

Paris, le 5 février 2018

Décision du Défenseur des droits n° 2018-030

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 directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) ;

Vu le 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 Madame X qui estime avoir subi des discriminations fondées sur son sexe et sa situation de famille,

Décide de présenter les observations suivantes devant la Chambre sociale de la Cour d'appel de A.

Jacques TOUBON

Observations devant la chambre sociale de la Cour d'appel de A

-
Présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi n° 2011-333 du 29 mars 2011

1. Madame X a saisi la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité d'une réclamation relative au litige qui l'oppose à son ancien employeur, la société Y, concernant une discrimination dont elle estime avoir fait l'objet en raison de son sexe et de sa situation de famille.
2. Depuis le 1^{er} mai 2011, conformément à l'article 44 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, les procédures ouvertes par la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité se poursuivent devant le Défenseur des droits.
3. Par une décision MLD-2015-120 du 13 mai 2015, le Défenseur des droits a considéré que Madame X avait fait l'objet d'une discrimination à raison de son sexe et de sa situation de famille et a décidé de présenter des observations devant le Conseil des prud'hommes de B.
4. Par un jugement en date du 26 janvier 2017, ce dernier a débouté la réclamante de l'ensemble de ses demandes, estimant qu'elle avait décidé de bénéficier du dispositif de préretraite en connaissance de cause. En conséquence, le conseil a considéré que la réclamante ne pouvait prétendre avoir subi un préjudice quelconque.
5. Madame X a relevé appel de cette décision dont elle sollicite l'infirimation.

LES FAITS

6. La réclamante, mère de trois enfants, conteste les modalités d'exécution du Plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) mis en place par la société Y le 4 juillet 2007, et plus particulièrement des dispositions relatives aux départs en préretraite volontaire (Chapitre 3.1).
7. Ce dispositif bénéficie aux salariés sous certaines conditions cumulatives :
 - Agés d'au moins 57 ans au plus tard au 31 décembre 2008, ou nés en 1952 ;
 - En mesure de liquider leur retraite à taux plein du régime général au plus tard 5 ans suivant l'entrée dans le dispositif ;
 - Ayant une ancienneté égale ou supérieure à 10 ans au moment de l'entrée dans le dispositif ;
 - Ne bénéficiant pas d'une pension d'invalidité ;
 - Ne possédant pas une compétence ou un savoir-faire spécifique rendant leur remplacement particulièrement difficile.
8. Le salarié souhaitant bénéficier de la préretraite doit, en vertu de l'article 3.1.4 du PSE, retourner un formulaire d'adhésion à la direction des ressources humaines, accompagné d'un « *relevé de compte de la Sécurité Sociale indiquant le nombre de trimestres travaillés* ».
9. Ce dispositif a pour objet de procurer un revenu de remplacement aux salariés cessant complètement et définitivement leur activité professionnelle (article 3.1.1 du PSE).

10. Il permet en effet de percevoir pendant 5 ans une rente mensuelle brute correspondant à 70% de la rémunération moyenne mensuelle brute, ainsi qu'une indemnité de départ en préretraite volontaire. Le versement prendra fin automatiquement à la date à laquelle le salarié pourra bénéficier d'une retraite à taux plein. Pendant cette période, les cotisations sociales aux organismes de retraite sont maintenues à 100%.
11. La cessation d'activité s'analyse comme une rupture de contrat de travail à l'initiative du salarié pour lui permettre de bénéficier de la préretraite (article 3.1.4 du PSE).
12. Le 12 septembre 2007, la réclamante remet à son employeur un formulaire portant demande d'adhésion à ce plan sous réserve du paiement effectif de la pension de préretraite du 1^{er} juillet 2008 au 30 juin 2013. Elle joint ses relevés de carrière de la CNAV. Sur la base de ces relevés, elle indique qu'elle bénéficiera d'une retraite à taux plein à 62 ans, soit le 1^{er} juillet 2013.
13. Les relevés de la CNAV mentionnent uniquement les trimestres travaillés (154), conformément aux dispositions de l'article 3.1.4 du PSE, et non ceux acquis au titre de la majoration d'assurance pour enfant (24) prévue à l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale¹. 163 trimestres étaient nécessaires, au moment des faits, à l'obtention d'une retraite à taux plein.
14. Par courrier du 24 juillet 2008, la société Y refuse le portage jusqu'au 1^{er} juillet 2013 et précise que son maintien en préretraite ne sera garanti que jusqu'au 1^{er} mai 2011, date à laquelle elle pourra, du fait de la prise en compte des trimestres acquis au titre de la majoration d'assurance pour enfant, prétendre à sa retraite à taux plein.
15. Madame X répond à son employeur, par courrier du 17 août 2008, que cette majoration n'est pas visée par le dispositif de préretraite inclus dans le PSE, et que sa prise en compte constituerait une discrimination fondée sur son sexe.
16. Il apparaît en effet que cette prise en compte aurait des conséquences défavorables concernant la durée de sa préretraite, mais aussi quant au montant de sa pension de retraite du régime général, et de sa retraite complémentaire.
17. Par courrier du 11 septembre 2008, elle confirme toutefois sa volonté de bénéficier du dispositif mais indique qu'elle soumettra la question de la durée du versement aux juridictions compétentes.
18. La société maintient sa position initiale.
19. Le contrat de travail de Madame X prend fin le 1^{er} octobre 2008.
20. Par un courrier du 7 novembre 2008, la société de courtage en assurance C lui confirme que le versement de sa rente de préretraite prendra fin le 30 avril 2011².

¹ L'article L.351-4 du code de la sécurité sociale applicable au moment des faits prévoit une majoration de la durée d'assurance pour les femmes ayant élevé des enfants : « *les femmes assurées sociales bénéficient d'une majoration de leur durée d'assurance d'un trimestre pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant dans des conditions fixées par décret, dans la limite de huit trimestre par enfant* ». L'article D. 351-1-7 al 3 précise que l'article L. 351-4 s'applique aux femmes qui ont assumé la prise en charge effective et permanente de l'enfant.

² Madame X est née le 19 avril 1951

LE CADRE JURIDIQUE

21. L'article 14 de la directive 2006/54/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) prévoit que « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe est proscrite dans les secteurs public ou privé, y compris les organismes, en ce qui concerne : [...]* »
c) *les conditions d'emploi et de travail, y compris les conditions de licenciement [...]* ».
22. L'article L. 1132-1 du code du travail dispose qu' « *[...] aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat [...] en raison de son sexe, [...] de sa situation de famille* ».
23. 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 définit la discrimination directe et indirecte à son article 1^{er} :
- « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de [...] son sexe [...], une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.*
- Constitue une discrimination indirecte 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. »*
24. La personne qui s'estime victime de discrimination n'a pas besoin de se comparer à une personne existante pour démontrer celle-ci. Il lui est en effet possible de se comparer à une personne hypothétique, comme en atteste l'emploi du conditionnel dans la définition de la discrimination directe retenue par les directives : « *Une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* ». En l'espèce, il est donc possible de comparer la situation des femmes de la société à celle d'hommes qui auraient le même âge et auraient travaillé durant un nombre égal de trimestres³.
25. L'article L. 1134-1 du code du travail prévoit que : « *Lorsque survient un litige, le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».
26. Par ailleurs, Aux termes de l'article L.1237-5 du code du travail dans sa version applicable à l'espèce, le principe est que l'employeur ne peut mettre à la retraite d'office un salarié avant l'âge de 65 ans (âge à compter duquel celui-ci peut bénéficier d'une retraite à taux plein même s'il ne justifie pas de la durée requise d'assurance – L.351-8). Cet article prévoit toutefois un certain nombre d'exceptions, notamment s'agissant des dispositifs de préretraite : « **Un âge inférieur peut être fixé**, dans la limite de [60 ans], dès lors que le

³ CJCE 8 novembre 1990, Aff. C-177/88 DEKKER, Rec. 3941.17. CJCE 17 mai 1990, Aff. 262-88 BARBER, Rec. I-1889

salarié peut bénéficier d'une pension de vieillesse à taux plein au sens du code de la sécurité sociale : [...] 2° **Pour les bénéficiaires d'une préretraite** ayant pris effet avant le 1er janvier 2010 et mise en œuvre dans le cadre d'un accord professionnel mentionné à l'article L. 5123-6 ; ».

Sur la présomption de discrimination fondée sur le sexe et la situation de famille

27. Il ressort des pièces du dossier que les dispositions du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) ne comportent aucune mention discriminatoire directement fondée sur le sexe. Les conditions d'accès au dispositif de préretraite sont identiques pour les femmes et pour les hommes. Par ailleurs, aucune distinction n'est faite entre les salariés selon qu'ils ont ou non élevé des enfants, c'est à dire à raison de leur situation de famille.
28. Néanmoins, la manière dont la société Y a mis en œuvre ce dispositif à l'égard des salariés ayant adhéré au dispositif de préretraite a produit un désavantage particulier à l'égard des femmes ayant eu des enfants, par rapport aux hommes qui seraient placés dans une situation comparable.
29. La société a, en effet, systématiquement tenu compte de la majoration de la durée d'assurance pour enfants. Or, à l'époque des faits, cette majoration ne s'appliquait qu'aux femmes. Aucun homme n'a donc été affecté par cette prise en compte, et aucun n'aurait pu l'être.
30. Ce désavantage affectant les femmes ayant élevé des enfants s'est traduit par une réduction de la durée de versement de la pension de préretraite, la diminution de la durée de cotisation aux organismes de retraite complémentaire, ainsi qu'une retraite de base réduite.
31. Pour Madame X, les conséquences ont été les suivantes :
- elle n'a bénéficié de la rente de préretraite⁴ que pendant deux ans et demi, et non cinq comme prévu dans le PSE ;
 - son employeur et elle ont cotisé deux ans et demi de moins aux organismes de retraite complémentaire ;
 - sa retraite du régime général sera calculée sur une base moins favorable qu'elle ne l'aurait été si elle avait pu bénéficier du dispositif de préretraite jusqu'en 2013⁵, comme le montrent les projections réalisées par la CNAV.
32. Ainsi, l'entreprise Y, en interprétant la clause selon laquelle « *la pension prendra automatiquement fin à la date à laquelle le salarié pourra bénéficier d'une retraite à taux plein* » comme imposant à une salariée mère de famille de procéder à la liquidation de sa retraite de façon anticipée, en prenant en compte la majoration de durée d'assurance pour enfants, défavorise les femmes se trouvant dans cette situation, au nombre desquelles figure Madame X.

⁴ Celle-ci était nettement supérieure à sa pension de retraite puisqu'elle représentait 70% de son salaire de l'époque tandis que la retraite de base à taux plein est égale à 50% de son salaire annuel moyen.

⁵ En effet, le montant de la pension de retraite est calculé sur la base des 25 « meilleures » années (années où la salariée a cotisé sur les salaires les plus élevés). Or, pour Madame X, ses deux dernières années auraient été les meilleures de sa carrière en termes de cotisations, et leur prise en compte aurait donc rehaussé son salaire annuel moyen, et donc le montant de sa pension de retraite.

33. Dès lors, bien que le PSE ne comporte aucune mention directement discriminatoire à raison du sexe, sa mise en œuvre par la société Y conduit à traiter défavorablement les femmes ayant des enfants et semble donc revêtir un caractère discriminatoire.
34. C'est précisément dans ce sens que s'est prononcée la Cour d'appel de A qui, dans un arrêt définitif du 1^{er} mars 2012⁶, a condamné la société Y dans une affaire identique, considérant que « *la prise en compte des majorations de durée d'assurance serait discriminatoire à l'égard des salariées ayant des enfants et ayant adhéré au dispositif par rapport aux salariées (femmes) du même âge n'ayant pas eu d'enfant et aux salariés (hommes) du même âge, ayant eu ou non des enfants.* »
35. Selon la Cour, il convenait de procéder à une interprétation combinée des dispositions conventionnelles précédemment évoquées : dans la mesure où le relevé de compte de la sécurité sociale exigé ne porte que sur le nombre de trimestres travaillés, il s'en déduit que le maintien dans la structure de préretraite ne peut être interrompu au seul motif que la salariée pourrait liquider une retraite à taux plein, en prenant en compte les majorations de durée d'assurance. La liquidation anticipée de sa retraite par la salariée doit donc demeurer une option dans le cadre de ce dispositif de préretraite.
36. À défaut d'avoir retenu une telle interprétation, le dispositif de préretraite tel que mis en œuvre par l'entreprise Y à l'égard de Madame X apparaît donc contraire à l'article L. 1132-1 du code du travail qui interdit à l'employeur de prendre toute mesure discriminatoire directe ou indirecte fondée sur le sexe et la situation de famille à l'égard de ses salariés.

Sur les justifications de la société Y

37. Dans sa réponse en date du 21 avril 2011, la Société Y soutient que la décision de la société de limiter la durée du dispositif de portage pour Madame X est justifiée par des éléments objectifs et exclusifs de toute discrimination.
38. La société considère que la disposition qui prévoit que « *la pension prendra automatiquement fin à la date à laquelle le salarié pourra bénéficier d'une retraite à taux plein* » n'est pas discriminatoire.
39. S'agissant de la prise en compte de la majoration d'assurance au titre des enfants, la société soutient qu'il ne lui appartient pas de décider de la date de liquidation de la retraite à taux plein et du nombre de trimestres cotisés ou validés des salariés. Cette date est fixée par les services de sécurité sociale selon les règles de calcul établies par le code de la sécurité sociale.
40. Cet argument ne saurait être retenu. En effet, le PSE ne prévoit aucunement la prise en compte obligatoire de la majoration d'assurance pour enfant, comme l'a relevé la Cour d'appel de A dans son arrêt du 1^{er} mars 2012 précité. À cet égard, il convient de rappeler que seul un relevé du nombre trimestres travaillés est exigé des salariés souhaitant adhérer au dispositif de préretraite.
41. La société affirme également qu'accéder à la demande de Madame X serait revenu à discriminer à l'inverse les salariées mères de famille selon qu'elles bénéficient ou non d'un régime de préretraite.

⁶ CA Paris, 1^{er} mars 2012, n° 11-04265

42. Cependant, une discrimination ne peut être établie que lorsque les personnes se trouvent dans une situation comparable. Les salariées ayant adhéré au dispositif de préretraite ne se trouvant pas dans une situation comparable à celle n'ayant pas adhéré à ce dispositif, la justification avancée par la société doit être écartée.
43. La société affirme également que la prise en compte des majorations de cotisations aurait permis à six femmes d'intégrer le dispositif de préretraite. Cette application dérogatoire du PSE, si tant est qu'elle soit démontrée, ne peut occulter le fait que plusieurs femmes ont fait l'objet d'un traitement moins favorable que des hommes qui auraient été placés dans une situation comparable.
44. La société soutient, d'autre part, que la prise en compte de la majoration de cotisation au bénéfice des femmes ayant élevé des enfants, prévue à l'article L.351-4 du code de la sécurité sociale, ne peut constituer une discrimination dans la mesure où cette majoration est constitutive d'une différence de traitement en faveur des femmes prévue par la loi.
45. Il convient tout d'abord de rappeler que, dès 2006, les juridictions françaises, sur le fondement de l'article 14 (discrimination) de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et de l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel à la CEDH, ont considéré qu'il n'existait aucune raison objective pour qu'un homme ayant assuré la charge effective, éducative et financière d'un enfant soit exclu du champ d'application de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale⁷, cette restriction étant dès lors considérée comme discriminatoire.
46. Depuis, l'ordonnance n°2010-462 du 6 mai 2010 est venue modifier l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale afin de permettre aux hommes ayant élevé des enfants nés à compter de 2010 de pouvoir bénéficier de ce dispositif.
47. Mais surtout, cet argument ne peut être accueilli car il résulte d'une interprétation erronée de cette mesure.
48. Si le législateur a bien institué une mesure favorable aux femmes, c'est en précisant que celles-ci avaient le choix de faire valoir ou non cette majoration pour avancer la date de la liquidation de leur retraite. À défaut, cette mesure serait défavorable à toutes les femmes qui souhaiteraient prolonger leur activité professionnelle après la date à laquelle elles peuvent bénéficier d'une retraite à taux plein. Ainsi, en ne permettant pas aux femmes de renoncer à ces majorations pour poursuivre leur activité, la société a fait de cette mesure favorable une mesure défavorable. En l'espèce, la prise en compte d'office des majorations de cotisation a nécessairement porté préjudice à l'ensemble des femmes ayant adhéré au dispositif de préretraite dans les conditions prévues par le PSE.
49. C'est pour ce motif que la Cour d'appel de A, dans son arrêt du 1^{er} mars 2012 précédemment cité, a jugé que « la salariée n'a pas l'obligation d'anticiper son départ à la retraite au motif qu'elle pourrait bénéficier d'une majoration de la durée d'assurance en raison du nombre d'enfants qu'elle a élevés et en tout état de cause, la SAS Y ne peut s'en prévaloir pour limiter le portage qu'elle s'est engagée à verser aux volontaires répondant aux conditions d'éligibilité du plan de sauvegarde de l'emploi, en interprétant la clause selon laquelle le portage cesserait dès que le salarié serait en mesure de bénéficier d'une retraite à taux plein, comme exigeant de la salariée qu'elle fasse procéder à la liquidation de sa retraite dès que la majoration de la durée d'assurance lui permettait de bénéficier d'une retraite à taux plein ».

⁷ Cass. Civ. 2, 21 déc. 2006, n°04-30586, CA Paris, Ch. 18, section B, 5 juin 2008.

50. La société affirme également que ces dispositions s'imposeraient à elle, si bien qu'elle aurait été contrainte de prendre en compte des majorations de cotisations de Madame X. La CNAV précise, dans le même sens, que ces majorations ne sont pas optionnelles.
51. Cette affirmation de la société est contredite par les termes de l'article L.1237-5 du code du travail précité. En vertu de cet article, la Société Y n'était pas tenue de mettre fin au portage lorsque Madame X a atteint l'âge de 60 ans, mais disposait de la possibilité de le faire à une date comprise entre son 60^{ème} et son 65^{ème} anniversaire, soit entre avril 2011 et avril 2016, dans le respect de l'interdiction des discriminations liées au sexe et à la situation de famille. En l'espèce, elle aurait donc dû maintenir le portage jusqu'à fin juin 2013, date à laquelle Madame X était âgée de 62 ans.
52. Si la CNAV était dans l'obligation de prendre en compte les majorations de cotisations au moment de la liquidation de sa retraite par Madame X, celle-ci n'aurait pas dû être placée dans une situation l'obligeant à liquider sa retraite dès ses 60 ans. Il convient de rappeler qu'en dehors d'un dispositif tel que celui mis en œuvre chez la société Y, une salariée peut toujours faire le choix de poursuivre son activité au-delà de l'âge auquel elle pourrait, au vu des majorations de cotisations acquises, liquider une retraite à taux plein. Dans une telle hypothèse, la CNAV ne fera de facto pas application de tout ou partie de ces majorations.
53. Par ailleurs, la société ne peut tirer argument du fait que Madame X a finalement liquidé sa retraite en faisant valoir son droit à la majoration de cotisations. En effet, celle-ci y a été contrainte, se trouvant sans ressource après que la société de courtage en assurance C lui a notifié la fin du versement de sa pension de préretraite.
54. Enfin, le fait que Madame X ait souscrit volontairement au dispositif de préretraite après avoir été informée de la façon dont la société envisageait de le mettre en œuvre n'est pas de nature à écarter l'existence d'une discrimination, contrairement à ce qu'a jugé le Conseil de prud'hommes.
55. En effet, les dispositions du PSE doivent être interprétées comme permettant aux femmes ayant élevé des enfants de continuer bénéficier du dispositif de préretraite jusqu'à être en mesure de bénéficier d'une retraite à taux plein, indépendamment des majorations de durée d'assurance, et ce conformément à l'arrêt du 1^{er} mars 2012 susmentionné.
56. Quelle que soit l'interprétation à laquelle Madame X a souscrit au moment de son adhésion au dispositif, l'interprétation retenue par la Cour est la seule exempte de toute discrimination. Or, les parties ne sauraient, par la voie conventionnelle, écarter les dispositions d'ordre public que constitue l'interdiction des discriminations à raison du sexe et de la situation de famille.
57. En ce sens, il convient de rappeler que les juridictions nationales, tout comme la CJUE⁸, contrôlent la conformité des dispositions des accords collectifs aux directives et lois interdisant les discriminations. Toute disposition contraire à ces normes est déclarée nulle et de nul effet par le juge national⁹.

⁸ Voir notamment, en matière de discrimination liée à l'âge : CJUE, 8 septembre 2011, C-297/10 et C-298/10.

⁹ S'agissant d'une disposition d'une convention collective excluant les salariés licenciés pour cause d'inaptitude consécutive à une maladie ou à un accident non professionnel du bénéfice de l'indemnité de licenciement qu'elle institue : Cass. Soc. 8 octobre 2014, n°13-11.789 ; concernant un accord d'entreprise instaurant une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière de congés et primes pour événements familiaux : Cass. Soc. 9 juillet 2014, n°10-18.341

58. Au vu de l'ensemble de ces éléments, il apparaît que le refus de la société Y de faire bénéficier Madame X d'une pension de préretraite jusqu'au 30 juin 2013 est constitutif d'une discrimination qui a pour effet de défavoriser une femme qui a élevé des enfants.

En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :

- Considère que Madame X a fait l'objet d'une discrimination en matière de rémunération en lien avec son sexe et sa situation de famille contraire à l'article L.1132-1 du code du travail ;

Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend soumettre à l'appréciation de la chambre sociale de la Cour d'appel de A.

Jacques TOUBON