

Paris, le 4 juillet 2017

Décision du Défenseur des droits n° 2017-170

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 et son premier Protocole additionnel ;

Vu le principe constitutionnel de protection de la santé garanti par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu le principe constitutionnel d'égalité des usagers devant le service public, issu des articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auxquels se réfère le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu l'exigence constitutionnelle de solidarité nationale garantie par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu l'article L.6527-4 du code des transports ;

Vu l'article L. 1132-1 du code du travail ;

Vu la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Saisi par Monsieur X, qui estime avoir subi une violation de ses droits d'usager d'un service public, ainsi qu'une discrimination en raison de son état de santé,

Décide de recommander à une caisse de retraite et à la Direction de la sécurité sociale, sous la tutelle du Ministère des solidarités et de la santé, d'une part, de procéder à un nouvel examen des droits de Monsieur X, et d'autre part, d'engager une réforme de certaines dispositions régissant la constitution des droits à retraite complémentaire du personnel concerné, afin d'assurer leur conformité aux droits des usagers des services publics et à la prohibition des discriminations.

Le Défenseur des droits demande à la caisse de retraite du personnel concerné et à la Direction de la sécurité sociale, de rendre compte des suites données aux recommandations ci-dessus dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation relative aux modalités de détermination des droits à pension de retraite complémentaire mises en œuvre par une caisse de retraite.

Faits

A compter du 22 janvier 1985, Monsieur X a travaillé au sein de la Compagnie Y.

Le 18 juin 2011, il a été victime d'un accident du travail, à la suite de quoi il a été pris en charge par la Cnam, puis par le régime de prévoyance à adhésion obligatoire des personnels d'Y.

Le 3 juin 2013, le Conseil médical l'a déclaré « inapte définitif à exercer sa profession ».

Le 14 juin 2013, Monsieur X a demandé la liquidation de son droit à pension au titre de son inaptitude définitive, avec effet au 29 mai 2013.

Il est apparu qu'à la suite de la décision du Conseil d'administration de la caisse de retraite d'exclure de l'assiette des cotisations les indemnités journalières (ci-après IJ) de sécurité sociale (décision n°2012-39 du 20 septembre 2012), décision à laquelle il a été donné effet à compter du 1er janvier 2012, la période de son incapacité de travail en raison de son état de santé n'était quasiment pas valorisée pour la constitution de ses droits à retraite complémentaire. Elle l'était à hauteur, seulement, du maintien de salaire assuré par Y en application de ses obligations conventionnelles.

Il en est résulté une baisse sensible du montant de sa pension. L'incapacité de travail de Monsieur X pour raison médicale, de surcroît imputable à son activité professionnelle, a ainsi conduit à une réduction importante de ses droits au titre de la retraite complémentaire.

Monsieur X s'est plaint d'une telle situation auprès de la caisse de retraite et du Ministère des affaires sociales, alors ministre de tutelle de la caisse, au motif notamment de ce qu'elle était discriminatoire. En vain.

Il a saisi de ce litige le Tribunal de grande instance de Z, devant lequel une procédure est actuellement pendante.

Instruction

Par courrier du 3 février 2017, les services du Défenseur des droits ont adressé une note récapitulative à la Direction de la sécurité sociale ainsi qu'à la caisse de retraite. Aux termes de cette note étaient exposés les motifs conduisant à considérer que certaines dispositions régissant le régime de retraite complémentaire du personnel concerné, portaient atteinte aux droits d'un usager de services publics, et créaient une discrimination en raison de l'état de santé.

Les destinataires de la note récapitulative étaient invités à présenter leurs observations dans un délai de deux mois.

A ce jour, ni la caisse de retraite ni la Direction de la sécurité sociale n'ont formulé d'observation.

Analyse juridique

A titre liminaire, il convient de rappeler le cadre législatif et réglementaire dans lequel s'inscrit la situation dénoncée.

Les personnels concernés, comme tous les salariés, sont affiliés au régime de retraite de base de la sécurité sociale. Ils se voient appliquer, à cet égard, les règles du régime général.

En ce qui concerne, en revanche, la retraite complémentaire, ces personnels sont soumis à un régime spécifique qui leur propre.

Les dispositions régissant le régime de retraite complémentaire applicable aux personnels concernés sont issues du Code de l'aviation civile, du Code des transports, et des décisions que le conseil d'administration de la caisse de retraite est habilité à prendre.

En vertu de l'article L.6527-1 du Code des transports, le personnel salarié concerné, à l'instar de l'ensemble des salariés (L.921-1 du Code de la sécurité sociale), est obligatoirement affilié à un régime de retraite complémentaire. Cette obligation est d'ordre public (Soc. 23 novembre 2010, pourvoi n° 09-42496).

L'article L.6527-2 du même Code précise que « *la gestion du régime est confiée à la Caisse de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile, personne morale de droit privé à but non lucratif et remplissant une mission d'intérêt général. Elle est placée sous la tutelle du ministre chargé de la sécurité sociale* ».

S'agissant du « traitement » des périodes d'incapacité médicale, il résulte de l'article R.426-13 du Code de l'aviation civile que les périodes d'incapacité médicale indemnisées « *sont considérées comme valables pour la retraite* ».

Jusqu'au 1er janvier 2012, la validation de ces périodes, au même titre que les périodes travaillées, n'a posé aucune difficulté, car les indemnités journalières de sécurité sociale étaient comprises dans l'assiette des cotisations. Des contributions, parts salariale et patronale, étant prélevées sur les IJ, des droits pour la retraite complémentaire étaient constitués de plein droit durant la période d'incapacité de travail pour maladie.

Cette solution était cependant discutée, le principe généralement retenu dans les différents régimes légaux de sécurité sociale, étant que les IJ ne constituent pas du salaire et échappent par conséquent, aux cotisations.

La situation a changé à la suite de la décision du conseil administration de la caisse de retraite d'exclure les IJ de l'assiette des cotisations (décision n°2012-39 du 20 septembre 2012), puis du décret pris en conséquence, n°2012-1563 du 31 décembre 2012, relatif au régime complémentaire de retraite du personnel navigant professionnel de l'aéronautique civile, ayant soumis la validation des périodes d'incapacité à un achat ou un rachat par l'assuré, de cotisations salariales et patronales.

Ainsi selon l'article R.426-14 du code de l'aviation civile modifié par ce décret, la valorisation des périodes d'incapacité pour raison de santé implique, de la part de l'affilié :

- soit un versement de cotisations dans l'année civile suivant la période d'incapacité, dont le montant correspond au différentiel entre ce qui a été effectivement versé par l'employeur

dans le cadre du maintien de salaire complétant l'indemnisation maladie ou prévoyance (parts patronale et salariale), et ce qui aurait dû être versé sur la base de la totalité du salaire annuel de la période précédant celle de l'incapacité - parts patronale et salariale (l'article R.426-14- I) ;

- soit un rachat des mêmes cotisations, si leur versement n'a pas eu lieu dans l'année civile suivant la période d'incapacité.

Ainsi, il résulte du dispositif issu de la décision et du décret précités que sauf recours par l'affilié à ces procédés onéreux, les périodes d'incapacité médicale n'ouvrent des droits que très réduits, ceux-ci étant assis sur les seules cotisations prélevées exclusivement sur les maintiens de salaire auxquels sont tenus les employeurs.

Le bénéfice pour l'affilié en incapacité, d'une constitution de droits semblable à celle qui a lieu en période d'activité, par référence à l'année civile précédant la période d'incapacité, implique puisque seule la partie « maintien de salaire » est soumise à cotisation, de verser ou de racheter les cotisations « manquantes », parts salariale et patronale.

Paradoxalement, la perte de droit est encore plus marquée lorsque l'incapacité de travail est imputable à l'activité professionnelle : le montant des IJ étant alors plus important, la part de maintien de salaire, et donc de cotisations, est moindre.

Une telle situation méconnaît à divers égards, les droits de l'usager du service public de la sécurité sociale.

Elle crée, qui plus est, une discrimination indirecte fondée sur l'état de santé.

1°) La méconnaissance des droits de l'usager d'un service public de la sécurité sociale

Au regard de la notion de service public, telle que définie par le Conseil d'Etat (arrêt Nancy, 28 juin 1963, Section, req. 43834), il y a lieu de considérer qu'un affilié de la caisse de retraite a, dans ses relations avec cet organisme, la qualité d'usager d'un service public : la caisse de retraite exerce une activité d'intérêt général, dispose de prérogatives de puissance publique (prélèvement de cotisations) et est placée sous le contrôle de l'Etat, plus précisément du ministère chargé de la sécurité sociale (article L. 6527-2 du code des transports).

En qualité d'usager du service public de la sécurité sociale, en l'occurrence du service de l'assurance vieillesse complémentaire à laquelle la loi lui fait obligation d'être affilié, le personnel concerné doit bénéficier de modalités réglementaires d'acquisition de la prestation, conformes à la loi qui l'a instituée, et du principe de l'égalité devant le service public garantie par la Constitution. Il est fondé, en outre, à se prévaloir du principe de solidarité, principe fondateur de notre régime de sécurité sociale dont la valeur constitutionnelle a également été reconnue.

L'illégalité du texte réglementaire organisant la constitution de droits à retraite complémentaire durant les périodes de maladie, résulte de ce qu'il soumet la valorisation de cette période à la prise en charge par le salarié de la part patronale de la contribution.

Cette modalité est contraire aux alinéas 1 et 2 de l'article L.6527-4 du code des transports, selon lesquels :

« La couverture des charges est assurée par des cotisations assises sur les rémunérations perçues par les personnels concernés au cours d'une année civile, dont le taux et le mode de calcul sont fixés par voie réglementaire, dans la limite d'un plafond. Pour le calcul des

cotisations, est pris en compte le salaire brut après déduction des indemnités afférentes aux activités au sol indépendantes de la fonction de navigant et des indemnités représentatives de frais.

Ces cotisations sont pour partie à la charge de l'employeur et pour partie à la charge du salarié ».

Ainsi en vertu de la loi, le financement des prestations est assuré par des cotisations assises sur les rémunérations, cotisations dont une partie est à la charge de l'employeur.

L'article R.426-14 du code de l'aviation civile, en soumettant la valorisation des périodes d'incapacité pour raison de santé à la prise en charge de l'intégralité des cotisations par le salarié, méconnaît la loi.

Par ailleurs, ***l'égalité de traitement*** à laquelle peut prétendre l'usager d'un service public trouve sa source dans plusieurs textes : les articles 6 et 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui visent respectivement l'égalité devant la loi (« *la loi doit être la même pour tous, qu'elle protège ou qu'elle punisse* ») et l'égalité devant les charges publiques, ainsi que l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, lequel ouvre les droits sociaux sur une base universelle.

En vertu du principe d'égalité devant le service public, toute personne a un droit égal à l'accès au service, participe de manière égale aux charges financières résultant du service, et enfin doit être traitée de la même façon que tout autre usager du service.

Des inégalités sont toutefois admises entre les usagers, dans trois cas : lorsque l'inégalité constitue la conséquence nécessaire d'une loi, lorsqu'existent entre les usagers concernés des différences de situation appréciables, ou encore lorsqu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service commande cette mesure (CE Sect. 10 mai 1974, requête numéro 88032, requête numéro 88148, Denoyez et Chorques : Rec. p. 274).

Est contraire au principe d'égalité un dispositif qui instaure un plafond de remboursement des dépenses médicales engagées à l'étranger par un assuré retraité y étant tombé inopinément malade, différent de celui instauré pour les dépenses de même nature engagées par les autres assurés. En effet, les retraités ne sont pas, au regard de l'objet en vue duquel un régime d'assurance maladie est instauré, dans une situation différente de celle des autres assurés, alors même que le taux des cotisations versées par les retraités à ce régime serait inférieur à celui des cotisations versées par les actifs y étant assurés (CE, 27 juillet 2005, requête numéro 270833, Louis c. Ministre de l'Outre-mer : illégalité de la délibération n° 94-63 AT de l'assemblée de la Polynésie française, en date du 9 juin 1994, modifiant la délibération n° 74-22 du 14 février 1974 instituant un régime d'assurance maladie-invalidité au profit des travailleurs salariés de ce territoire).

En l'espèce, le dispositif de validation des périodes d'incapacité de travail pour maladie auquel est soumis le personnel navigant, tel qu'il résulte de la décision de la caisse de retraite du 20 septembre 2012 et du décret du 31 décembre 2012, crée une rupture d'égalité avec les assurés du régime général, sans qu'aucune des trois justifications d'inégalité admises ne soit réalisée.

Les salariés du régime général affiliés à l'AGIRC-ARCCO, pas plus que les personnels ici concernés dorénavant, ne cotisent pour la retraite complémentaire sur les IJ versées par l'assurance maladie. Ils bénéficient néanmoins, au titre de ces périodes, d'une attribution de points sur la base de ceux obtenus au cours de l'année précédant celle de l'interruption de travail. Les dispositions applicables prévoient une attribution/inscription de points retraite « *sans contrepartie de cotisations* » (article 8 de l'annexe I de la convention collective

nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 ; article 22 de l'annexe A de l'accord national interprofessionnel de retraite complémentaire du 8 décembre 1961).

Le fait que les personnels ici concernés, également salariés de droit privé, soient soumis à un régime de retraite complémentaire spécifique, qui leur est propre, ne les place pas au regard de l'objectif assigné à l'instauration d'une affiliation obligatoire à l'assurance vieillesse complémentaire, dans une situation différente de celle des salariés du régime général.

Par suite, il apparaît que l'obligation faite aux premiers, pour obtenir une validation de la période d'incapacité pour maladie semblable à celle attribuée gratuitement aux assurés du régime général, de s'acquitter des cotisations manquantes - parts salariale et patronale - ou de procéder à leur un rachat, paraît contraire au principe d'égalité des citoyens devant la loi et des usagers devant le service public.

Le principe de solidarité, qui préside à l'organisation et au fonctionnement du régime de sécurité sociale, spécialement de celui des retraites, est également méconnu.

L'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946 dispose : « *la nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

Cette disposition, qui appartient « *aux droits et libertés que la Constitution garantit* » (Décision CC n° 2011-123 QPC du 29 avril 2011), pose notamment l'exigence constitutionnelle de « *la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités* » (Décision CC 2003-483 du 14 août 2003 ; Décision n° 2010-617 CC du 9 novembre 2010, Loi portant réforme des retraites, cons. 8.).

Les régimes de retraite complémentaire, dès lors qu'ils sont obligatoires, entrent dans le champ de ce principe de solidarité, ainsi que dans celui des dispositions dites « *généralités* », énoncées au titre premier du Code de la sécurité sociale, notamment à l'article L.111-2-1, Il aux termes duquel :

« II.- La Nation réaffirme solennellement le choix de la retraite par répartition au cœur du pacte social qui unit les générations. Le système de retraite par répartition assure aux retraités le versement de pensions en rapport avec les revenus qu'ils ont tirés de leur activité.

« Les assurés bénéficient d'un traitement équitable au regard de la durée de la retraite comme du montant de leur pension, quels que soient leur sexe, leurs activités et parcours professionnels passés, leur espérance de vie en bonne santé, les régimes dont ils relèvent et la génération à laquelle ils appartiennent.

La Nation assigne également au système de retraite par répartition un objectif de solidarité entre les générations et au sein de chaque génération, notamment par l'égalité entre les femmes et les hommes, par la prise en compte des périodes éventuelles de privation involontaire d'emploi, totale ou partielle, et par la garantie d'un niveau de vie satisfaisant pour tous les retraités.

« (...) ».

Tel est l'esprit qui doit présider à l'organisation et à la gestion des régimes de retraite obligatoires.

Cette exigence de solidarité dans la politique sociale, explique et justifie la prise en charge par la collectivité, des travailleurs dans l'incapacité de travailler en raison de leur état de santé.

C'est au titre de cette solidarité également, qui repose sur une prise en charge par les actifs cotisants de ceux qui pour des raisons de santé connaissent une « rupture de cotisations », que le régime AGIRC-ARCCO prévoit un maintien de constitution de droits gratuit, sur la base des droits acquis durant la période (active) précédant celle de l'incapacité.

Le dispositif de validation à titre onéreux mis en place pour les personnels affiliés à la caisse de retraite, placés dans une situation d'incapacité, semble ne pas répondre à l'exigence constitutionnelle de solidarité à laquelle sont soumis les régimes d'assurances sociales.

2°) La création d'une situation constitutive d'une discrimination indirecte fondée sur l'état de santé

Ce dispositif tombe également sous le coup des dispositions interdisant les discriminations, qu'elles soient issues du droit européen ou du droit interne.

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) interdit toute discrimination dans la jouissance des droits garantis par la Convention.

L'interdiction visée par ce texte s'applique aux discriminations directes et indirectes, ces dernières étant définies par la Cour européenne des droits de l'homme comme « *l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe* » (DH et autres contre rép. Chèque, n°57325/00, §184, 13 novembre 2007 ; Opuz c/ Turquie, n°33401/02, §183, 9 juin 2009).

La même Cour sanctionne, par application de l'article 14 de la Convention, les discriminations fondées sur l'état de santé (arrêt Kyutin c Russie du 10 mars 2011 ; arrêt Novruk et autres c Russie du 16 mars 2016).

Le droit de propriété fait partie des droits protégés par la CEDH. L'article 1er de son protocole n°1 dispose en effet : « *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* ».

Le principe de non-discrimination dans l'attribution des prestations sociales a été dégagé par la Cour européenne des droits de l'homme, en combinant les deux dispositions précitées. Les prestations sociales qui constituent des droits patrimoniaux au sens de l'article 1er du Protocole n°1 de la Convention, doivent être allouées sans discrimination au sens de l'article 14 (arrêt Gaygusuz c Autriche du 16 septembre 1996 ; arrêt Carson et autres c. Royaume-Uni du 16 mars 2010).

Parmi ces prestations sociales figurent les pensions de retraite. Si l'article 1er du premier protocole additionnel « *ne comporte pas un droit acquis à acquérir des biens* », la cour juge que « *dès lors (toutefois) qu'un Etat décide de créer un régime de prestation ou de pension, il doit le faire d'une manière compatible avec l'article 14 de la Convention* » (CEDH, 12 avril 2006, STEC et autres c/ RU, n°6572/01 et 65900/01).

La Cour de cassation sur le fondement des mêmes textes, contrôle si les modalités d'octroi d'une prestation sociale sont discriminatoires. Pour écarter l'application d'un texte réservant aux femmes l'attribution d'un avantage d'assurance vieillesse, en raison de son caractère discriminatoire, elle a énoncé le principe général suivant lequel : « *dès lors qu'un Etat contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une*

prestation sociale, que l'octroi de celle-ci dépende ou non du versement préalable des cotisations, cette législation engendre un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1 » (Civ. 2ème, 21 décembre 2006, pourvoi n°04-30586, publié au bulletin des arrêts de la cour de cassation : n°364 ; Soc. 19 février 2009, pourvoi n°07-20668: publié au bulletin n°53 : majoration de la durée d'assurance pour avoir élevé des enfants, réservée aux femmes).

Il se déduit donc de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 1er du Protocole n°1 de cette Convention, qu'une personne ne peut, en raison de son état de santé et de l'incapacité dans laquelle celui-ci la place de travailler, voir ses droits aux prestations de sécurité sociale diminués.

En outre en droit interne du travail, les dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail prohibent toute mesure discriminatoire, directe ou indirecte, fondée sur l'état de santé, dans le cadre de l'exécution du contrat de travail et notamment en matière de rémunération.

La loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, a enrichi l'article L.1132-1 (article 6), et défini la discrimination indirecte comme une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs considérés comme discriminatoires, parmi lesquels l'état de santé, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés (article 1er alinéa 2).

Il ressort de la jurisprudence communautaire que l'octroi de droits dans le cadre de l'assurance vieillesse, dès lors que ceux-ci sont en rapport direct avec l'emploi qui a été occupé, qu'ils sont propres à un secteur professionnel donné et gérés par un régime exclusivement financé par les travailleurs et les employeurs de ce secteur, doivent être assimilés à de la rémunération au sens de l'article 141 du Traité de l'Union, peu important que l'affiliation audit régime soit rendue obligatoire par la loi (CJCE, 28 septembre 1994, Beune c Pays-Bas, C-7/93, Rec.I-4471 , point 20 et s. ; CJCE, 29 novembre 2001, C-366/99, Griesmar, points 27 et s. ; CJCE 1er avril 2008, arrêt Maruko, C-267/06, points 40 et s.). Ces arrêts, il faut le souligner, ont conduit à sanctionner certaines dispositions prévues au sein de régimes de prestations de retraite, ces dernières étant considérées comme des rémunérations, en raison de leur caractère discriminatoire.

En vertu de cette jurisprudence, et des dispositions de l'article 1132-1 du code du travail, un régime de retraite complémentaire ne peut, sauf à instituer une discrimination fondée sur l'état de santé, prévoir que la valorisation de la période de maladie de l'assuré actif implique à la charge de celui-ci le paiement de la part patronale de la contribution qui, en période d'activité, est prise en charge par l'employeur.

Enfin, à la suite de sa modification par la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, la loi du 27 mai 2008 a élargi le champ des discriminations prohibées. En font expressément partie, désormais, les discriminations directes ou indirectes en raison de l'état de santé, en matière de protection sociale et d'avantages sociaux (article 1er, al 1 et 2, article 2, 3°).

Le dispositif auquel est soumis le personnel concerné depuis le 1er janvier 2012, pour la valorisation des périodes d'incapacité de travail dans le cadre de la constitution des droits à retraite complémentaire, tombe sous le coup des interdictions de discrimination instituées tant par les dispositions du droit conventionnel européen, que par l'article 1132-1 du code du travail et par les articles 1er et 2 de la loi du 27 mai 2008 modifiée.

En effet, l'incapacité de travail des intéressés les prive de la possibilité de se constituer des droits selon des modalités équivalentes à celles applicables à l'assuré en activité. La constitution de droits pendant les périodes d'incapacité est soumise à la prise en charge, par l'affilié, non seulement de la part salariale de la contribution manquante en raison de l'absence de prélèvement sur les IJ, mais également de la part patronale, laquelle en période d'activité, est supportée par l'employeur.

Aucun but légitime susceptible de justifier objectivement un tel dispositif, n'est avancé par la caisse de retraite ou la Direction de la sécurité sociale.

La discrimination fondée sur l'état de santé paraît dès lors constituée.

Cette discrimination, et la méconnaissance des droits de l'usager du service public, sont de fait particulièrement préjudiciables aux assurés connaissant de longues périodes d'arrêt de travail en raison d'affections graves.

Pour l'ensemble de ces raisons, le Défenseur des droits recommande à la caisse de retraite et à la Direction de la sécurité sociale, sous la tutelle du Ministère des solidarités et de la santé :

- d'une part, de réexaminer la situation de Monsieur X afin que la détermination de ses droits à pension au titre de sa période d'incapacité soit conforme au principe d'égalité devant la loi et à l'exigence constitutionnelle de solidarité fondant la sécurité sociale, ainsi qu'à l'interdiction de toute discrimination fondée sur l'état de santé,

- d'autre part, d'engager une réforme des dispositions régissant la valorisation des périodes d'incapacité de travail en raison de l'état de santé, en vue de garantir aux personnels affiliés à la caisse de retraite des droits équivalents, « dans l'esprit », à ceux ouverts aux assurés du régime général de retraite complémentaire en cas d'incapacité de travail lié à l'état de santé, garantie qui permettra de faire en sorte qu'aucune perte de droits dans le cadre de l'assurance obligatoire à un régime de retraite complémentaire, ne résulte de la dégradation de l'état de santé de l'assuré.

Jacques TOUBON