

Paris, le 19 juillet 2023

Décision du Défenseur des droits n° 2023-130

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 le code des pensions civiles et militaires de retraite ;

Vu le décret n° 46-1541 du 22 juin 1946 approuvant le statut national des personnels des industries électriques et gazières ;

Saisie par Madame X d'une réclamation concernant le rejet de sa demande de départ anticipé à la retraite en qualité de parent de trois enfants à la date du 1^{er} septembre 2021 en application de l'article 44 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites ;

Recommande à Monsieur le Ministre de la transformation et de la fonction publique de procéder à la modification :

- de l'article R. 37 du code des pensions civiles et militaires (CPCMR), en tant qu'il porte application de l'article 44 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites ;
- et par voie de parallélisme, de l'article R. 13 du CPCMR en tant qu'il porte application de l'article L. 12 b de ce code prévoyant une bonification pour enfant sous réserve d'une interruption ou réduction d'activité.

La Défenseure des droits demande à être tenue informée des suites données à ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Claire HÉDON

Recommandations en application de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333

Le Défenseur des droits a été saisi de la réclamation de Madame X, concernant le rejet de sa demande de départ anticipé à la retraite en qualité de parent de trois enfants à la date du 1^{er} septembre 2021.

FAITS ET PROCEDURE

Madame X, professeure agrégée de mathématiques, est fonctionnaire de l'Éducation nationale depuis 1995. Elle est mère de trois enfants nés en 1990, 1991 et 1993, alors qu'elle était ingénieure à Électricité de France (EDF). À l'occasion de chaque naissance, elle a bénéficié d'un congé de maternité de plus de deux mois¹.

En septembre 2020, elle a demandé à bénéficier d'un départ anticipé à la retraite comme parent de trois enfants en application de l'article 44 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites² : « Par dérogation à l'article L. 24 du code des pensions civiles et militaires de retraite, le fonctionnaire civil et le militaire ayant accompli quinze années de services civils ou militaires effectifs avant le 1^{er} janvier 2012 et parent à cette date de trois enfants vivants, ou décédés par faits de guerre, conserve la possibilité de liquider sa pension par anticipation à condition d'avoir, pour chaque enfant, interrompu ou réduit son activité dans des conditions fixées par un décret en Conseil d'État. ». Ces conditions sont précisées par l'article R. 37 du CPCMR.

La demande de Madame X a été rejetée par courrier du service des retraites de l'État (SRE) en date du 11 mars 2021. Le SRE a en effet considéré que ses enfants étaient nés avant qu'elle intègre la fonction publique, alors qu'elle était affiliée à la Caisse nationale des industries électriques et gazières (CNIEG). Le congé de maternité accordé par cette caisse et selon ce régime particulier ne pouvait être considéré comme satisfaisant à la condition d'interruption d'activité telle que définie par l'article R. 37³ du CPCMR. En effet, il ne fait pas partie des différents congés énumérés au II de cet article car il a été attribué sur la base d'un fondement juridique différent.

C'est dans ce contexte que Madame X a sollicité l'intervention du Défenseur des droits.

ANALYSE ET PROCEDURE

Aux termes de l'article L. 24 du CPCMR dans sa version en vigueur jusqu'à l'intervention de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010, et toujours applicable aux fonctionnaires remplissant les conditions prévues par ce texte avant le 1^{er} janvier 2012 conformément à l'article 44 de cette loi :

« I. - *La liquidation de la pension intervient :*
(...)

¹ Du 7 mars au 21 juillet 1990 ; du 21 septembre 1991 au 9 février 1992 et du 28 août 1993 au 25 janvier 1994.

² https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/article_jo/JORFARTI000023022156

³ Cité ci-dessous dans le texte.

3° Lorsque le fonctionnaire civil est parent de trois enfants vivants, ou décédés par faits de guerre, ou d'un enfant vivant, âgé de plus d'un an et atteint d'une invalidité égale ou supérieure à 80 %, à condition qu'il ait, pour chaque enfant, interrompu son activité dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Sont assimilées à l'interruption d'activité mentionnée à l'alinéa précédent les périodes n'ayant pas donné lieu à cotisation obligatoire dans un régime de retraite de base, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ».

Aux termes de l'article R. 37 du CPCMR,

« I. – L'interruption d'activité prévue au premier alinéa du 3° du I et au premier alinéa du 1 bis du II de l'article L. 24 doit avoir eu une durée continue au moins égale à deux mois et être intervenue alors que le fonctionnaire ou le militaire était affilié à un régime de retraite obligatoire (...).

II. – Sont prises en compte pour le calcul de la durée d'interruption d'activité les périodes correspondant à une suspension de l'exécution du contrat de travail ou à une interruption du service effectif, intervenues dans le cadre :

a) Du congé pour maternité, tel que prévu aux articles L. 4138-2 et L. 4138-4 du code de la défense, au 5° de l'article 34 de la loi du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État, au 5° de l'article 57 de la loi du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale, au 5° de l'article 41 de la loi du 9 janvier 1986 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique hospitalière, aux articles L. 331-3 et L. 615-19 du code de la sécurité sociale, à l'article 4 du décret n° 72-154 du 24 février 1972 modifié relatif aux congés en cas de maladie, maternité et d'accidents du travail dont peuvent bénéficier certains personnels ouvriers de l'Etat mensualisés, ainsi qu'aux articles L. 732-10 et L. 732-11 du code rural et de la pêche maritime ».

Lorsqu'elle était ingénieure à EDF, Madame X a bénéficié de congés de maternité dans le cadre de l'annexe, article 22, paragraphe 3 du décret n° 46-1541 du 22 juin 1946 approuvant le statut national des personnels des industries électriques et gazières (IEG)⁴. Ainsi que le précise le SRE, ce texte, qui prévoit un congé de maternité à salaire intégral d'une durée de dix-huit semaines, n'est pas compris dans l'énumération précitée.

Considérant toutefois que Madame X avait bien interrompu son activité alors qu'elle était affiliée à un régime de retraite obligatoire dans le cadre d'un congé de maternité d'une durée au moins égale à celui prévu par l'article L. 331-3 du code de la sécurité sociale – et donc qu'elle remplissait les conditions temporelles d'interruption d'activité –, mes services ont demandé au chef du SRE de réexaminer sa décision.

En effet, il m'est apparu que refuser à Madame X le bénéfice d'un départ anticipé, au seul motif que les congés de maternité prévus par le statut des IEG n'étaient pas expressément mentionnés à l'article R. 37 II a) du CPCMR, contrevenait à l'esprit du texte tel qu'explicité par le Conseil d'État dans sa décision n° 400477 du 26 avril 2018 et à l'objectif légitime de politique sociale que poursuit la mesure de départ anticipé, à savoir compenser les conséquences de la naissance et de l'éducation des enfants sur le déroulement de la carrière professionnelle d'une femme.

Dans le considérant 16 de cette décision, le Conseil d'État estime en effet que « Par la loi du 9 novembre 2010, le législateur a [procédé] à une extinction progressive de la mesure pour les parents de trois enfants. Ce faisant, le législateur a entendu [...] compenser à titre transitoire ces inégalités normalement appelées à disparaître. Dans ces conditions, la disposition litigieuse relative au choix d'un départ anticipé avec jouissance immédiate, prise, pour les mêmes motifs que la bonification pour enfant prévue par les dispositions combinées

⁴ https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000689892?init=true&page=1&query=46-1541+&searchField=ALL&tab_selection=all

des articles L. 12 et R. 37, afin d'offrir, dans la mesure du possible, une compensation des conséquences de la naissance et de l'éducation d'enfants sur le déroulement de la carrière d'une femme, en l'état de la société française d'alors, est objectivement justifiée par un objectif légitime de politique sociale, qu'elle est propre à garantir cet objectif et nécessaire à cet effet. Par suite, les dispositions en cause ne méconnaissent pas le principe d'égalité des rémunérations tel que défini à l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

Or Madame X, qui a eu ses trois enfants en 1990, 1991 et 1993, a interrompu son activité à chaque naissance et remplissait la condition d'avoir accompli quinze années de services civils ou militaires effectifs avant le 1^{er} janvier 2012, entre pleinement dans le champ de cette compensation prévue et justifiée par un objectif de politique sociale.

Par courrier du 21 octobre 2021, le SRE, en réponse à ma demande de réexamen bienveillant, a confirmé son refus d'accorder à Madame X un départ anticipé à la retraite comme parent de trois enfants en considérant que les congés de maternité dont a bénéficié Madame X n'étaient pas énumérés par l'article R. 37 du CPCMR.

Par courrier du 24 janvier 2022, j'ai saisi le ministre délégué auprès du ministre de l'économie, des finances et de la relance, chargé des comptes publics, en appelant son attention sur l'importance d'une prise en compte de l'équité dans la mesure où l'application de certains textes peut produire, dans des situations très particulières, exceptionnelles et ciblées, des conséquences particulièrement lourdes et non justifiées pour une catégorie ciblée d'usagers. Ce recours en équité, qui a également été traité par le SRE, a été rejeté par courrier du 1^{er} avril 2022, au motif que les textes applicables étant d'application stricte, il n'appartenait pas au service de se prononcer en équité. Le SRE invitait dès lors le Défenseur des droits à se rapprocher de la direction générale de l'administration et de la fonction publique (DGAFP) afin de solliciter une modification des textes.

Le SRE précisait en outre que le cas de Madame X n'était pas unique, des situations analogues ayant pu se présenter pour des congés de maternité pris par des agentes qui avaient été précédemment affiliées au régime spécial de la Société nationale des chemins de fer (SNCF). De la même manière, le SRE n'avait pas fait droit à leur demande de retraite anticipée, dans la mesure où ce congé n'est pas mentionné à l'article R. 37 du CPCMR.

Le SRE avait également déjà précisé, le 31 octobre 2020 au pôle « retraite » du rectorat que Madame X, pour les mêmes raisons, ne pouvait bénéficier de la bonification de durée d'assurance prévue à l'article L. 12, b du CPCMR, dont les conditions relatives à l'interruption ou la cessation d'activité sont, de la même manière qu'à l'article R. 37, définies par l'article R. 13 du CPCMR.

Au sujet de cette bonification, le Conseil d'État précise dans le considérant 13 de la décision précitée que « *si, pendant son congé de maternité, la femme fonctionnaire ou militaire conserve légalement ses droits à avancement et à promotion et qu'ainsi la maternité est normalement neutre sur sa carrière, il ressort néanmoins des données disponibles qu'une femme ayant eu un ou plusieurs enfants connaît, de fait, une moindre progression de carrière que ses collègues masculins et perçoit en conséquence une pension plus faible en fin de carrière. Les arrêts de travail liés à la maternité contribuent à empêcher une femme de bénéficier des mêmes possibilités de carrière que les hommes. De plus, les mères de famille ont dans les faits plus systématiquement interrompu leur carrière que les hommes, ponctuellement ou non, en raison des contraintes résultant de la présence d'un ou plusieurs enfants au foyer. Alors qu'une femme fonctionnaire sans enfant perçoit en moyenne à la fin de sa carrière une pension au moins égale à celle que perçoivent en moyenne les hommes sans enfant, les femmes avec enfants perçoivent en moyenne des pensions inférieures à celles des hommes ayant le même nombre d'enfants. Ces écarts entre les pensions perçues par les*

femmes et les hommes s'accroissent avec le nombre d'enfants. Le niveau de la pension ainsi constaté des femmes ayant eu des enfants résulte d'une situation passée, consécutive à leur déroulement de carrière, qui ne peut être modifiée au moment de la liquidation. Cette bonification n'a pas pour objet et ne pouvait avoir pour effet de prévenir les inégalités sociales dont ont été l'objet les femmes mais de leur apporter, dans une mesure jugée possible, par un avantage de retraite assimilé à une rémunération différée au sens de l'article 157 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une compensation partielle et forfaitaire des retards et préjudices de carrière manifestes qui les ont pénalisées. »

Aussi, au regard du même objectif légitime de politique sociale invoqué en ce qui concerne l'article L. 24 et la possibilité de départ anticipé, la modification de l'article R. 13 s'avère-t-elle nécessaire pour rendre pleinement effective la bonification prévue à l'article L. 12 b du CPCMR.

J'ai saisi vos services de cette question par courriers du 29 juin 2022 et du 27 octobre 2022. À ce jour, et sauf erreur de ma part, la réponse de la DGAFP ne m'est pas parvenue.

Par ailleurs, l'article R. 37 du CPCMR n'a pas été modifié, comme cela aurait pu en être l'occasion, par les décrets n° 2023-435 et n° 2023-436 du 3 juin 2023 portant respectivement application des articles 10 et 11 et 17, et 10 et 11 de la loi n° 2023-270 du 14 avril 2023 de financement rectificative de la sécurité sociale pour 2023, dite loi portant réforme des retraites.

Les précisions du SRE, rappelées ci-dessus et relatives au nombre d'agentes susceptibles d'être concernées par la privation du droit à une retraite anticipée paraissent de nature à justifier une réforme réglementaire.

Si ce type de mobilité professionnelle avait été davantage pratiqué à l'époque de la rédaction de l'article R. 37 du CPCMR, le congé de maternité prévu par des régimes spéciaux comme celui des IEG ou des agents de la SNCF aurait été visé par cet article, aucune raison objective ne paraissant s'y opposer.

Ceci étant, il n'en demeure pas moins qu'en raison de cette lacune du texte, ces femmes qui ont pourtant interrompu à trois reprises leur carrière dans le cadre de congés de maternité se trouvent privées d'un avantage précisément prévu par le CPCMR pour compenser les conséquences de la maternité, en particulier de trois maternités, sur la carrière d'une femme.

Au regard de cette analyse ci-dessus, la Défenseure des droits considère que les droits de Madame X ont été lésés par les modalités d'exercice du départ anticipé à la retraite comme parent de trois enfants d'une part, et d'attribution de la bonification pour enfant d'autre part, lesquelles constituent une inégalité entre fonctionnaires placées dans la même situation en fin de carrière, au regard des modalités de leur carrière antérieure.

Dès lors, afin de remédier à cette situation et de prévenir le renouvellement de situations analogues, la Défenseure des droits recommande à Monsieur le Ministre de la transformation et de la fonction publique de procéder :

- à la modification de l'article R. 37 du code des pensions civiles et militaires (CPCMR), texte d'application de l'article 44 de la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites afin d'élargir les fondements juridiques de l'interruption ou de la réduction d'activité
- et par voie de parallélisme, à celle de l'article R. 13 du CPCMR en tant que mesure d'application de l'article L. 12 b de ce code prévoyant une bonification pour enfant.

La Défenseure des droits demande à être tenue informée des mesures prises pour tenir compte de ses recommandations dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Claire HÉDON