

Paris, le 28 septembre 2017

Décision du Défenseur des droits n° 2017- 253

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 le code des pensions civiles et militaires de retraite ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

Vu le décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales

Saisi de plusieurs réclamations relatives au bénéfice du dispositif de départ anticipé au titre des carrières longues, pour des fonctionnaires ayant cumulé, dans leur carrière, plus de quatre trimestres en position de congé maladie.

Décide de recommander au ministre en charge des retraites de réviser le nombre de trimestres de congé maladie à prendre en compte dans le nombre de trimestres permettant aux fonctionnaires d'ouvrir droit à pension anticipée au titre des carrières longues.

Le Défenseur des droits demande au ministère des Affaires sociales 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

Le Défenseur des droits a été saisi de plusieurs réclamations relatives au refus opposé par le ministère des Affaires sociales, d'ouvrir le bénéfice du dispositif de départ anticipé au titre des carrières longues, aux fonctionnaires ayant cumulé, dans leur carrière, plus de quatre trimestres d'activité en congé maladie statutaire.

Les intéressés estiment que ce refus est fondé sur leur état de santé et présenterait donc un caractère discriminatoire.

RAPPEL DE LA PROCÉDURE

Par courrier du 10 juillet 2014, le Défenseur des droits a été initialement saisi de la réclamation de Monsieur X, en ce qui concernait son éligibilité au dispositif de retraite anticipée au titre des carrières longues prévu par l'article L. 25 bis du code des pensions civiles et militaires de retraite (CPCMR).

Le 9 octobre 2014, les services du Défenseur des droits ont donc adressé à la direction de la sécurité sociale du ministère des Affaires sociales, un courrier demandant à ses services la communication des pièces utiles à l'instruction du dossier.

Plusieurs courriers ont ensuite été adressés à l'administration en cause, notamment en dates du 17 février 2015 et du 5 août 2015. Par courrier du 22 février 2016, la direction de la sécurité sociale a répondu aux demandes d'explications présentées par l'Institution.

L'argumentation développée au soutien de cette réponse n'a toutefois pas permis, en l'état, de revenir sur la position initialement développée. En outre, depuis la saisine de Monsieur X, d'autres dossiers concernant la même problématique ont été soumis à l'examen du Défenseur des droits.

Ce dernier a donc adressé, par courrier du 2 septembre 2016, une note récapitulative concluant à la potentielle discrimination à raison de l'état de santé que serait susceptible de constituer le dispositif en cause, en ce qu'il exclut les fonctionnaires ayant bénéficié de congés maladie sur des périodes supérieures à quatre trimestres au cours de leur carrière.

RAPPEL DES FAITS

Titulaires de la fonction publique depuis l'âge de 18, 19 ou 20 ans, les réclamants semblaient remplir toutes les conditions ouvrant droit au départ anticipé à la retraite, au titre des carrières longues, notamment en ce qui concerne le nombre de trimestres nécessaires.

En effet, aux termes de l'article D. 16-1 du code des pensions civiles et militaires de retraite (CPCMR), les intéressés devaient avoir cumulé, en fonction de leur année de naissance, une durée d'assurance déterminée à l'âge de 60 ans, ainsi qu'avoir accompli, avant la fin de l'année de leurs 20 ans, un nombre de trimestres déterminé.

Totalisant bien la durée de services qu'imposait leur année de naissance, à la date prévisionnelle de l'ouverture de leurs droits à pension, les bénéficiaires potentiels ont toutefois été placés en congé de longue maladie ou de longue durée pendant plus d'un an sur toute leur carrière.

En effet, l'article D. 16-2 du CPCMR précise que, dans le cadre du dispositif précité, sont réputées avoir donné lieu à cotisation, « *les périodes pendant lesquelles les fonctionnaires ont été placés en congé maladie statutaire dans la limite de 4 trimestres* ».

En interrompant leur activité sur une période supérieure, les fonctionnaires concernés n'ont donc pu bénéficier du départ anticipé au titre des carrières longues.

N'entrant plus dans le champ d'application du dispositif en cause, ils ne peuvent donc plus que réintégrer le régime de droit commun des pensions. Les intéressés doivent alors se résoudre à un départ à la retraite à 62 ans, alors même qu'ils ont débuté leur activité, parfois, à l'âge de 18 ans.

Le refus précité de la direction de la sécurité sociale, de revoir le dispositif en cause paraît s'appuyer sur la finalité principale du dispositif, qui repose, selon le bureau des régimes spéciaux, sur la précocité du début de carrière des assurés et sur le caractère effectif de leur activité, tout au long de leur carrière.

ANALYSE JURIDIQUE

Aux termes de l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, établi d'ailleurs qu'aucune « *distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison [...] de leur état de santé* ».

En outre, conformément à l'article L. 25 bis du CPCMR et de l'article 26-1 du décret n° 2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales, « *l'âge d'ouverture du droit à une pension de retraite résultant de l'application de l'article L. 161-17-2 du code de la sécurité sociale est abaissé pour les fonctionnaires relevant du régime des pensions civiles et militaires de retraite qui ont commencé leur activité avant un âge et dans des conditions déterminés par décret et ont accompli une durée totale d'assurance et de périodes reconnues équivalentes dans ce régime [...]* »

L'article D. 16-1 du même code précise, à cet effet, les seuils de trimestres nécessaires pour prétendre à pension aux âges de 56, 57, 58 ou 59 ans, en fonction de l'année de naissance et du nombre de trimestres accomplis avant l'âge de 16, de 17, de 18, de 19 ou de 20 ans.

Enfin, conformément à l'article D. 16-2 du CPCMR, « *les trimestres réputés cotisés au titre des périodes pendant lesquelles les fonctionnaires ont été placés en congé de maladie statutaire et les trimestres réputés cotisés dans un ou plusieurs autres régimes obligatoires au titre de la maladie et de l'inaptitude temporaire ne peuvent excéder au total quatre trimestres* »

Ainsi, un fonctionnaire ayant travaillé le nombre de trimestres requis, avant l'âge prévu par l'article D. 16-1 du CPCMR, cumulant le nombre de trimestres requis par ce même article, paraît ouvrir droit à départ anticipé au titre des carrières longues.

A titre d'exemple, un fonctionnaire né en février 1960, qui a cumulé 175 trimestres d'activité dans toute sa carrière, dont cinq trimestres avant la fin de l'année de ses 16 ans, peut prétendre à pension à la date anniversaire de ses 58 ans, soit en février 2018.

Néanmoins, en application de l'article D. 16-2 du CPCMR, si ce même fonctionnaire a cumulé, dans toute sa carrière, plus de quatre trimestres en congé maladie, la durée pendant laquelle il a été placé en congé pour raisons de santé ne peut intégrer le total de trimestres exigés par l'article D. 16-1 du CPCMR.

Dans le cadre de l'exemple énoncé supra, si le fonctionnaire en cause a été placé en congé longue maladie (CLM) pendant un an et six mois, soit sur six trimestres, il ne disposera plus, dans le cadre du calcul de son droit à retraite anticipé au titre des carrières longues, de 175 trimestres d'activité, mais de 173 trimestres. Il ne pourra donc être radié des cadres à l'âge de 58 ans, mais à l'âge de 60 ans (167 trimestres, dont cinq avant l'âge de ses 20 ans étant alors exigés pour un tel départ en retraite).

Dans toutes les situations observées, les activités des intéressés n'ont souffert d'aucune autre interruption que celles liées à leur état de santé. Il est donc permis de s'interroger sur l'aspect discriminatoire d'une telle situation.

Les trimestres « réputés cotisés »

Le système de départ anticipé à la retraite, au titre des carrières longues a été mis en place à la suite de l'adoption de la loi n° 2014-40 du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraites qui a modifié tant les dispositions relatives aux salariés affiliés au régime général que celles concernant les fonctionnaires affiliés au régime spécial de la fonction publique.

Afin de définir les trimestres susceptibles d'être comptabilisés dans la durée d'assurance à prendre en compte pour prétendre au départ anticipé, les deux régimes de retraite ont, chacun, entendu définir des trimestres alors « *réputés cotisés* ».

L'article D. 16-2 du CPCMR a prévu le nombre de trimestres qui pouvait revêtir ce caractère, qu'ils concernent une période de chômage, de maternité, de maladie ou d'invalidité. Les périodes de service national ont également été considérées, à raison d'un trimestre par période d'au moins quatre-vingt-dix jours, comme étant « *réputées cotisées* ».

L'article D. 351-1-2 du code de la sécurité sociale (CSS) a également défini, dans la même mesure, le nombre de trimestres « *réputés cotisés* » dans le cadre du droit à pension anticipé au titre des carrières longues.

Après du régime général, il apparaît toutefois opportun de distinguer les trimestres « *réputés cotisés* » et ceux qui ne le sont pas, tout particulièrement au regard de la nature du revenu de remplacement.

En effet, un salarié placé en congé maladie perçoit des indemnités journalières sur lesquelles aucun précompte au titre de l'assurance vieillesse n'est effectué. Les périodes en cause ne peuvent donc, fort logiquement, qu'être « *réputées cotisées* ».

Il n'en va cependant pas de même au sein du régime spécial de la fonction publique.

L'application des trimestres « réputés cotisés » au régime spécial

Aux termes de l'article 20 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, les fonctionnaires ont droit, après service fait, « *à une rémunération comprenant le traitement, l'indemnité de résidence, le supplément familial de traitement ainsi que les indemnités instituées par un texte législatif ou réglementaire. Les indemnités peuvent tenir compte des fonctions et des résultats professionnels des agents ainsi que des*

résultats collectifs des services » et sont affiliés à « des régimes spéciaux de retraite et de sécurité sociale ».

En outre, conformément à l'article 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat, de l'article 57 de la loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale et de l'article 41 de la loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, les fonctionnaires ont droit à des congés maladie ordinaire, de longue maladie ou de longue durée.

Selon les mêmes dispositions, le fonctionnaire conserve soit l'intégralité de son traitement, soit n'en perçoit que la moitié, pendant une durée qui varie selon le congé maladie auquel il a ouvert droit.

Demeurant bénéficiaire d'un traitement pendant son congé maladie, la rémunération du fonctionnaire est donc précomptée de cotisations vieillesse pendant toute la durée de son congé pour raisons de santé.

La direction de la sécurité sociale rappelle d'ailleurs bien que les fonctionnaires sont précomptés pendant toute la durée de leur congé maladie, le bureau des régimes spéciaux précisant, à l'appui de son courrier du 22 février 2016, qu'un fonctionnaire « *placé en congé de longue maladie continue de percevoir son plein traitement pendant un an (cinq ans pour un congé longue durée) et cotise donc à ce titre : les trimestres correspondant à ces périodes sont donc intégralement pris en compte pour les droits à la retraite.*

Une différence de traitement injustifiée

Il ressort des éléments développés ci-dessus, que les salariés affiliés au régime général bénéficient d'une attribution gracieuse de durée d'assurance, dans la limite de 4 trimestres, en raison de l'absence de précomptes vieillesse sur leurs indemnités journalières.

En ce qui concerne les fonctionnaires, le refus de prendre en compte leur durée d'assurance au-delà de 4 trimestres, en situation de congé maladie statutaire, ne peut toutefois être expliqué ni même justifié par le caractère gracieux de cette attribution.

Au regard de cette caractéristique essentielle, il peut donc paraître étonnant d'accorder un congé maladie, dans les conditions posées par le statut précité, d'une durée maximale de trois ans à plein traitement, aux bénéficiaires potentiels du dispositif de départ anticipé, tout en refusant de considérer leur période de maladie comme « *réputée cotisée* ».

Certes, il peut être dérogé à la radiation des cadres anticipée pour carrière longue sous certaines conditions ; il en va ainsi lorsque le fonctionnaire est inapte physiquement à l'exercice de certaines fonctions. Les agents concernés sont cependant toujours en activité et, à la suite de leur congé maladie, ont été reconnus aptes, sans réserves, à l'exercice de leurs fonctions.

Au demeurant, l'article L. 25 bis du CPCMR, à l'origine du dispositif de départ anticipé au titre des carrières longues pour les fonctionnaires, fait bien référence à l'abaissement de l'âge de la retraite pour les fonctionnaires ayant commencé leur activité avant un âge déterminé et ayant accompli une durée totale d'assurance dont une partie ou la totalité a donné lieu à cotisation à la charge du fonctionnaire.

Même si les agents publics concernés évoluent au sein d'un système national de retraite par répartition, il n'en demeure pas moins que les règles relatives aux pensions de retraite sont fondées sur le nombre de trimestres cotisés.

En sus, il est utile d'observer que la loi précitée du 20 janvier 2014 garantissant l'avenir et la justice du système de retraites, qui a initié le dispositif en cause, repose sur l'équité du relèvement de l'âge de la retraite.

L'exclusion de certains agents publics, en raison de leur maladie, du droit à retraite anticipée, alors même qu'ils ont débuté leur activité avant l'âge de 20 ans, ne semble pas s'inscrire dans cette démarche.

Rien ne semble donc justifier, d'un point de vue légal, l'application de la limitation à quatre trimestres, au plus, des nombres de trimestres de maladie à prendre en compte dans la durée d'assurance permettant l'ouverture des droits à pension anticipée au titre des carrières longues.

Aussi, le dispositif de limitation du nombre de trimestres à prendre en compte, dans le cadre du dispositif de départ anticipé pour carrières longues serait susceptible de constituer une discrimination à raison de leur état de santé en tant que, cotisant comme les agents en bonne santé et dans la même position, ils ne bénéficient pas des mêmes avantages.

Au surplus, rien ne paraissant justifier cette différence de traitement reposant sur leur état de santé, la prise en compte de seulement quatre trimestres dans leur durée d'assurance peut être considérée comme discriminatoire.

En conséquence, le Défenseur des droits recommande au ministre en charge des retraites, de réviser le nombre de trimestres de congé maladie à prendre en compte dans le nombre de trimestres permettant aux fonctionnaires d'ouvrir droit à pension anticipée au titre des carrières longues.

Jacques TOUBON