

Délibération n°2010-5 du 4 janvier 2010

Sexe – Réglementation des services publics - Observations juridiques

Le réclamant, fonctionnaire territorial et père de trois enfants, a été admis à la retraite mais n'a pu bénéficier des bonifications de pensions de retraite prévues à l'article L. 12 b) et R 13 du Code des pensions civiles et militaires au motif que ces dernières sont subordonnées à une interruption d'activité d'une durée continue au moins égale à deux mois et ce, en vertu de l'article R. 13 du même code. Ce critère, apparemment neutre, est néanmoins susceptible d'entraîner un désavantage pour les hommes, compte-tenu de la durée légale plus élevée des congés de maternité et de leur caractère obligatoire (8 semaines au minimum) au regard du congé de paternité notamment. L'article R. 13 du Code des pensions civiles et militaires établit donc une discrimination indirecte fondée sur le sexe prohibée, d'une part, par la directive 86/378/CEE du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale et, d'autre part, par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme combiné à l'article 1 du premier Protocole à cette Convention. Or, ces avantages accordés aux femmes dans les faits ne visent ni à compenser les désavantages liés au congé de maternité ou à l'éloignement du service après l'accouchement, ni à les aider à mener une vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes. Elles tendent uniquement à leur offrir, au moment de leur départ à la retraite, certains avantages en lien avec la période consacrée à l'éducation des enfants. Le critère de deux mois continus d'interruption d'activité n'apparaît donc pas objectivement justifié au regard de l'objectif de la mesure qui est de prendre en compte une période d'inactivité liée à l'éducation de ses enfants. La haute autorité présentera ses observations devant le Tribunal administratif saisi dans le cadre du contentieux que le réclamant a initié.

Le Collège :

Vu l'article 157 (ancien article 141) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,

Vu la directive 86/378/CEE du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale,

Vu l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme combiné à l'article 1 du premier Protocole à cette Convention,

Vu le Code des pensions civiles et militaires de retraite,

Vu la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et notamment l'article 11,

Vu le décret n°2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Vu la délibération n°2005-32 du 26 septembre 2005 du Collège de la haute autorité,

Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie par courrier du 5 juillet 2008, d'une réclamation de Monsieur E.

Le réclamant estime être victime d'une discrimination fondée indirectement sur le sexe quant aux conditions de liquidation de sa pension de retraite (fonction publique hospitalière).

Fonctionnaire territorial et père de trois enfants, M. E a été admis à la retraite à compter du 1^{er} janvier 2006. Le Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales (CNRACL) a cependant refusé de faire droit à la demande du réclamant tendant au bénéfice des bonifications de pensions de retraite au titre de l'article L. 12 b) du Code des pensions civiles et militaires au motif que ces dernières sont subordonnées à une interruption d'activité d'une durée continue au moins égale à deux mois et ce, en vertu de l'article R. 13 du même code. Le réclamant a contesté cette décision de refus devant le Tribunal administratif de Toulouse.

La CJCE a qualifié de régime *professionnel* le régime de retraite des fonctionnaires, relevant donc de la directive 86/378/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale. Or, celle-ci qualifie de rémunérations, au sens de l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne, les avantages accordés en matière d'assurance vieillesse aux personnes qui ont élevé des enfants et leur applique le principe d'égalité de traitement prévu par ledit article.

La Cour a ainsi jugé que les dispositions législatives françaises prévues dans le Code des pensions civiles et militaires réservant le bénéfice d'une retraite anticipée avec jouissance immédiate aux seules mères de trois enfants, en excluant les pères dans une situation identique, étaient contraires au principe d'égalité de traitement (CJCE, 29 novembre 2001, Griesmar c/ Ministre des Finances et de l'Industrie).

De même, le Conseil d'Etat, en se fondant sur le principe d'égalité, a régulièrement annulé les décisions administratives refusant aux pères de famille de trois enfants le bénéfice de ces avantages dès lors que les hommes démontraient avoir assumé l'éducation de leurs enfants (CE, 29 juillet 2002, Griesmar).

Prenant en compte les règles de droit communautaire, la loi n°2003-775 du 21 août 2003 portant réforme des retraites, la loi de finances rectificative n°2004-1485 pour 2004 du 30 décembre 2004 et le décret n°2005-449 du 10 mai 2005 ont modifié le Code des pensions civiles et militaires en permettant aux mères *et* aux pères de bénéficier des mêmes avantages liés à la date de liquidation de la pension de retraite ainsi qu'aux bonifications d'ancienneté.

Au vu de ces nouvelles dispositions et du Code des pensions, les fonctionnaires - pères ou mères – bénéficient donc des mêmes avantages liés à la date de liquidation de la pension de retraite ainsi qu'aux bonifications d'ancienneté, *à la condition qu'ils aient interrompu leur activité pendant une certaine durée.*

La nouvelle législation instaure ainsi, en apparence, une égalité de traitement entre les hommes et les femmes placés dans une situation identique.

Toutefois, l'article L. 12 b) du Code des pensions civiles et militaires dispose que l'interruption d'activité pour se consacrer à l'éducation des enfants est une période qui ne doit pas avoir donné lieu à cotisation obligatoire dans un régime de retraite de base. L'article R. 13 précise en outre que la période doit être de deux mois au moins, de façon continue, et intervenir dans le cadre du congé de maternité, du congé de paternité, du congé d'adoption, du congé parental ou de présence parentale ou enfin d'une disponibilité pour élever son enfant.

Il résulte de ce qui précède que le critère de durée continue de deux mois quant à l'interruption de l'activité est apparemment neutre mais est néanmoins susceptible d'entraîner un désavantage pour les hommes, compte-tenu de la durée légale plus élevée des congés de maternité et de leur caractère obligatoire (8 semaines au minimum) au regard du congé de paternité notamment.

Même s'il en déduit une solution différente de celle de la haute autorité, le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 29 décembre 2004, ne conteste pas ce dernier point puisqu'il constate *que « le dispositif nouveau bénéficiera principalement aux fonctionnaires de sexe féminin »* en raison du fait, d'une part, que le congé maternité permet de satisfaire à la condition d'interruption d'activité professionnelle de deux mois et que, d'autre part, les autres congés ont un caractère seulement facultatif.

Bien plus, tous les hommes ayant élevé des enfants nés avant l'instauration de ces différents congés en sont exclus : création du congé de paternité en 2002 (loi n°2001-1246 du 21 décembre 2001 de financement de la sécurité sociale pour 2002), du congé de présence parentale en 2001 (loi n°2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001). Le congé parental n'a été, quant à lui, ouvert de plein droit aux hommes en 1984 (loi n°84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relative à la fonction publique de l'Etat).

Le Conseil d'Etat estime pourtant dans l'arrêt précité que cette différence de traitement ne contrevient pas au droit communautaire. Cependant, si la Cour de Justice des Communautés européennes peut justifier certaines mesures qui s'inscrivent dans une politique de « discrimination positive », elle autorise exclusivement les mesures nationales qui contribuent à « *aider les femmes à mener leur vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes* », ce qui n'est pas le cas de la bonification « *qui se borne à accorder aux fonctionnaires féminins ayant la qualité de mère une bonification d'ancienneté au moment de leur départ à la retraite, sans porter remède aux problèmes qu'ils peuvent rencontrer durant leur carrière professionnelle* » (CJCE, 29 novembre 2001, Griesmar).

La Cour de Justice avait d'ailleurs, dans le même arrêt, expressément jugé que « *la circonstance que les fonctionnaires féminins sont plus touchés par les désavantages professionnels résultant de l'éducation des enfants parce que ce sont en général les femmes qui assurent cette éducation n'est pas de nature à exclure la comparabilité de leur situation avec celle d'un fonctionnaire masculin qui a assumé l'éducation de ses enfants et a été, de ce fait, exposé aux mêmes désavantages de carrière* ».

Pour ces raisons, le Collège estime que les articles L.12 b) et R. 13 du Code des pensions civiles et militaires établissent une discrimination indirecte fondée sur le sexe prohibée, d'une part, par la directive 86/378/CEE du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité

sociale et, d'autre part, par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme combiné à l'article 1 du premier Protocole à cette convention.

Or, ces avantages accordés aux femmes dans les faits ne visent ni à compenser les désavantages liés au congé de maternité ou à l'éloignement du service après l'accouchement, ni à les aider à mener une vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes (mesures d'actions positives). Elles tendent uniquement à leur offrir, au moment de leur départ à la retraite, certains avantages en lien avec la période consacrée à l'éducation des enfants.

Le critère de deux mois continus d'interruption d'activité - revenant à favoriser systématiquement les femmes quant à l'octroi de ces avantages - n'apparaît donc pas objectivement justifié au regard de l'objectif de la mesure qui est de prendre en compte une période d'inactivité liée à *l'éducation* de ses enfants.

L'argumentaire du Collège est, à ce titre, conforté par l'avis motivé que la Commission européenne a adressé à la France le 22 juin 2009, lui demandant de faire respecter l'égalité de traitement Hommes/Femmes.

Conformément à l'article 13 de la loi n°2004-1486 portant création de la haute autorité et à la demande du réclamant, la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité présentera ses observations devant le Tribunal administratif saisi.

Le Président

Louis SCHWEITZER