

CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES

Séance plénière du 15 décembre 2004

« Lancement des travaux sur les avantages familiaux et conjugaux »

Document N° 6

« L'arrêt Griesmar : l'égalité sans concessions »

Annie Fitte-Duval

(Paru dans L'actualité juridique – Fonctions publiques, janvier-février 2002, pp. 11-14)

L'arrêt Griesmar : l'égalité sans concession

Le requérant, magistrat français, père de trois enfants, s'était vu reconnaître une pension de retraite, calculée au vu de ses services effectifs, sans avoir pu accéder au bénéfice de la disposition de l'article L. 12 b du Code des pensions civiles et militaires de retraite, octroyant aux seules femmes, le bénéfice d'une annuité pour chacun de leurs enfants. Dans le cadre de ce litige, le Conseil d'Etat avait soumis deux questions préjudicielles à la Cour de justice. La première, constituée de deux branches, tendait d'une part, à déterminer si « les pensions servies par le régime français de retraite des fonctionnaires sont au nombre des rémunérations visées à l'article 119 du Traité de Rome (article 141 du traité instituant la communauté européenne) », et d'autre part, dans l'affirmative, si « eu égard aux stipulations du paragraphe 3 de l'article 6 de l'accord annexé au protocole n°14 sur la politique sociale, le principe de l'égalité des rémunérations est méconnu par les dispositions de l'article L. 12 b du Code des pensions civiles et militaires de retraite ? »

La seconde question posée par le Conseil d'Etat intervenait à titre subsidiaire : « Dans l'hypothèse où l'article 119 du traité ne serait pas applicable, les dispositions de la directive n° 79/7 du 19 décembre 1978 font-elles obstacle à ce que la France maintienne des dispositions telles que celles de l'article L. 12 b du Code des pensions civiles et militaires de retraite ? »

S'inscrivant dans une logique prévisible, la Cour de justice répond par l'affirmative à la première question : les pension de retraites servies aux fonctionnaires sont bien des rémunérations, et à ce titre, visées par l'article 119 du Traité de Rome. Les textes pris en compte, conformément à la question du Conseil d'Etat, sont bien l'article 119, avant sa transformation en article 141 du Traité CE, et l'article 6 § 3 de l'accord sur la politique sociale. La réponse au premier volet de la question, subsidiaire, relative à l'application de la directive 79/7 du 19 décembre 1978, qui n'avait d'intérêt que dans la mesure où, à défaut de reconnaître la qualité de rémunération de ces pensions, la Cour les classerait parmi les prestations de sécurité sociale.

La qualification de rémunération s'inscrit dans le consensus et la continuité jurisprudentielle. Neuf mois plus tôt, le 22 février 2001, l'avocat général Siegbert Albert de la CJCE avait rendu ses conclusions à propos de cette affaire. Sur ce point, la Cour épouse les conclusions de l'avocat général, et confirme sa jurisprudence récente dont nous avons pu déjà dégager les tendances, et dont elle applique les critères.

Celui de l'emploi est sinon exclusif, du moins déterminant pour qualifier un régime de pension. C'est lui qui est visé par l'article 119, définissant comme rémunération « tout salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous les autres avantages payés directement ou indirectement en espèce ou en nature par l'employeur au travailleur, en raison de l'emploi de ce dernier ». La Cour confirme l'analyse retenue dans son arrêt *Beune* (CJCE 28 septembre 1994, Aff. C-7/93, *Rec.* p I-4471) : le lien entre la pension de retraite et l'emploi étant directement fonction du temps de service accompli, le montant étant calculé sur la base du traitement perçu pendant les six derniers mois d'activité, la pension versée à une catégorie particulière de travailleurs en raison de la relation de travail constitue un élément de la rémunération.

L'assimilation des pensions de retraite des fonctionnaires à une rémunération s'inscrit dans un registre proche de la conception doctrinale française, qui présente généralement les pensions de retraite des fonctionnaires comme un prolongement de la rémunération.

En revanche, la seconde branche de la première question relative à la méconnaissance du principe d'égalité, moins attendue, est beaucoup plus lourde de conséquences, puisqu'elle conduit la Cour à affirmer la violation du principe d'égalité, à reconnaître une discrimination en raison du sexe à l'égard des pères fonctionnaires ayant assumé l'éducation de leurs enfants, et à écarter la demande française de limitation dans le temps de l'arrêt.

Si la qualification de rémunération ne surprend ni n'affecte, la réponse à la seconde branche nous avait semblé dès l'origine, aussi aléatoire que périlleuse pour la législation française. Et de fait l'arrêt rendu par la Cour en ce qu'il assimile l'article L. 12 *b* à une atteinte à l'égalité de traitement semble bien prononcer une double peine à l'égard du législateur français, en lui imposant à terme, à la fois la modification de sa législation et les effets rétroactifs de la condamnation du dispositif actuel.

La reconnaissance d'une atteinte à l'égalité ébranle la conception française traditionnelle : les dissonances du discours égalitaire, sont amplifiées par la rigueur d'une solution rétroactive.

Les dissonances du discours égalitaire

Elles s'entendent dans l'expression de deux logiques égalitaires mais divergentes, qui démontrent que, sur le sujet, l'Europe et la France ne jouent pas tout à fait la même partition, l'une affirmant privilégier la progression des femmes vers l'égalité de traitement, l'autre semblant privilégier la protection, la première revendiquant une démarche offensive pour l'égalité et reléguant la seconde dans un registre défensif.

La reconnaissance par la CJCE d'une différence de traitement

Que la Cour identifie la bonification de retraite réservée aux mères fonctionnaires comme discriminatoire n'est pas surprenant. Comme nous l'avions décelé à propos d'autres espèces (v. étude préc.), la Cour a plutôt admis, jusqu'ici les mesures protectrices favorables aux mères, liées au contexte immédiat de la maternité, et privilégié des actions positives favorables aux femmes dans le cadre de la promotion de l'égalité des chances.

Elle maintient sa position et s'écarte, sur ce point, des conclusions de l'avocat général, qui n'avait pas retenu la violation du principe d'égalité des rémunérations.

L'argumentation défendue par ce dernier s'inscrivait, dans ses grandes lignes, dans une logique de plus large acception des mesures de protection liées à la condition maternelle, incluant l'aspect social de la maternité, et traduisant les contingences particulières qui découlent de l'éducation des enfants et pèsent traditionnellement sur le déroulement de la carrière maternelle. Compte tenu de ce qu'est la réalité sociale et sociologique aujourd'hui encore, l'avocat général estime que « même si des pères assument des obligations familiales ; l'expérience montre que leur carrière n'en souffre pas d'une façon comparable à celle des femmes ». Ces arguments ne sont pas retenus par la Cour, qui implicitement, ne les tiendra pas pour suffisants à écarter la comptabilité des situations.

Or, aux termes de son arrêt *Abdoulaye* (CJCE 16 septembre 1999, aff. C-278/98, *Rec.* p. I-5723, point 16), la possibilité d'établir ou non une comparaison entre la situation des travailleurs des deux sexes est un préalable à l'appréciation du principe d'égalité des rémunérations, composante du principe général de non-discrimination. Relativement à la bonification en cause, les pères et mères de famille se trouvent-ils dans une situation comparable ? Le même arrêt *Abdoulaye* a permis à la Cour d'affirmer que la situation d'un travailleur masculin n'est pas comparable à celle d'un travailleur féminin, lorsque l'avantage accordé au travailleur féminin vise à compenser des désavantages professionnels qui résultent [...] de son éloignement du travail inhérent au congé de maternité. Ainsi, dans le cas où la dite bonification viserait à compenser des désavantages professionnels résultant pour la femme de son éloignement du travail, imputable au congé de maternité, situation spécifiquement féminine, la comparabilité devrait être écartée.

Mais qu'en est-il dans la mesure où la bonification vise à compenser des inconvénients causés par le fait d'avoir élevé des enfants ? Contrairement aux conclusions de l'avocat général, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'écarter la comparabilité, dès lors que l'examen des conditions d'octroi de la bonification démontre qu'elle n'est pas liée aux désavantages causés par la maternité, et qu'elle n'est liée qu'à l'éducation des enfants. Certes, la directive n° 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle a bien admis, en son article 2 § 3, ne pas faire obstacle « aux dispositions relatives à la protection de la femme en ce qui concerne notamment la grossesse et la maternité ».

La Cour de Luxembourg avait déjà jugé que des dispositions visant à la protection des femmes dans leur qualité de parents, qualité potentiellement commune aux hommes et aux femmes, ne pouvait trouver leur fondement juridique dans cet article 2 (CJE 25 octobre 1988, *Commission c/ France*, aff. 312/86, *Rec.* p. 6315). Elle confirme ici, au-delà des désavantages professionnels dus à l'éducation des enfants et plus lourdement supportés en général par les femmes, constat qu'elle ne récuse pas, la comparabilité des situations demeure possible.

Or, l'article L. 12 b, s'agissant du moins des enfants biologiques et adoptifs, (les autres enfants ont été élevés par la mère, et n'offre pas aux pères de famille qui ont effectivement assumé l'éducation de leurs enfants, la possibilité de le prouver, afin d'obtenir eux aussi le bénéfice de la mesure. La distinction ainsi établie conduit la Cour à constater une différence de traitement en raison du sexe.

Une discrimination insuffisamment justifiée et inadaptée

La rupture d'égalité pourrait-elle être justifiée par l'article 6 § 3 de l'accord sur la politique sociale qui envisage pour les Etats membres la possibilité (reprise aujourd'hui par le § 4 du nouvel article 141 à l'intention non plus des femmes mais du sexe sous-représenté), « de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle » ? La réponse est encore négative, car la Cour souligne que la bonification en cause, par sa nature ne contribue ni à compenser les désavantages de carrière des agents féminins, ni à résoudre en dépit de l'ancienneté du dispositif, leurs problèmes de carrière, dès lors que la mesure intervient à la fin de la carrière. Le juge communautaire se livre ainsi à un constat à peine voilé d'inefficience de la mesure de protection, issue de l'article 12 b du Code des retraites.

Il faut voir dans ce raisonnement, un ferme rappel de la raison d'être du traitement différencié. Soit il s'agit de mesures de protection qui ne se justifient que dans le cadre spécifique de la grossesse et de la maternité, et la Cour en fait une interprétation stricte (v. étude préc. et notamment CJCE 12 juillet 1984, *Hofmann*, aff. 184/83, *Rec.* p. 3047), soit il s'agit d'actions positives, légitimées par l'article 6 § 3 de l'accord de politique sociale et tendant à l'amélioration d'une situation défavorable, pour encourager l'accès à l'égalité. L'égalité de rémunération s'inscrit dans l'objectif avoué d'un alignement du statut professionnel des hommes et des femmes, qui passe par l'harmonisation des conditions de travail, et la recherche d'une égalité dans l'exercice de leur activité professionnelle et le déroulement de leur carrière. Pour ce faire, des mesures destinées à favoriser l'accès à l'emploi, à renforcer l'intégration des femmes dans la vie économique, notamment par la formation professionnelle sont privilégiées et peuvent prendre la forme d'actions positives, si la simple égalisation du statut ne suffit pas à garantir l'objectif d'égalité des chances. En revanche, les mesures protectrices en faveur des femmes peuvent se révéler inappropriées, si elles ne sont plus justifiées, et qu'elles constituent une entrave potentielle à l'accès égalitaire à l'emploi (v. la résolution du conseil du 12 juillet 1982 concernant la promotion de l'égalité des chances pour les femmes, *JOCE* 21 juillet 1982, C 186). Et à cet égard, le droit communautaire tend de plus en plus à en provoquer la disparition.

Dans cette perspective, le choix de la Cour s'inscrit dans une logique de conquête, davantage que de préservation. Il s'agit bien d'accepter des mesures favorables susceptibles de faire effectivement avancer la cause de l'égalité des sexes, mais pas de conserver celles qui traduisent une répartition traditionnelle des rôles, et qui peuvent être un frein aux progrès de l'égalité.

La justification avancée pour la suppression ou la modification de mesures nationales de protection spécifique des femmes est la disparition des considérations qui les ont fondées à l'origine. On ne s'étonnera pas que la Cour de justice ait été sensible à l'argumentation du requérant, selon laquelle, « l'origine de la bonification litigieuse remonte à 1924, et son objectif tel qu'exposé dans les travaux préparatoires, était de faciliter le retour du fonctionnaire féminin à son foyer, afin qu'il soit mieux à même de veiller à l'éducation de ses enfants ». Mais on peut s'étonner du fait qu'elle ait tacitement écarté la nuance apportée à ce propos par l'avocat général, qui avait souligné que la disposition relative de la bonification résultant d'une loi reformulée en 1964 et libellée dans les termes actuels seulement en 1982, ne pouvait être assimilée à une réglementation obsolète que le législateur français aurait oublié d'abroger.

Il serait abusif, de notre point de vue de juger des progrès de la législation française en matière d'égalité de traitement, à l'aune de la prescription de l'article 12 *b*. Force est de constater cependant que cette dernière – qui n'est pas la plus contestable (v. l'affaire *Mouflin*) – s'inscrit dans un panel de dispositions, dont la disparition peut sembler prématurée, mais dont on doit admettre qu'elles ne contribuent guère à modifier l'équilibre traditionnel dans la représentation sociale des sexes, et sont porteuses, de ce fait, d'une conception un brin sclérosante, du statut des femmes. *A contrario*, la logique communautaire se révèle plus pragmatique au regard de l'objectif égalitaire. Elle demeure cependant extrêmement restrictive dans la définition des mesures de protection, dont on ne voit guère pourquoi elles devraient se limiter à la grossesse et à la maternité, alors que la directive précitée n° 76/207/CEE., article 2, s'y réfère « notamment », et donc de notre point de vue, non

exclusivement. Le choix de la Cour, pertinent dans sa construction théorique, n'en est pas moins drastique, en particulier, dans sa portée pratique.

La rigueur de la solution rétroactive

L'arrêt rendu par la Cour de justice illustre parfaitement les conséquences et les enjeux croissants des décisions préjudicielles. La Cour elle-même leur confère une autorité de chose jugée (CJCE Ordonnance 5 mars 1986, *Wünsche*, aff. 69/85, Rec. p. 947), tandis que la doctrine a pu les qualifier de décisions revêtues de l'autorité de la chose interprétée. Leur portée rétroactive, au demeurant de principe prend ici un relief particulier.

Le principe d'une application rétroactive

La Cour rappelle, en effet régulièrement, et le présent arrêt ne fait pas exception, la fonction de l'arrêt à titre préjudiciel. L'interprétation qu'il donne a vocation à éclairer et préciser la « signification et la portée de [la] règle telle qu'elle aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur ». Cela implique, et c'est une conséquence de la nature déclarative de la décision préjudicielle, que les juridictions nationales appliquent cette règle « même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation si, par ailleurs, les conditions permettant de porter devant les juridictions compétentes un litige relatif à l'application de la dite règle se trouvent réunies » (CJCE 18 mars 1980, *Denkavit*, Aff. 61/79, Rec. p. 1205).

La portée rétroactive des arrêts est donc la norme, dès lors que le fait d'écarter cette application en ce qui concerne les rapports juridiques noués antérieurement à l'interprétation équivaldrait à donner une signification différente à la règle, en fonction du moment. Dans le cas où l'application rétroactive de la mesure entraînerait de trop lourdes conséquences économiques et sociales, la Cour peut décider d'en limiter les effets dans le temps. C'était le sens de la demande du gouvernement français dans l'hypothèse où l'arrêt conclurait à une méconnaissance du principe d'égalité des rémunérations. Dans le cas présent, la Cour de justice n'entend pas ici limiter les effets dans le temps de cet arrêt, mesure exceptionnelle.

Le rejet de l'exception de limitation des effets dans le temps

Le gouvernement français avait cru pouvoir compter sur la procédure exceptionnelle inaugurée par l'arrêt *Defrenne* (CJCE 8 avril 1976, *Defrenne*, aff. 43/75, Rec. p. 455), en matière de renvoi préjudiciel, qui prévoit la limitation dans le temps des effets d'une décision, dans la mesure où son application rétroactive serait de nature à porter gravement atteinte à des droits acquis ou à des intérêts essentiels, pour des raisons de sécurité juridique, mais à condition que le droit communautaire applicable ait été marqué par « une incertitude objective et importante » pouvant notamment influencer les autorités nationales.

La requête gouvernementale s'adossait au constat selon lequel la jurisprudence de la Cour en matière d'actions positives était d'ailleurs de nature à nourrir des certitudes, sur l'interprétation de l'article 119. Elle était cependant largement motivée par la crainte que l'équilibre financier des pensions de retraite ne se trouvât bouleversé si la bonification litigieuse devait faire l'objet d'une extension rétroactive aux fonctionnaires retraités ayant eu des enfants, le gouvernement français avançant dans sa demande à la Cour un coût situé entre « 3 et 5 milliards de francs ».

La Cour de justice rappelle, comme elle avait pu l'affirmer dans des arrêts antérieurs, et notamment dans ses arrêts *Buchner* du 23 mai 2000, et *Grzelczyk* du 20 septembre 2001, que « les conséquences financières qui pourraient découler pour un Etat membre d'un arrêt rendu à titre préjudiciel, ne justifient pas par elles-mêmes la limitation des effets dans le temps de cet arrêt ». Le juge communautaire refuse d'admettre qu'en l'espèce un climat d'incertitude ait prévalu, estimant que les références jurisprudentielles évoquées par le gouvernement concernent des mesures sans lien avec la bonification litigieuse.

Et il est vrai que celles mises en cause, aussi bien dans les arrêts *Kalanke* (CJCE 17 octobre 1995), *Marschall* (11 novembre 1997), *Abdoulaye* (16 septembre 1999) et *Badeck* (28 mars 2000) cités par le gouvernement, constituent de réelles discriminations positives que la Cour n'a acceptées que parce qu'elles lui semblaient concourir à une égalité des chances effectives et n'instituaient pas une priorité automatique en faveur des femmes, tandis qu'un avantage de retraite n'a pas vocation à favoriser la carrière.

Pour autant, la Cour ne considère pas établi que la solution entraînerait des répercussions économiques aussi importantes que le craint le gouvernement français. Outre qu'il est difficile d'évaluer en l'état le potentiel des situations concernées, l'application de la bonification aux pères ne devrait pas avoir un caractère automatique. En effet, la bonification actuellement accordée aux mères fonctionnaires traduit une présomption de leur participation à l'éducation, mais la Cour de justice attend de leurs homologues masculins, qu'ils apportent la preuve qu'ils ont effectivement assumé l'éducation de leurs enfants, élément qui peut être de nature à réduire la portée pratique de la décision, mais qui sera vraisemblablement source de difficultés supplémentaires d'appréciation. Quels seront, en effet, les critères retenus pour la démonstration et comment sera-t-elle organisée ? Faut-il considérer que la différence de traitement résultant de la solution préconisée traduit la prise en compte d'une inégalité que la Cour ne nie pas, et qui persiste de fait dans la prise en charge respective par les parents de l'un et l'autre sexe, de l'éducation des enfants ?

Entre l'arrêt de la CJCE et la refonte de la législation qui se profile à l'horizon, sans doute dans le cadre plus large de la réforme des retraites et vraisemblablement après que le Conseil d'Etat aura tiré et précisé les conséquences de la décision préjudicielle, il y a place, on le voit, pour une réflexion. Elle passera par la recherche d'une solution viable et équitable qui ne trouvera pas nécessairement sa traduction dans l'extension de la bonification, que le législateur français n'est pas tenu de conserver. Elle devrait en tout cas conduire au réexamen de certaines dispositions législatives en retrait par rapport à l'objectif d'égalité de traitement entre hommes et femmes. La portée générale de ce dernier exclut que l'analyse soit limitée à la seule fonction publique, et implique donc l'Etat à double titre, comme employeur et comme régulateur.

Annie Fitte-Duval