserve des règles particulières à chaque prestation, dues à la personne physique qui assume la charge effective et permanente de l'enfant* ».

L'article R. 513-1 du même code dispose que « *la personne physique à qui est reconnu le droit aux prestations familiales a la qualité d'allocataire* » et « *en cas de divorce, de séparation de droit ou de fait des époux ou de cessation de la vie commune des concubins, et si l'un et l'autre ont la charge effective et permanente de l'enfant, l'allocataire est celui des membres du couple au foyer duquel vit l'enfant* ».

Dans un arrêt du 26 juin 2006, la Cour de cassation a défini la notion de charge effective et permanente en précisant que, « *en cas de divorce, ... et lorsque les parents exercent conjointement l'autorité parentale et bénéficient d'un droit de résidence alternée sur leur enfant qui est mis en œuvre de manière effective et équivalente, l'un et l'autre des parents doivent être considérés comme assumant la charge effective et permanente de leur enfant au sens de l'article L. 513-1 du code de la sécurité sociale* » (Cass., avis, pourvoi n° 06-00005).

Dans une décision rendue le 16 mai 2007 (req. n° 283292), le Conseil d'État, appelé à se prononcer sur cette même notion, a considéré « *qu'aux termes de l'article 371-1 du code civil : L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. / Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assumer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. (...)* ; qu'aux termes de l'article 373-2-2 du même code : *En cas de séparation entre les parents, ou entre ceux-ci et l'enfant, la contribution à son entretien et à son éducation prend la forme d'une pension alimentaire versée, selon le cas, par l'un des parents à l'autre, ou à la personne à laquelle l'enfant a été confié.(...)* ; *qu'il résulte de ces dispositions que, dès lors qu'il continue d'assurer l'exercice de l'autorité parentale, et pourvoit à l'entretien et à l'éducation d'un enfant, alors même que celui-ci ne résiderait plus, du fait d'une séparation ou d'un divorce d'avec son conjoint, à son domicile, le parent élève cet enfant, au sens des dispositions de l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraites* ».

Il convient de noter que le Conseil d'État s'était alors prononcé dans un litige relatif au bénéfice des dispositions de l'article L. 18 du code des pensions civiles et militaires de retraites, qui, comme l'article 25 du décret du 30 juin 2008, prévoit une majoration de la pension pour les titulaires ayant élevé trois enfants et pose aussi comme condition que « *les enfants devront avoir été élevés pendant au moins neuf ans, soit avant leur seizième anniversaire, soit avant l'âge où ils ont cessé d'être à charge au sens des articles L. 512-3 et R. 512-2 à R. 512-3 du code de la sécurité sociale* ».

Certes, les dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraites ne sont pas applicables à la situation de Monsieur X, qui relève du régime spécial régi par le décret du 30 juin 2008. Toutefois, la notion de charge effective d'enfant, telle que précisée par la Cour de cassation et le Conseil d'État, ne peut être appréhendée différemment selon le texte qui l'évoque.

En l'espèce, il résulte du jugement de divorce du 28 novembre 1989, que Monsieur X a conservé l'autorité parentale sur ses deux filles mineures, dont T.

À cette date, la notion de résidence alternée n'existait pas légalement et l'article 287 du code civil imposait au juge, en l'absence d'accord des parents, de désigner le parent chez lequel l'enfant aurait sa résidence habituelle.

Cette notion n'est apparue dans le code civil qu'à la suite de la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, qui a créé l'article 373-2-3 du même code, lequel a introduit la possibilité, pour le juge aux affaires familiales, de prononcer la résidence des enfants en alternance chez le père et chez la mère.

Dans les faits, Monsieur X, qui bénéficiait, aux termes de la convention homologuée par le jugement de divorce, d'un droit de visite libre, hébergeait ses filles tous les week-ends, ainsi que les mercredis après-midi, ce qui est attesté par la lettre que son ex-épouse lui a adressée le 11 avril 1992, par laquelle elle l'informe avoir engagé une procédure pour obtenir une modification du droit de visite.

Cette procédure a été clôturée par une ordonnance du 25 septembre 1992, qui a réparti les droits de visite du père et de la mère de façon fixe et égalitaire, tout en maintenant la résidence habituelle de T chez sa mère et en fixant celle d'W chez son père.

En outre, Monsieur X a versé une pension alimentaire pour l'entretien de sa fille jusqu'au 1^{er} septembre 1992 et, selon l'attestation établie le 16 octobre 2013 par le département RER- unité transport LB, il a bénéficié, pour T, comme pour les trois autres enfants, jusqu'à leurs seize ans, des différents avantages familiaux de l'entreprise Y (vacances, arbre de Noël, attribution de points).

Eu égard aux conditions dans lesquelles Monsieur X a exercé son droit de visite et d'hébergement de ses filles, en particulier d'T, entre le jugement de divorce du 28 novembre 1989 et l'ordonnance du 25 septembre 1992, on ne peut donc que considérer qu'il avait la charge effective et permanente de sa fille T pendant cette période.

En conséquence, Monsieur X a bien eu la charge effective et permanente de T entre le 22 décembre 1982, jour de sa naissance, et le 25 septembre 1992, soit pendant presque dix ans.

La circonstance que, en application de la règle de l'allocataire unique, il n'ait pas perçu de prestations familiales pour cette enfant, ne peut suffire à démontrer le contraire.

2) En ce qui concerne S

a) sur l'influence de la date du mariage de sa mère avec Monsieur X

Dans un litige relatif à l'application de l'article 18 du décret n° 68-382 du 5 avril 1968 portant statut de la Caisse de retraites des personnels de l'Opéra national de Z, dont les dispositions étaient, à l'époque, analogues à celles de l'article 25 du décret du 30 juin 2008 avant sa modification par le décret n° 2014-668 du 23 juin 2014, la Cour de cassation a considéré que cet article « *subordonne la majoration de pension qu'il prévoit à la seule condition que les enfants aient été élevés "pendant au moins neuf ans" avant un certain âge par celui qui revendique la majoration ; que le point de départ de cette période de neuf années est le moment où, en fait, le titulaire de la pension a commencé à élever les enfants quelle qu'ait été la date où ont été formés les liens de droit entre le bénéficiaire de la pension et l'auteur des enfants* » (Cass., Soc., 18 décembre 1973, n° 72.14693).

Le Conseil d'État a appliqué les mêmes principes, en considérant que, pour apprécier le droit à la majoration de pension, « *la période d'au moins neuf ans pendant laquelle les enfants doivent avoir été élevés par le pensionné doit être décomptée à partir du moment où, en fait, celui-ci a commencé à élever les enfants de son conjoint issu d'un précédent mariage* » (CE, 19 février 1999, n° 195609). Il y a lieu d'observer que, à l'époque où le Conseil d'État a statué, la version en vigueur de l'article L. 18 du code des pensions civiles et militaires de retraites était identique à celle de l'article 25 du décret du 30 juin 2008 appliquée à Monsieur X.

En conséquence, la date de son mariage avec la mère de S ne peut être opposée à Monsieur X, dès lors que, par les diverses pièces qu'il produit, il établit avoir assumé l'entière charge de cette enfant depuis le 6 juin 1989, date du début de la vie maritale, jusqu'à ses seize ans.

b) sur la naissance hors mariage de S

Certes, l'article 25 du décret du 30 juin 2008 disposait expressément que, pour ouvrir droit à la majoration, l'enfant devait être né du conjoint et issu d'un mariage précédent.

Toutefois, la persistance, dans un texte réglementaire, d'une distinction entre enfant né d'un mariage, anciennement appelé enfant légitime, et enfant né hors mariage, ou enfant naturel, est contraire à la loi, pourtant antérieure au décret.

En effet, l'article 17 de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation a supprimé du code civil toute notion de filiation naturelle et de filiation légitime. Son article 19 l'a supprimée du code pénal, de l'article L. 521-2 du code de la sécurité sociale, du code des pensions civiles et militaires de retraites, ainsi que du code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre.

Dans un avis rendu le 9 mai 2005, rendu à propos de documents d'urbanisme, le Conseil d'État a considéré que, « *en vertu d'un principe général, [...], il incombe à l'autorité administrative de ne pas appliquer un règlement illégal. Ce principe trouve à s'appliquer, en l'absence même de toute décision juridictionnelle qui en aurait prononcé l'annulation ou [l']aurait déclaré illégal...* » (Conseil d'État, avis du 9 mai 2005, n° 277280).

Par une décision du 29 octobre 2012, le Conseil d'État a confirmé, dans une affaire relative à l'attribution d'une indemnité pour charge militaire, dont le taux est variable selon la situation de famille du militaire, l'avis du 9 mai 2005, en considérant que l'autorité administrative ne pouvait opposer à un demandeur des dispositions réglementaires illégales, sans commettre une erreur de droit (Conseil d'État, 29 octobre 2012, n° 357624).

Par ailleurs, les dispositions de l'ordonnance du 4 juillet 2005 avaient pour objet d'éviter toute discrimination entre les enfants nés ou non de couples mariés.

Cette loi faisait suite à différents arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'Homme, qui ont prohibé les différences de traitement entre enfants nés dans le cadre d'un mariage et ceux nés hors mariage.

Par deux arrêts en date du 1^{er} février 2000 (affaire *Mazurek c/France*, req. n° 34406/97) et du 22 décembre 2004 (affaire *Merger et Cros c/France*, req. n° 68864/01), la Cour a sanctionné la France pour sa législation qui traitait de façon différente, en matière de droits successoraux, les enfants légitimes et les enfants adultérins, après avoir conclu à une violation de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales combiné avec l'article 14 de la Convention.

La Cour avait déjà condamné l'Autriche pour le même motif, le 28 octobre 1987, dans une affaire concernant les droits de succession d'un enfant né hors mariage, qui, de ce fait, ne pouvait pas recueillir la succession de sa mère selon la loi carinthienne (affaire *Inze c/Autriche*, req. n° 8695/79).

L'article 14 de la Convention dispose, en effet, que, « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur... la naissance ou toute autre situation* ».

L'article 14 de la Convention n'ayant pas de portée autonome, il doit être combiné avec un autre article de la Convention. À ce titre, l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel dispose que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* ».

La Cour européenne des droits de l'Homme a considéré que, dès lors qu'un État contractant mettait en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale, cette législation devait être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 pour les personnes remplissant ses conditions (affaire *Stec et autres c/Royaume-Uni*, 6 juillet 2005, req. n° 65731/01 et 65900/01).

La Cour a précisé que si le Protocole n° 1 ne comportait pas un droit à percevoir des prestations sociales de quelque type que ce soit, lorsqu'un État décidait de créer un régime de prestations, il devait le faire d'une manière compatible avec l'article 14, c'est-à-dire ne pas introduire de conditions d'octroi de la prestation fondées sur un motif discriminatoire.

Au regard de la Convention, il est clair que la pension de retraite qui est versée par la Caisse de retraites du personnel de l'entreprise Y à Monsieur X est un bien protégé par l'article 1^{er} du Protocole n° 1.

Force est de constater que le refus de prendre en compte l'enfant S pour l'octroi à Monsieur X d'une majoration de sa pension de retraite est fondé sur un motif directement lié à la qualité d'enfant naturel de cette dernière et pourrait, de ce fait, être regardé comme revêtant un caractère discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales combiné avec les dispositions de l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention.

Il résulte en effet des stipulations précitées de la Convention, qu'une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire, au sens des stipulations précitées de l'article 14 de la Convention, 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.

Or, en l'espèce, cette différence de traitement ne semble pas pouvoir être justifiée de manière objective et raisonnable, dans la mesure où cette différenciation est contraire à la loi nationale.

De plus, le régime spécial de retraite des personnels de l'entreprise Y, qui était le seul à maintenir cette différenciation entre enfant issu d'un mariage précédent et enfant naturel, a été récemment mis en conformité avec le code civil par l'article 6 du décret n° 2014-668 du 23 juin 2014 qui a modifié l'article 25 du décret du 30 juin 2008 qui précise désormais que « *ouvrent droit à la majoration : (...) les enfants du conjoint issus d'un mariage précédent, ses enfants naturels dont la filiation est établie et ses enfants adoptifs* ».

3) Sur la compétence de la juridiction judiciaire pour se prononcer sur la compatibilité du texte réglementaire en cause avec le droit européen

La Cour de cassation a reconnu à plusieurs reprises la compétence du juge judiciaire pour se prononcer par voie d'exception sur la compatibilité d'un acte administratif avec le droit

communautaire ou celui de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Cas., Civ1, 3 avril 2001, n° 00-05026 – 00-05030) et l'a d'ailleurs reconnu dans des affaires mettant en cause l'entreprise Y (Cass. Soc., 18 décembre 2007, n° 06-45132 ; Civ2, 20 décembre 2007, n° 06-20563).

Ainsi, contrairement à ce qui est soutenu par la Caisse de retraites du personnel de l'entreprise Y dans un courrier adressé au Défenseur des droits, la cour d'appel de Z a compétence pour écarter une disposition du règlement des retraites du personnel de l'entreprise Y qui, comme il vient d'être démontré, est contraire à un texte international.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et soumettre à l'appréciation de la cour d'appel de Z.

Jacques TOUBON