

Paris, le 18 janvier 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-029

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 l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

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

Vu la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ;

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

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

Vu le code du service national ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Saisi par Monsieur X, objecteur de conscience, qui estime avoir subi un traitement contraire au principe d'égalité devant la loi, et une discrimination fondée sur ses opinions et ses convictions du fait de la prise en compte partielle de sa période de service national civil au titre des périodes d'assurance réputées cotisées dans le cadre de la constitution de ses droits à la retraite ;

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour de cassation.

Jacques TOUBON

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

Monsieur X, objecteur de conscience, a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation relative aux modalités de prise en compte de son service national dans le cadre de la détermination de ses droits à la retraite anticipée pour carrière longue.

La validation de son service national civil ayant donné lieu à l'octroi de quatre trimestres seulement « réputés cotisés », alors qu'il a dû accomplir un service de vingt-quatre mois en qualité d'objecteur, il estime faire l'objet d'une inégalité de traitement, et être victime d'une discrimination fondée sur les opinions et les convictions.

Faits

Monsieur X, objecteur de conscience, a effectué son service national civil d'une durée de 24 mois, du 1^{er} décembre 1975 au 30 novembre 1977.

Le 3 octobre 2012, il a déposé auprès de la Carsat Y, une demande d'attestation de départ en retraite anticipée pour carrière longue au 1^{er} janvier 2013.

Par courrier du 21 novembre 2012, la Carsat a rejeté sa demande au motif qu'il ne remplissait pas la condition de durée de cotisation permettant un départ anticipé au 1^{er} janvier 2013.

En effet, à cette date, Monsieur X totalisait 162 trimestres d'assurance dont 159 cotisés au lieu des 165 trimestres cotisés requis.

L'intéressé a contesté ce refus auprès de la commission de recours amiable (CRA) de la Carsat Y.

Estimant avoir satisfait aux mêmes obligations que les citoyens ayant accompli un service national militaire, dont la durée, légalement fixée à 12 mois, est entièrement validée avec l'octroi de quatre trimestres réputés cotisés, Monsieur X entendait obtenir la validation d'un nombre de trimestres réputés cotisés égal à la totalité de la durée de son service national civil de 24 mois, soit 8 trimestres au lieu des 5 retenus sur cette période (dont quatre au titre du service national en 1976 et un au titre d'une activité salariée en 1977).

Il a donc sollicité un départ en retraite anticipée au 1^{er} octobre 2013 ainsi que la validation de huit trimestres réputés cotisés, afin que la durée effective de son service national civil soit prise en compte.

Lors de sa séance du 26 février 2013, la CRA a confirmé la décision de la caisse.

L'intéressé ayant formé un recours devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) de Z, celui-ci, par un jugement en date du 3 novembre 2014, a fait droit à la demande de validation de trimestres supplémentaires au titre de l'année 1977, comme trimestres réputés cotisés à prendre en compte dans le cadre d'une demande de départ anticipé en retraite pour carrière longue.

La Carsat Y a fait appel de ce jugement. La cour d'appel de W par un arrêt du 16 mai 2017, l'a confirmé en toutes ses dispositions.

La Carsat Y a frappé cet arrêt d'un pourvoi en cassation.

Instruction

Par courrier en date du 6 mars 2014, les services du Défenseur des droits ont invité la Carsat Y, ainsi que le Ministère des affaires sociales et de la santé, à présenter leurs observations concernant ce dossier.

Par courrier en réponse du 5 mai 2014, la Carsat Y a indiqué que la réglementation litigieuse et plus particulièrement l'article D.351-1-2 du code de la sécurité sociale « *n'opère (ait) aucune distinction, quelle que soit (fût) la forme que le service national ait (eût) pris* », en limitant à quatre le nombre maximum de trimestres « réputés cotisés » pouvant être retenus.

Elle considérait s'être bornée à appliquer les dispositions en vigueur à la situation de Monsieur X. La période de service national civil accomplie par l'intéressé a ainsi donné lieu à la validation de 8 trimestres au titre de périodes assimilées, en ne retenant que quatre trimestres au titre de périodes « réputées cotisées ».

La direction de la sécurité sociale (DSS) du Ministère des affaires sociales et de la santé, quant à elle, n'a pas répondu à la demande du Défenseur des droits.

Discussion

Les dispositions du code de la sécurité sociale qui sont en cause conduisent, dans leur application aux objecteurs de conscience, à une méconnaissance tant du principe constitutionnel d'égalité devant la loi, que de l'interdiction des discriminations, directes ou indirectes, en raison des opinions ou convictions.

Il convient à titre liminaire, d'exposer d'une part les règles du code de la sécurité sociale dont découle le problème soulevé, et d'autre part, le statut et la protection juridique de l'objecteur de conscience dans les droits interne et international.

- Un dispositif de départ en retraite anticipée pour carrière longue a été institué, afin de permettre aux assurés ayant commencé à travailler jeune, de bénéficier d'une retraite à taux plein avant l'âge légal de départ à la retraite.

Pour y être éligible, l'assuré doit justifier d'un nombre déterminé de trimestres d'assurance en début de carrière, d'une certaine durée totale d'assurance ainsi que d'une durée cotisée minimale. Ces conditions varient en fonction de l'âge de départ à la retraite retenu.

Sont retenues au titre de la durée d'assurance, toutes les périodes d'assurance, tous régimes confondus, qu'il s'agisse de périodes cotisées, assimilées ou résultant d'une majoration de durée d'assurance.

Les périodes cotisées désignent la durée d'assurance ayant donné lieu au versement de cotisations par l'assuré.

Dans le cadre d'un départ en retraite anticipé, certaines périodes assimilées sont réputées avoir donné lieu au versement de cotisations. C'est notamment le cas des périodes de service national.

L'article D. 351-1-2 du code de la sécurité sociale, dans sa rédaction issue du décret n°2003-1036 du 30 octobre 2003 relatif à l'abaissement de l'âge de la retraite pour les assurés ayant commencé à travailler jeune et eu une longue carrière, dispose :

« Pour l'appréciation de la durée d'assurance ayant donné lieu à cotisations à la charge de l'assuré visée à l'article D. 351-1-1, sont réputées avoir donné lieu à cotisations :

1° Les périodes de service national, à raison d'un trimestre par période d'au moins quatre-vingt-dix jours, consécutifs ou non ;

(...)

« Les périodes mentionnées au 1° et au 2° du présent article sont retenues respectivement dans la limite de quatre trimestres et sans que le nombre de trimestres ayant donné lieu à cotisations ou réputés tels, puisse excéder quatre pour une même année civile. »

Ainsi, le service national est réputé avoir donné lieu à cotisation à raison d'un trimestre par période d'au moins 90 jours consécutifs ou non. Ces périodes réputées cotisées sont retenues dans la limite de 4 trimestres. Ces éléments sont repris et précisés par la circulaire CNAV n°2003/46 du 18 novembre 2003 ayant pour objet la retraite avant soixante ans.

Il résulte de cette disposition que les objecteurs de conscience, contraints en cette qualité d'effectuer un service national civil d'une durée majorée à deux ans, ne voient cette période retenue comme période réputée cotisée, que pour moitié.

- S'agissant par ailleurs du statut de l'objecteur de conscience, il faut souligner en premier lieu que divers textes internationaux reconnaissent le droit à l'objection de conscience, corollaire de la liberté de pensée, de conscience et de religion.

Sur le fondement de l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui reprend l'article 18 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme a formulé plusieurs recommandations demandant aux Etats parties de reconnaître l'objection de conscience.

L'Observation générale n°22 (48e session 1993) indique à ce titre que *« le Pacte ne mentionne pas explicitement un droit à l'objection de conscience, mais le Comité estime qu'un tel droit peut être déduit de l'article 18 (...). Lorsque ce droit sera reconnu dans la législation ou la pratique, il n'y aura plus de différenciation entre objecteurs de conscience sur la base de la nature de leurs convictions particulières, de même qu'il ne s'exercera pas de discrimination contre les objecteurs de conscience parce qu'ils n'ont pas accompli leur service militaire »*.

L'article 10.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne protège le droit à l'objection de conscience, en énonçant que celui-ci *« est reconnu selon les lois nationales qui en régissent l'exercice »*.

Au niveau européen, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré, dans un premier temps, qu'aucun droit à l'objection de conscience ne figurait au nombre des droits et libertés garantis par la Convention (23 avril 1965, Grandrath c/ RFA ; 7 mars 1979, Groupe d'objecteurs de conscience c/ Danemark).

Toutefois, dès sa Recommandation n° R (87) 21 du 9 avril 1987, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a institué les principes suivants :

- *« le service militaire de remplacement ne doit pas revêtir le caractère d'une punition. Sa durée doit rester, par rapport à celle du service militaire, dans les limites raisonnables »*.

« (...) L'objecteur de conscience qui accomplit le service de remplacement ne doit pas avoir moins de droits que la personne soumise au service militaire, tant sur le plan social que pécuniaire. Les dispositions législatives ou réglementaires relatives à la prise en considération du service militaire pour l'emploi, la carrière ou la retraite sont applicables au service de remplacement ».

Il se déduit de cette disposition que le service de remplacement accompli par l'objecteur de conscience, doit être pris en considération dans les mêmes conditions que le service militaire en matière de retraite.

Puis, la Recommandation 1518 du Conseil de l'Europe (2001), relative à l'exercice du droit à l'objection de conscience au service militaire dans les Etats membres, a énoncé :

« le droit à l'objection de conscience est une composante fondamentale du droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion reconnu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention européenne des droits de l'homme ».

Enfin, dans un arrêt de la Grande Chambre du 7 juillet 2011 (*Bayatyan c Arménie*), la CEDH a jugé, pour la première fois, que bien qu'il ne désigne pas expressément l'objection de conscience, l'article 9 de la Convention (liberté de pensée, de conscience et de religion) devait être considéré comme protégeant celle-ci. La Cour a énoncé que l'opposition au service militaire, lorsqu'elle était motivée par un conflit grave et insurmontable entre l'obligation de servir dans l'armée et la conscience d'une personne ou ses convictions sincères et profondes, de nature religieuse ou pas, constituait une conviction atteignant un degré suffisant de force, de sérieux, de cohérence et d'importance pour entraîner l'application des garanties de l'article 9.

L'application de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales à l'objection de conscience, a été plusieurs fois confirmée depuis (notamment CEDH, *Erçep c Turquie*, 22 novembre 2011 ; *Salva c Turquie*, 12 juin 2012).

Ces dispositifs internationaux ont laissé aux Etats la faculté de réglementer l'exercice de l'objection de conscience.

En droit français, le statut d'objecteur de conscience a été introduit par la loi n° 63-1255 du 21 décembre 1963 relative à certaines modalités d'accomplissement des obligations imposées par la loi sur le recrutement. Il autorise, selon l'article 1er de cette loi, les jeunes gens aptes à la mobilisation, mais opposés à l'usage des armes en raison de leurs opinions philosophiques ou convictions religieuses, à satisfaire leurs obligations dans une formation militaire non armée ou dans une formation civile assurant un travail d'intérêt général.

En vertu de l'article 8 de loi précitée, la durée du service effectué à ce titre est égale à deux fois celle accomplie par la fraction de classe à laquelle ils appartiennent.

Ces dispositions ont été reprises par les articles 41 et suivants du code du service national annexé à la loi n°71-424 du 10 juin 1971 portant code du service national.

Concernant les droits résultant de l'accomplissement du service national pour la retraite, le code du service national tel que résultant de la loi du 10 juin 1971 précitée, envisage exclusivement la situation des agents de la fonction publique. S'agissant des assurés ayant effectué leur carrière en qualité de salariés de droit privé, les modalités de prise en compte du service national pour la détermination des droits à retraite sont prévues par les dispositions du code de la sécurité sociale (CSS).

1°) Une situation constitutive d'une rupture d'égalité de traitement

Pour l'appréciation des conditions d'accès à la retraite anticipée pour carrière longue, la prise en compte du service national comme période réputée cotisée se fait par application des dispositions de l'article D. 351-1-2 CSS, dont on a vu qu'elles limitaient celle-ci à 4 trimestres. Il en résulte une différence de traitement au détriment des objecteurs de conscience, en ce que les effets de la période supplémentaire de service national qui leur est imposée par les textes, ne sont pas intégralement neutralisés dans le cadre de la constitution des droits à la retraite.

Cette inégalité de traitement est-elle compatible avec le principe constitutionnel d'égalité devant la loi et son « dérivé », le principe d'égalité des usagers du service public ?

Il est permis au législateur de régler de façon différente des situations différentes, ou de déroger à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit (par ex. Décision n° 84-184 DC du 29 décembre 1984 - Loi de finances pour 1985).

En l'espèce, la différence de traitement est issue de la combinaison des dispositions qui, pour les premières portent à 24 mois la durée du service national de l'objecteur (articles 41 et suivants la loi n°71-424 du 10 juin 1971 portant code du service national), et pour les secondes, limitent à 4 les trimestres effectués au titre du service national qui peuvent être pris en compte en tant que période réputée cotisée, afin d'accéder au dispositif de retraite anticipée pour carrière longue (article D.351-1-2 CSS).

De fait, le participant au service national militaire bénéficie d'une valorisation de l'intégralité de la période correspondante, l'objecteur de conscience de la moitié seulement.

Deux personnes sont-elles dans une situation différente, au regard de l'objet du régime de retraite anticipée pour carrière longue, lorsque l'une a effectué un service national militaire de 12 mois, et l'autre un service national civil de 24 mois en raison de l'exercice de son droit à l'objection de conscience ?

Par ailleurs existe-t-il un intérêt général à ce que, pour la constitution des droits à retraite anticipée pour carrière longue, la première bénéficie d'une prise en compte intégrale comme période réputée cotisée de sa période passée au service national, et la seconde d'une prise en compte partielle seulement (la moitié) de sa période de service national ?

Enfin, et en cas de réponse affirmative à l'une ou l'autre de ces questions, la différence de traitement qui en résulte est-elle en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ?

L'objectif du législateur, en instituant un doublement de la durée du service national pour l'objecteur de conscience, a été de s'assurer indirectement de la sincérité des motifs qui animaient l'intéressé (CE Ordonnance 11 octobre 2001, rec. Lebon 460). Le caractère sérieux de l'objection de conscience était de surcroît établi au terme d'une procédure administrative contraignante, de ce fait assez dissuasive (PH Soubirous : « *L'impact du statut d'objecteur de conscience sur la retraite et la carrière des fonctionnaires* », revue de l'Actualité Juridique Droit Administratif, 2007, pp. 1453-1456).

L'objet du second texte qui est en cause - l'une des dispositions de l'article D.351-1-2 CSS - est de fixer l'étendue de « l'avantage » pour l'accès à la retraite anticipée pour carrière longue, qui est octroyé aux personnes ayant effectué un service national pour le compte de la collectivité, qu'il soit militaire ou non, l'avantage consistant dans l'assimilation de cette période à une période cotisée.

Au regard du dispositif de retraite concerné et de son objet – la possibilité d'accéder à la retraite à un âge inférieur de celui de l'âge légal pour les assurés ayant démarré leur activité professionnelle jeune et ayant connu une carrière longue, c'est en vain que l'on cherche ce qui placerait les deux personnes considérées dans des situations distinctes justifiant la différence de traitement litigieuse, ou encore l'existence d'un intérêt général qui rendrait cette différence nécessaire.

Aucune différence de situation, aucun impératif d'intérêt général ne sont de nature à justifier que les personnes ayant été contraintes d'effectuer un service national de 24 mois en raison de leur objection de conscience, soient traitées moins favorablement dans le cadre de la constitution des droits à la retraite anticipée, que celles ayant accompli un service national militaire de 12 mois.

En toute hypothèse, à supposer même que la volonté de limiter les objections de conscience au profit du service militaire, ait pu justifier la soumission à un régime moins favorable par le doublement de la durée d'engagement au service de la collectivité, la différence de traitement qui en résulte pour la valorisation de la période de service, dans le cadre de la constitution des droits à retraite anticipée pour carrière longue, est disproportionnée et sans rapport avec l'objectif de la loi.

En effet, l'article D.351-1-2 CSS a été créé par le Décret n°2003-1036 du 30 octobre 2003 *relatif à l'abaissement de l'âge de la retraite pour les assurés ayant commencé à travailler jeunes et eu une longue carrière*, soit postérieurement à la disparition du statut de l'objecteur de conscience avec la suppression du service national en 2001. La disposition litigieuse ne peut donc avoir pour objet de réduire l'exercice de l'objection de conscience en limitant la valorisation du service civil dans le cadre de la constitution des droits à retraite.

En outre, si tant est que l'intérêt général ait pu justifier de limiter l'exercice du droit à l'objection de conscience, et qu'une telle justification fût légale, il y a lieu de considérer que l'exercice de ce droit, indépendamment de la mesure ici discutée, comporte déjà en miroir de l'exigence d'un engagement d'une durée double, d'importants désavantages financiers. D'une part l'objecteur de conscience est privé de la possibilité d'exercer une activité rémunératrice pendant un an de plus que la personne ayant accompli un service militaire, d'autre part et par suite, dans le cadre même de la constitution des droits à retraite, il perd durant cette même période la possibilité de cotiser sur un salaire et d'en tirer le bénéfice correspondant pour la détermination du salaire annuel moyen utilisé pour le calcul de la pension de retraite.

Ainsi indépendamment de la question qui nous occupe, relative au nombre de trimestres pris en compte comme période réputée cotisée pour l'ouverture du droit à retraite anticipée à raison d'une carrière longue, l'objecteur de conscience dans tous les cas, subit d'ores et déjà un double préjudice financier par rapport à l'assuré ayant accompli un service militaire : la perte pendant une année supplémentaire du bénéfice d'un salaire et de la constitution des droits à pension correspondants.

L'exercice du droit à l'objection de conscience comporte donc, en dehors de la question de l'accès à la retraite anticipée, son lot de « pénalités » en représailles de l'absence de contribution à l'effort de défense nationale par un service de nature militaire.

En ajouter une nouvelle, dans le cadre des conditions d'accès à la retraite anticipée, est manifestement disproportionné.

Sauf à considérer que l'exercice du droit à l'objection de conscience doit être de nouveau sanctionné dans le cadre de la constitution des droits à retraite, ce qui est contraire à la ligne des engagements internationaux souscrits par l'Etat français, l'exclusion d'une partie de la durée effective du service national civil, de la validation comme période réputée cotisée pour l'ouverture du droit à retraite anticipée, constitue une inégalité de traitement injustifiée.

C'est en ce sens que par une décision n°2011-181 du 13 octobre 2011, rendue à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a estimé que l'exclusion des objecteurs de conscience de la prise en compte de la durée effective du service national actif pour le calcul des droits à la retraite des fonctionnaires, résultant de l'article 63 de la loi du 10 juin 1971 précitée, instituait une différence de traitement injustifiée. La disposition a été déclarée contraire au principe constitutionnel d'égalité.

Le juge constitutionnel, en somme, considère qu'il n'existe pas de justification à ce que, pour l'acquisition des droits en matière de pension de retraite, et pour celle des droits liés à l'ancienneté du fonctionnaire, l'objecteur de conscience connaisse un régime moins favorable que celui appliqué au fonctionnaire ayant accompli un service militaire.

Un tel raisonnement s'applique, par analogie, à la situation des objecteurs de conscience ayant effectué leur carrière en tant que salarié de droit privé, et dont la durée effective de service national n'est pas intégralement prise en compte pour l'appréciation de la condition de durée minimale d'assurance cotisée, nécessaire à l'ouverture du droit à retraite anticipée pour carrière longue.

2°) Une situation constitutive d'une discrimination

Le Défenseur des droits dans le présent contentieux, et avant lui la HALDE dans une délibération relative aux fonctionnaires - précédant la décision précitée du Conseil constitutionnel (n°2011-181 du 13 octobre 2011) ayant déclaré contraire à la Constitution le régime en cause, ont déjà eu l'occasion de dénoncer le caractère discriminatoire de certaines règles applicables aux objecteurs de conscience (décision MLD-MSP 2014-155 du Défenseur des droits en date du 22 septembre 2014 ; délibération 2010-189 de la HALDE du 11 octobre 2010).

Le dispositif contesté en l'espèce semble contraire à la prohibition des discriminations instituée tant par des dispositions supranationales, que de droit interne.

L'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales énonce que « *la jouissance des droits et libertés reconnus par la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur (...) les opinions politiques ou toute autre opinion* ».

Il résulte de la jurisprudence de la CEDH qu'une distinction fondée sur ce critère est discriminatoire, à moins de comporter une justification objective et raisonnable ; tel est le cas lorsqu'elle poursuit un but légitime, et qu'existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (par ex. arrêt du 21 février 1997, aff. Van Raalte c Pays-Bas, req n°20060/92).

Comme il a déjà été dit, l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales est aujourd'hui applicable à l'objection de conscience (arrêt de Grande Chambre, 7 juillet 2011 *Bayatyan c Arménie*).

Par ailleurs, l'article 1er du premier Protocole additionnel à cette Convention stipule que :

« *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ».

La Cour européenne des droits de l'homme considère que les prestations sociales relèvent de la qualification de « biens » au sens de ce texte (arrêt *Gaygusuz c Autriche* du 16 septembre 1996, requête n° 17371/90).

Parmi ces prestations sociales figurent les pensions de retraite. Si l'article 1^{er} 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).

Ainsi les droits à pension doivent-ils se constituer, et être alloués, sans discrimination au sens de l'article 14.

La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 a adapté le droit interne au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, et à ce titre a assuré la transposition de la Directive 78/2000 du 27 novembre 2000 sur la discrimination à raison notamment des convictions (article 1^{er}) dans le cadre du travail et de l'emploi. Cette loi mentionne en son article 1^{er} alinéa 1er, au titre des critères de discrimination prohibés, les opinions politiques et l'appartenance à une religion.

Le même article, en son deuxième alinéa, définit la discrimination indirecte comme « (...) *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, 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*»

La CEDH, pour caractériser une discrimination indirecte, a affirmé qu'« *une différence de traitement peut aussi consister en 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*» (D.H. et autres c. République tchèque, n° 57325/00, § 184, 13 novembre 2007 ; Opuz c. Turquie, n° 33401/02, § 183, 9 juin 2009; Zarb Adami c. Malte, n° 17209/02, § 80, 20 juin 2006).

Dans cet esprit, la Cour de cassation a jugé qu'en subordonnant à une durée de travail minimale l'affiliation à un régime professionnel de retraite de personnes affectées à certaines activités, dès lors que ces activités donnaient lieu à une proportion élevée d'emplois à temps réduit plus fréquemment occupés par des femmes, une disposition légale avait institué une discrimination indirecte en raison du sexe dans l'accès à un régime professionnel de retraite contraire, en l'absence de justification objective conforme aux critères de la jurisprudence de la CJUE, aux exigences du principe de non-discrimination énoncé par l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (Civ. 2^{ème}, 9 novembre 2017, pourvoi n°16-20404, publié au bulletin).

En l'espèce, la discrimination alléguée est indirecte. Si le droit à l'objection de conscience est reconnu et respecté par le droit français, et ne donne directement lieu à aucune exclusion d'un avantage, quel qu'il soit, les personnes qui ont exercé ce droit font l'objet, indirectement, d'un traitement défavorable dans la constitution de leurs droits à retraite, à raison de la validation pour moitié seulement, de la période de service national comme période cotisée pour l'accès à la retraite anticipée pour carrière longue.

Cette différence de traitement pénalisant les objecteurs de conscience, à moins de reposer sur une justification objective et raisonnable, c'est-à-dire à moins qu'elle poursuive un but légitime dans un rapport raisonnable de proportionnalité entre cet objectif et les moyens employés, revêt un caractère discriminatoire.

Tel est le cas.

Dès lors que l'objection de conscience est un droit reconnu et protégé, et donne lieu à l'accomplissement d'un service national civil particulièrement contraignant dans la mesure où sa durée est une fois supérieure à celle du service militaire, aucun objectif légitime ne justifie que ceux qui l'exercent subissent, pour la valorisation de la période de service correspondante au regard des conditions de retraite anticipée pour carrière longue, un traitement défavorable.

L'article D.351-1-2 CSS, qui institue la limite litigieuse de quatre trimestres, a pour objet de fixer la nature des périodes « réputées cotisées », et les modalités de leur prise en compte à ce titre, pour l'accès au dispositif de retraite anticipé.

Ce texte, compte tenu de la durée double du service national imposée à l'objecteur de conscience, a pour effet d'instituer une validation distincte, comme période réputée cotisée, du service national militaire (validation de l'intégralité de la période) et du service national civil (validation de la moitié de la période), sans qu'aucune justification objective étrangère à une discrimination liée à l'exercice de l'objection de conscience, ne soit établie.

Le dispositif auquel sont soumis les objecteurs de conscience, tel qu'il résulte de l'application combinée des articles 41 et s. de la loi n°71-424 du 10 juin 1971 et de l'article D.351-1-2 CSS, n'est pas compatible avec les dispositions des articles 14 et 9 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de l'article 1er du premier Protocole additionnel à cette Convention.

Le juge français, en tant que juge national d'un Etat adhérent à la CEDH, est « le juge naturel de la protection des droits fondamentaux », le « juge primaire » de la Convention. Il interprète et applique le droit interne à sa lumière. S'il y a lieu, il écarte, au nom du principe de la hiérarchie des normes, la loi nationale qui n'est pas compatible avec les exigences de la Convention » (Yves Robineau, Président de section au Conseil d'État, Intervention à la Cour Suprême d'Azerbaïdjan du 24 octobre 2014 : « L'application par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme »).

La jurisprudence judiciaire offre de nombreux exemples de non-application de dispositions du droit interne en raison de leur incompatibilité avec les exigences de la Convention (pour un exemple de disposition du code de la sécurité sociale dont l'application est écartée par le juge français en raison de son incompatibilité avec la Convention : Civ. 2ème, 28 mai 2009, pourvoi 08-13939, Bulletin 2009, II, n° 135).

Aussi, en l'espèce, appartient-il au juge français de la sécurité sociale d'écarter l'application de la disposition de l'article D.351-1-2 du code de la sécurité sociale limitant à quatre les trimestres de service national civil pris en compte au titre de la durée d'assurance réputée cotisée, du chef de son incompatibilité avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en tant qu'elles prohibent le traitement indirectement discriminatoire d'une personne en matière de régime de retraite, à raison de l'exercice de son droit à l'objection de conscience.

*

La Carsat Y, **dans son mémoire ampliatif**, invoque un moyen unique de cassation, qui fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué « *d'avoir fait droit à la demande de Monsieur X de validation de trois trimestres supplémentaires au titre de l'année 1977 comme trimestres réputés cotisés à prendre en compte dans le cadre d'une demande de départ anticipé à la retraite pour carrière longue* ». A l'appui de ce moyen, elle développe quatre critiques à l'encontre de l'arrêt attaqué.

En premier lieu, l'organisme soutient qu'aucune règle n'impose que des personnes placées dans des situations différentes soient soumises à des régimes différents. La cour d'appel aurait violé le principe d'égalité et l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, en jugeant que la situation de l'objecteur de conscience et celle de l'appelé effectuant son service militaire étant différentes, il convenait de les soumettre à des restrictions différentes quant aux périodes réputées cotisées en vue du calcul des pensions de retraite.

Cette critique, outre qu'elle manque en fait, est mal fondée en droit.

Le fondement de l'arrêt attaqué ne repose pas sur la règle selon laquelle des personnes placées dans des situations différentes doivent nécessairement recevoir un traitement différent, mais sur celle suivant laquelle un même engagement au service de la nation – l'accomplissement du service national – doit faire l'objet d'un même principe de valorisation en matière de retraite, peu important la durée que le législateur a attribué à chaque type de service national.

Dès lors que le service national militaire est valorisé pour l'intégralité de sa durée, comme période réputée cotisée pour l'accès à la retraite anticipée, il doit en être de même pour le service national civil effectué par l'objecteur de conscience.

En outre, et en toute hypothèse, il est admis que la discrimination peut viser des situations qui, en raison de leur différence, devraient être traitées différemment. Dans le rapport annuel 2008 de la cour de cassation, qui comporte une étude relative à l'application faite par celle-ci de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la discrimination est définie dans le propos introductif « *par référence à la formule consacrée selon laquelle « discriminer, c'est traiter de façon inégale des situations semblables ou traiter de façon égale des situations dissemblables, sans justification objective ou raisonnable* ».

Ainsi, il est fondé de considérer que la durée distincte de service national imposée à l'objecteur de conscience, justifie une durée de valorisation distincte, à due proportion, comme période réputée cotisée pour l'accès au dispositif de retraite anticipée.

Dans un deuxième temps, il est soutenu en substance qu'une discrimination à raison du nombre de trimestres réputés cotisés ne peut être retenue, dès lors que la différence de traitement avec l'appelé effectuant un service militaire, ne porte que sur la durée du service.

Cette critique méconnaît le mécanisme de la discrimination indirecte, dans le cadre de laquelle le texte incriminé, pris isolément, est neutre et dépourvu de caractère discriminatoire. C'est l'effet défavorable qu'il produit sur un groupe de personnes ayant en commun de présenter un même caractère, susceptible de constituer un critère de discrimination, qui le rend indirectement discriminatoire (cf arrêt précité du 9 novembre 2017, pourvoi n° 16-20404).

En l'espèce c'est l'effet produit par la limite du nombre de trimestres de service national pouvant être considérés comme période réputée cotisée, défavorable aux objecteurs de conscience, qui lui confère un caractère discriminatoire dès lors que les intéressés présentent la caractéristique commune d'avoir exprimé une opinion opposée à l'usage des armes, ayant à elle seule entraîné le doublement de la durée de leur engagement. De par cette situation de fait, imposée du seul chef de l'expression d'une opinion, la limitation de la valorisation prévue par l'article D 351-1-2 CSS crée une discrimination indirecte incompatible avec les articles 9 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Au soutien de sa troisième critique, l'organisme affirme qu'à supposer que les situations en présence soient jugées similaires, la réglementation incriminée correspond à la marge d'appréciation reconnue aux Etats par la Cour européenne des droits de l'homme, et en tout état de cause, repose sur une justification objective et raisonnable.

La marge d'appréciation dont dispose les Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme pour réglementer leurs régimes d'assurances sociales, trouve précisément une limite dans l'interdiction des différences de traitement dans la jouissance des droits et libertés garanties par cette Convention, qui reposeraient sur l'un des critères de discrimination énoncés par son article 14, et ne comporteraient pas de justification objective et raisonnable respectant un rapport de proportionnalité entre l'objectif poursuivi et le moyen employé.

S'agissant de la situation qui nous occupe, il a déjà été explicité que l'exercice du droit à l'objection de conscience emportait, indépendamment des conditions d'accès au dispositif de retraite anticipée, un certain nombre de contraintes et conséquences défavorables pour l'intéressé (doublement de la durée de service national avec perte proportionnelle de la possibilité de percevoir un salaire et les avantages afférents pour la constitution des droits à la retraite), de sorte que la mise en œuvre d'une règle défavorable en matière de valorisation de la période d'engagement pour l'accès à la retraite anticipée, constituait une mesure excessive, ayant pour effet de sanctionner une nouvelle fois – en méconnaissance du placement de l'objection de conscience sous la protection de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme par la CEDH - l'absence de caractère militaire du service national accompli.

Qui plus est, et en toute hypothèse, il ne semble pas que la disposition du Code de la sécurité sociale fixant à quatre le nombre de trimestres pouvant être considérés comme période réputée cotisée, poursuive un objectif quelconque de modulation de l'avantage vieillesse en cause, selon que l'assuré a servi la nation sur le terrain militaire ou civil. La différence de traitement selon la nature du service accompli, est sans rapport avec l'objet de la loi qui en est à l'origine.

Enfin, la CARSAT Y considère que la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. En effet selon la caisse, ce texte protège les espérances légitimes de protection des biens, espérances en l'occurrence non méconnues dès lors que les objecteurs de conscience étaient en situation de savoir à l'avance qu'ils bénéficieraient de quatre trimestres réputés cotisés.

Cette critique manque en fait et est infondée. Elle semble par ailleurs inopérante, dès lors que la discrimination paraît pouvoir être retenue sur le fondement de la combinaison de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme non seulement avec l'article 1^{er} du premier Protocole additionnel d'une part, mais également avec l'article 9 de cette Convention d'autre part.

En premier lieu, l'article D.351-1-2 CSS ayant été créé par le Décret n°2003-1036 du 30 octobre 2003 *relatif à l'abaissement de l'âge de la retraite pour les assurés ayant commencé à travailler jeunes et eu une longue carrière*, les objecteurs de conscience tels que Monsieur X, ayant accompli leur service national antérieurement, ne peuvent être considérés comme ayant été en situation de savoir que leur période de service ne serait pas valorisée dans leur intégralité dans le cadre de la constitution de certains avantages vieillesse.

Qui plus est, l'espérance légitime qui est ici protégée par l'article premier du premier Protocole additionnel, est celle de voir la période de service national accomplie valorisée, pour la constitution des droits à la retraite, de la même manière que la période de service accomplie par les appelés ayant effectué un service militaire.

En outre et en toute hypothèse, quand bien même les intéressés auraient eu connaissance lorsqu'ils ont exercé leur droit à l'objection de conscience, de ce que leur période d'engagement ne serait pas intégralement valorisée dans le cadre de la constitution de certains droits à retraite, cette connaissance ne saurait leur interdire de faire valoir leur droit à ne pas subir de discrimination à raison de l'expression de leur opinion.

A ce titre la Cour de cassation, dans l'étude précitée inscrite à son rapport annuel 2008, a souligné le caractère impératif, pour la CEDH, du principe de non-discrimination. Ce caractère a été rappelé, notamment, dans un arrêt du 3 juin 2008 selon lequel en raison de « *l'importance fondamentale de la prohibition de la discrimination raciale, on ne peut admettre la possibilité de renoncer au droit de ne pas faire l'objet d'une telle discrimination, pareille renonciation se heurtant à un intérêt public important* » (CEDH, 3 juin 2008, Dimitrescu c Roumanie requête 3028/04).

Dans cet esprit, l'on ne peut considérer que des assurés, par la connaissance qu'ils auraient eue des règles applicables pour l'accès à la retraite anticipée, auraient pu renoncer à leur droit de ne pas être discriminés à raison de l'expression de l'opinion que constitue l'objection de conscience.

Enfin, la critique tirée de l'inexistence d'une espérance légitime permettant de se prévaloir des dispositions de l'article premier du premier Protocole additionnel à la Convention européenne, paraît inopérante dès lors que la discrimination subie par l'objecteur de conscience, tombe aussi bien sous le coup de l'interdiction résultant de la combinaison de l'article 14 avec l'article 9 de la Convention, dont il est acquis qu'il protège l'objection de conscience, déclinaison topique de la liberté de conscience (Arrêt de Grande Chambre du 7 juillet 2011, Bayatyan c Arménie).

Un individu subit une discrimination en raison de ses opinions (article 14) dans l'exercice de son droit à l'objection de conscience (protégé par l'article 9), si cet exercice le place dans une situation défavorable s'agissant de l'acquisition d'un avantage prévu par l'assurance vieillesse.

Il faut souligner, pour finir, que le sort réservé aux objecteurs de conscience ne peut être justifié par la considération selon laquelle les appelés qui volontairement prolongent leur service national, voient eux aussi leur période d'engagement validée pour partie seulement. L'on ne peut établir de comparaison entre des assurés qui volontairement, choisissent de prolonger la durée de leur service national, et les objecteurs de conscience dont la durée de service national résulte, exclusivement, de l'expression de leurs convictions opposées à tout engagement militaire.

Au regard de ces éléments, il apparaît que Monsieur X a été victime d'une inégalité de traitement injustifiée. Cette inégalité de surcroît, est incompatible avec l'interdiction des discriminations résultant des stipulations de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, combinées avec celles de l'article 1er du premier Protocole additionnel à ladite Convention d'une part, et avec celles de l'article 9 de cette Convention d'autre part.

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance et soumettre à l'appréciation de la Cour de cassation.

Jacques TOUBON