

Paris, le 25 avril 2023

Décision du Défenseur des droits n°2023-073

La Défenseure 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 de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et l'article 1er du Premier Protocole additionnel à cette Convention ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

Saisie par Monsieur X, qui estime avoir subi une discrimination indirecte dans le cadre de l'accès à la retraite anticipée pour carrière longue, en raison de l'accomplissement son service national en qualité d'objecteur de conscience.

- Prend acte de la décision de la commission de recours amiable de la caisse d'assurance retraite et de santé au travail Y, de valider l'ensemble de sa période de service national accompli en qualité d'objecteur de conscience, comme période réputée cotisée pour l'accès à la retraite anticipée pour carrière longue ;

- Recommande au Ministre du travail, du plein emploi et de l'insertion, de modifier l'article D. 351-1-2 du code de la sécurité sociale, afin de permettre aux organismes d'assurance vieillesse de retenir comme période réputée cotisée, l'ensemble de la période de service national effectuée en qualité d'objecteur de conscience.

La Défenseure des droits demande au Ministre du travail, du plein emploi et de l'insertion, de rendre compte des suites données à la recommandation ci-dessus dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Claire HÉDON

Prise d'acte et recommandation en application de l'article 25 de la loi organique n°333-2011 du 29 mars 2011

Le Défenseur des droits a été saisi par Monsieur X, d'une réclamation relative à la date de son éligibilité au dispositif de retraite anticipée pour carrière longue.

Présentation des faits et instruction de la réclamation

Alors que le service militaire durait 12 mois, Monsieur X, qui a effectué son service national en qualité d'objecteur de conscience, a dû consacrer une période de 24 mois à cette obligation citoyenne - de l'année 1985 à l'année 1987.

Souhaitant bénéficier d'un départ en retraite anticipée pour carrière longue, il estime qu'il remplira la condition tenant à la durée d'assurance cotisée – 169 trimestres - au 1^{er} octobre 2025.

La caisse d'assurance retraite et de santé au travail (Carsat) Y, pour sa part, estimait que cette condition serait satisfaite au 1^{er} juillet 2026 seulement.

Ce désaccord provient de la différence de régime appliqué à la période de service national : alors que le réclamant considérait que l'intégralité de cette période, soit huit trimestres, devait être considérée comme durée d'assurance réputée cotisée, la caisse ne retenait pour sa part, à ce titre, que quatre trimestres.

L'assuré a saisi le service médiation de la caisse, dont la réponse n'a pas permis de résoudre le litige.

Saisi d'une réclamation par Monsieur X, les services du Défenseur des droits, par courrier du 18 octobre 2022, ont adressé au directeur de la Carsat Y une demande de réexamen de sa situation, en faisant valoir le caractère discriminatoire de la validation partielle de la période de service national accomplie par l'objecteur de conscience, là où l'assuré ayant effectué un service militaire de 12 mois, bénéficie d'une validation de l'intégralité de sa période d'engagement.

En réponse, la Carsat, par courrier du 26 décembre 2022 adressé au réclamant, a dit faire application de l'article D. 351-1-2 du code de la sécurité sociale, selon lequel « *il est retenu 4 trimestres de service militaire en trimestres réputés cotisés* ».

Elle a invité l'assuré à saisir la commission de recours amiable, ce que l'intéressé a fait par courrier du 9 janvier 2023.

Par décision du 6 février 2023, cette commission a décidé de valider comme période réputée cotisée, l'intégralité du service national accompli par le réclamant

Analyse juridique

À titre liminaire, il doit être précisé que le Défenseur des droits, comme les juridictions saisies devant lesquelles l'autorité administrative indépendante a présenté ses observations, ont souligné le caractère discriminatoire du régime appliqué à la période de service national accomplie par les objecteurs de conscience, pour l'accès à la retraite anticipée pour carrière longue (décision du Défenseur des droits n°2018-029 du 18 janvier 2018, et arrêt de la Cour de cassation du 20 septembre 2018, pourvoi n° 17-21.576 : en pièces jointes).

Les textes applicables n'ayant pas évolué, l'analyse du Défenseur des droits telle qu'exposée dans la décision précitée, et sa position de principe sur la question en litige, demeurent les mêmes.

Le 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.

Monsieur X, né en 1965, doit justifier de 169 trimestres de durée d'assurance cotisée.

Pour l'appréciation de cette condition 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° 2021-593 du 14 mai 2021 - relatif à la prise en compte des périodes d'activité partielle pour les droits à retraite des assurés éligibles au dispositif de retraite anticipée pour carrière longue et pour les assurés relevant de la caisse de sécurité sociale de Mayotte - dispose :

« I. – *Pour l'appréciation de la durée d'assurance ayant donné lieu à cotisations à la charge de l'assuré mentionnée 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, dans la limite de quatre trimestres. Lorsque cette période couvre deux années civiles, elle peut être affectée à l'une ou l'autre de ces années, la solution la plus favorable étant retenue ;

(...) ».

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.

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 (dispositions de l'article 8 de la loi n° 63-1255 du 21 décembre 1963 *relative à certaines modalités d'accomplissement des obligations imposées par la loi sur le recrutement*, 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*), ne voient cette période retenue comme période réputée cotisée que pour moitié, là où les assurés ayant servi militairement pendant un an voient leur période de service intégralement valorisée.

Dans un arrêt du 20 septembre 2018, la Cour de cassation, rejoignant en cela la position exprimée devant elle par le Défenseur des droits (décision n° 2018-029), a jugé que la limitation à 4 trimestres de la validation comme période réputée cotisée, du service national – de deux ans - accompli par les objecteurs de conscience, était constitutive d'une discrimination (atteinte à la liberté de pensée, de conscience et de religion garantie par l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales) incompatible avec le droit conventionnel européen (Civ. 2^{ème}, 20 septembre 2018, pourvoi n° 17-21.576, publié au bulletin des arrêts de la Cour de cassation).

Elle a énoncé :

« (...) en limitant à quatre trimestres la prise en compte des périodes de service national pour l'appréciation de la durée d'assurance requise pour l'abaissement de l'âge d'ouverture des droits à pension de retraite prévu par l'article L. 351-1-1 du code de la sécurité sociale pour les assurés relevant du régime des carrières longues, alors que l'obtention du statut d'objecteur de conscience était assortie, antérieurement à la loi n° 97-1019 du 8 novembre 1997, d'un service d'une durée double de celle des autres formes du service national et égale, en dernier lieu, à deux ans, les dispositions de l'article D. 351-1-2, 1°, du code de la sécurité sociale introduisent au détriment des assurés ayant relevé du statut des objecteurs de conscience une différence de traitement qui ne repose sur aucune justification objective et raisonnable et sont ainsi incompatibles avec les exigences des stipulations combinées des articles 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 1er du Protocole additionnel n° 1 à ladite convention ;

« Et attendu qu'ayant constaté que M. X... avait effectué, en qualité d'objecteur de conscience, un service civil du 1er décembre 1975 au 31 décembre 1977, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il convenait de faire droit à sa demande 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 en retraite pour carrière longue ; (...). ».

Il résulte de cet arrêt, et plus généralement du principe de non-discrimination, que l'intégralité de la période de service national, quelle que soit sa modalité d'accomplissement, doit être validée comme période réputée cotisée pour apprécier la condition de durée d'assurance cotisée nécessaire à un départ en retraite anticipée pour carrière longue. Ainsi, 4 trimestres doivent être pris en compte pour les assurés ayant servi militairement, et 8 pour ceux ayant effectué leur service, pendant deux ans, comme d'objecteur de conscience.

En l'espèce la commission de recours amiable (Cra), pour justifier sa décision de faire droit à la demande de validation de l'intégralité de la période de service national, soit huit trimestres, a énoncé :

« Suite à l'arrêt de la Cour de cassation, il convient de faire droit à toute contestation portée devant la commission de recours amiable ou les instances juridictionnelles, et de tenir compte de la totalité de la durée de service national accomplie par les intéressés, sans limitation à 4 trimestres pour la détermination de la durée d'assurance cotisée (fiche consigne contentieux 2021-4 du 12/05/2021) ».

Il convient toutefois de relever que la solution ainsi préconisée par la « *fiche consigne réseau contentieux 2021-4 du 12 mai 2021* » et suivie par les organismes de retraite, n'est pas satisfaisante, dans la mesure où elle laisse subsister dans l'ordonnancement juridique un texte qui constitue la source d'une discrimination indirecte, pour les assurés ayant exercé leur droit – protégé - à l'objection de conscience.

La préconisation, par une instruction réseau, d'une régularisation de la situation de l'assuré en cas de saisine de la Cra ou de recours contentieux, n'apparaît pas adaptée pour corriger valablement cette situation.

En effet, les « *réglementations* » - circulaire, instruction, fiche réseau - élaborées par les organismes de sécurité sociale, sont dépourvues de valeur normative et ne peuvent avoir pour objet de créer/modifier des droits, ou les conditions permettant d'y accéder. Ces questions relèvent de la seule compétence du législateur ou du pouvoir réglementaire, auxquels il appartient d'édicter des règles conformes aux principes fondamentaux et normes

de valeur supérieure, tel le principe de non-discrimination institué notamment par le droit conventionnel européen.

En outre, ce dispositif qui entérine l'application d'un texte réglementaire source de discrimination, ne permet d'y remédier qu'au cas par cas, à la condition que l'utilisateur exerce un recours, amiable ou contentieux.

Une meilleure effectivité du principe de non-discrimination appelle ainsi que le texte réglementaire limitant à 4 le nombre de trimestres de service national susceptibles d'être validés comme période réputée cotisée, soit modifié afin de porter cette limite à 8 trimestres, lorsque ce service a été accompli par l'assuré en qualité d'objecteur de conscience.

En considération de ces éléments, la Défenseure des droits :

- Prend acte de la décision de la commission de recours amiable de la caisse d'assurance retraite et de santé au travail Y, de valider l'ensemble de sa période de service national accompli en qualité d'objecteur de conscience, comme période réputée cotisée pour l'accès à la retraite anticipée pour carrière longue ;

- Recommande au Ministre du travail, du plein emploi et de l'insertion, de modifier l'article D. 351-1-2 du code de la sécurité sociale, afin de permettre aux organismes d'assurance vieillesse de retenir comme période réputée cotisée, l'ensemble de la période de service national effectuée en qualité d'objecteur de conscience.

La Défenseure des droits demande au Ministre du travail, du plein emploi et de l'insertion, de rendre compte des suites données à la recommandation ci-dessus dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Claire HÉDON