

Question préjudicielle du juge administratif sur la conventionalité du régime de retraite français des fonctionnaires affiliés à la CNRACL

Lire les conclusions de :

Cathy Schmerber

Conclusions du rapporteur public

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 1ère chambre – N° 12LY02596 – 03 avril 2013 – R [↗](#)

Voir aussi arrêt rendu sur le fond sous le même N° 12LY02596 le 3 novembre 2015

Lire l'arrêt rendu par la CJUE le 17 juillet 2014 dans l'affaire Leone c/ France (aff. C-173/13)

Lire l'article Droit à pension des fonctionnaires et égalité entre travailleurs masculins et féminins

Lire CE, 27 mars 2015, décision de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat N° 372426- A

INDEX

Mots-clés

Article 157 du TFUE, Egalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, Article L.24 et R.37 du code des pensions civiles et militaires de retraites, Décret du 26 décembre 2003, Retraite, Agents des collectivités territoriales, Question préjudicielle, CNRACL

Rubriques

Fonction publique, Procédure

Résumé

Conclusions du rapporteur public

Résumé

1

Transmission à la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) d'une question préjudicielle afin qu'elle détermine si, d'une part, les dispositions combinées de l'article L24 et de l'article R37 du code des pensions civiles et militaires de retraites telles que résultant de l'application de la loi n° 2004-1485 du 30 décembre 2004 de finances rectificative pour 2004 et le décret n° 2005-449 du 10 mai 2005, d'autre part, les dispositions de l'article 15 du décret 2003-1306 du 26 décembre 2003 relatif au régime de retraite des fonctionnaires affiliés à la Caisse nationale de retraites des agents des collectivités locales (CNRACL), peuvent être regardées comme opérant une discrimination indirecte entre hommes et femmes au sens de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et si, en cas de réponse positive à l'une des deux questions, une telle discrimination indirecte est justifiable par les stipulations du paragraphe 4 de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Conclusions du rapporteur public

Cathy Schmerber

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.6105](https://doi.org/10.35562/alyoda.6105)

¹ M. L. ne recherche pas la responsabilité de la Caisse des Dépôts, mais celle de l'Etat, sur deux fondements distincts tous deux écartés par le premier juge : la responsabilité du fait des lois, d'une part, et la faute commise par les juridictions administratives, d'autre part. Les deux fondements de responsabilité ainsi invoqués se rejoignent, et posent en réalité une seule et même question de droit tenant à la compatibilité du régime français de pension des fonctionnaires avec le droit de l'Union européenne.

² Précisons pour votre complète information que le litige dont vous saisissez M. L. ne constitue pas une affaire isolée, de nombreux fonctionnaires, père de trois enfants au moins, ayant comme lui engagé des recours, au-delà d'ailleurs du ressort de votre Cour, le plus souvent assistés par le même conseil. Ce n'est pas toutefois cette circonstance qui justifie le jugement de cette affaire par la présente formation élargie : il s'agit pour vous de décider s'il y a lieu de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle.

³ S'agissant du droit français applicable, les dispositions pertinentes du code des pensions civiles et militaires de retraite concernent deux régimes distincts mais complémentaires et ont été modifiées dans le temps, en particulier pour tenir compte du droit européen et de la jurisprudence :

⁴ 1) les dispositions combinées des articles L24 et R37 du code des pensions qui permettent un départ sans condition d'âge :

⁵ - l'article L24 du code des pensions civiles et militaires de retraite, en vigueur du 31 décembre 2004 au 1^{er} juillet 2011, vise dans son 3° « *le fonctionnaire civil [...] parent de trois enfants vivants, ou décédés par faits de guerre, [...], à condition qu'il ait, pour chaque enfant, interrompu son activité dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* » ;

⁶ - l'article R37, issu du décret n° 02005-449 du 10 mai 2005, qui prévoit dans son I. que « *L'interruption d'activité prévue au premier alinéa du 3° du I de l'article L. 24 doit avoir eu une durée continue au moins égale à deux mois et être intervenue alors que le fonctionnaire était affilié à un régime de retraite obligatoire* ».

⁷ 2) les dispositions combinées des articles L12 et R13 du même code, ouvrant le bénéfice d'une bonification du fait de l'éducation des enfants :

8

- l'article L12, en vigueur du 31 décembre 2004 au 1er juillet 2011, prévoit que « *Pour chacun de leurs enfants légitimes et de leurs enfants naturels nés antérieurement au 1er janvier 2004, pour chacun de leurs enfants dont l'adoption est antérieure au 1er janvier 2004 et, sous réserve qu'ils aient été élevés pendant neuf ans au moins avant leur vingt et unième anniversaire, pour chacun des autres enfants énumérés au II de l'article L. 18 dont la prise en charge a débuté antérieurement au 1er janvier 2004, les fonctionnaires et militaires bénéficient d'une bonification fixée à un an, qui s'ajoute aux services effectifs, à condition qu'ils aient interrompu leur activité dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* » ;

9

- l'article R. 13, applicable du 1^{er} janvier 2004 au 1^{er} janvier 2011, prévoit quant à lui que « *Le bénéfice des dispositions du b de l'article L. 12 est subordonné à une interruption d'activité d'une durée continue au moins égale à deux mois dans le cadre d'un congé pour maternité, d'un congé pour adoption, d'un congé parental ou d'un congé de présence parentale, (...)* »

10

Le régime antérieur à ces dispositions, en particulier les articles L. 24 et R. 13 visaient « les femmes fonctionnaires » : la Cour de justice de l'Union européenne, saisie d'une question préjudicielle par le Conseil d'Etat, a jugé, dans son arrêt du 29 novembre 2001 « Gr. », aff. C-366/99, que les pensions servies par « le régime français de retraite des fonctionnaires » entrent dans le champ d'application de l'article 119 devenu 141 du traité et que les dispositions de l'article 12 b) du code des pensions civiles et militaires méconnaissaient le principe de l'égalité des rémunérations, en ce qu'elles excluaient du bénéfice de la bonification les fonctionnaires masculins.

11

Puis, par un arrêt « M. » du 13 décembre 2001 (aff. C-206/00), elle a jugé que les dispositions du I-3° de l'article L24 du même code méconnaissaient de la même façon l'article 141 du Traité.

12

Comme l'indique Christophe Devys, dans ses conclusions sur l'avis d'Assemblée n° 277975 du 27 mai 2005 « P. », « le législateur s'est efforcé de tirer les conséquences de ces jurisprudences, en en limitant l'impact financier » : la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites a tout d'abord modifié l'article L12 b du code des pensions civiles et militaires de retraite, en ouvrant pour les enfants nés avant le 1er janvier 2004, le système antérieur de bonification aux hommes comme aux femmes, mais à la condition qu'ils aient interrompu leur activité dans des conditions qui seront fixées par un décret en Conseil d'Etat du 26 décembre 2003. L'article L24 ne sera modifié que par la loi de finances rectificative du 30 décembre 2004,

ouvrant le bénéfice de la jouissance immédiate de pension aux hommes comme aux femmes, sous condition – toujours – de l'interruption d'activité pour chaque enfant.

13

La question qui vous est posée aujourd'hui est celle de savoir si l'exigence d'une interruption d'activité pendant une durée de deux mois, telle qu'elle est prévue par les dispositions que nous avons rappelées, est susceptible de créer une discrimination non plus directe entre les hommes et les femmes, mais une discrimination indirecte.

14

La réponse à cette question a pu paraître évidente au président ayant rendu en juge unique non seulement le jugement dont vous avez à connaître par voie d'appel, mais plusieurs autres jugements également contestés. Elle a pu paraître évidente, compte tenu sans doute de la jurisprudence du Conseil d'Etat.

15

En effet, le Conseil d'Etat s'est non seulement prononcé sur l'application dans le temps des nouvelles dispositions (avis d'Assemblée « P. » précité ; décision du 29 décembre 2004 « Fr. ») ; il a eu l'occasion de juger que le nouveau régime applicable, tirant les conséquences de l'arrêt « Gr. », est compatible avec les stipulations de l'article 141 du Traité, ainsi d'ailleurs qu'avec les stipulations combinées de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

16

Il s'agit de la décision du 29 décembre 2004 n° 265097 « A. et autres », pour ce qui concerne le dispositif des articles L12 et R13 du code des pensions civiles et militaires de retraite, et de la décision du 6 décembre 2006 n° 280681 « D. », pour ce qui concerne le dispositif des articles L24 et R37.

17

Il résulte des termes mêmes de ces décisions, que le Conseil d'Etat s'est appuyé sur l'analyse à laquelle a procédé la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt « Griesmar », d'ailleurs expressément cité, et qu'il est ainsi resté sur la seule appréciation d'une éventuelle discrimination directe, tout en relevant pourtant que le nouveau dispositif bénéficie principalement aux femmes, mais considérant que les critères posés ne sont pas discriminatoires. Le Commissaire du Gouvernement, toujours Christophe Devys, même s'il a proposé à la formation de jugement de ne pas retenir l'incompatibilité des dispositions législatives contestées par M. A., n'en a pas moins relevé qu'il « y a certes une inégalité dans les faits, puisque, si hommes et femmes peuvent en principe également prétendre aux autres congés, le congé maternité est réservé aux femmes ».

18

En dépit de ces décisions du Conseil d'Etat, votre Cour n'est toutefois pas la première juridiction à s'interroger sur la compatibilité du nouveau dispositif avec le droit de l'Union.

19

Le Tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion a, par un jugement avant-dire-droit du 25 novembre 2010, décidé de surseoir à statuer sur une requête dont il était saisi jusqu'à ce que le Cour de Justice de l'Union européenne se soit prononcée sur quatre questions préjudicielles qu'il lui a renvoyées. Sur appel du Ministre du Budget, la Cour administrative d'appel de Bordeaux (29 novembre 2011 n° 11BX00446) a annulé ce jugement avant-dire-droit, un peu curieusement sans réellement se prononcer, du moins sans faire part de sa propre appréciation, mais en se bornant à se référer à l'arrêt « A. », qu'elle cite, pour considérer que les questions posées au juge européen n'étaient pas utiles à la solution du litige. Le pourvoi des requérants a fait l'objet d'une décision de non admission (17 octobre 2012 n° 357141).

20

Cette dernière affaire pourrait paraître anecdotique et pour le moins défavorable aux pères d'au moins trois enfants, compte tenu de la décision de non admission, mais elle vous intéressera tout particulièrement du fait des développements auxquels elle a donné lieu devant le Cour de justice de l'Union européenne. Les hasards du calendrier et de l'instruction devant cette Cour vous permettent en effet de prendre connaissance des conclusions de l'Avocat général, prononcées avant la radiation de l'affaire à la demande du Tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion. Compte tenu du déroulement de cette procédure, il est amusant de lire sous la plume de Mme la Garde des Sceaux que le régime issu de la réforme de 2003 n'a jamais été censuré par les juridictions européennes ! Les éléments disponibles de l'affaire n'en sont pas moins instructifs ...

21

L'Avocat général rappelle la teneur de la question posée – qui reste la même pour vous aujourd'hui -, ainsi que la définition de la discrimination indirecte au sens du droit communautaire (§ 28 et 29 de ses conclusions). Il s'agit donc de déterminer si le critère apparemment neutre tenant à une interruption d'activité continue au moins égale à deux mois, compte tenu de ses effets, notamment de la proportion d'hommes susceptibles de remplir cette condition, opère une discrimination indirecte à l'égard de ceux-ci, compte tenu de la nature et des modalités de mise en œuvre des différents congés visés par le droit français, et de l'impossibilité pour les hommes d'accéder à un congé rémunéré, contrairement à ce qui se passe pour les femmes dans le cadre du congé de maternité.

22

Il est rappelé « que la discrimination indirecte est une discrimination causée par le fait qu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour une personne par rapport à d'autres. Une telle différenciation est prohibée dans l'ordre juridique communautaire, à moins qu'elle soit objectivement justifiée par un objectif légitime et que les moyens de réaliser celui-ci soient appropriés et nécessaires ».

23

L'analyse à laquelle procède ensuite l'Avocat général démontre que la réponse à la question de l'existence d'une discrimination indirecte n'est pas évidente – même si lui-même conclut à l'absence d'une telle discrimination – et certains de ses arguments paraissent d'ailleurs sinon discutables, du moins assez éloignés de la question posée, par exemple lorsqu'il indique qu'il n'est pas illégitime d'exiger la preuve de l'investissement spécifique et effectif d'un homme dans la prise en charge de son enfant : la question n'est pas celle de la charge de la preuve, mais bien celle des modalités de cet investissement, modalités définies comme une interruption effective et continue d'une durée de deux mois ... une telle définition renvoyant, sans le dire, au congé de maternité ... ! Par ailleurs, certaines considérations semblent traduire – selon nous - une connaissance partielle ou tronquée de la situation des fonctionnaires français (comparaison de l'impact sur le déroulement de carrière d'une période d'absence totale ou d'un aménagement du temps de travail ; considérations relatives aux conséquences professionnelles pour les mères biologiques tenues de s'arrêter de travailler, sans distinguer selon qu'il s'agisse de fonctionnaires ou de salariées du secteur privé ...).

24

L'essentiel de la démonstration repose sur la situation des mères biologiques et la justification de la prise en compte du congé de maternité, mais l'arrêt « Griesmar » envisageait déjà une comparaison entre les hommes et les femmes, plus large et allant au-delà de la seule période entourant l'accouchement, puisqu'elle concernait « les situations d'un fonctionnaire masculin et d'un fonctionnaire féminin [...] en ce qui concerne l'éducation des enfants » et les désavantages de carrière pouvant en résulter ...

25

Par ailleurs, si l'Avocat général - nous l'avons dit, conclu à l'absence de discrimination indirecte, il envisage expressément de ne pas être suivi et la Commission européenne, qui avait engagé une procédure en manquement sur les dispositions françaises en cause, avait déposé des observations allant dans le sens de l'existence d'une discrimination indirecte.

26

Enfin, si nous avons précisé lors de la citation des textes en cause qu'ils étaient applicables jusqu'en 2011 seulement, c'est parce que ce régime a été partiellement abrogé : les débats parlementaires pour la réforme des retraites, et ce n'est pas le moindre des arguments en faveur d'une question préjudicielle, font état de doutes sur la compatibilité du régime pourtant modifié avec le droit de l'Union européenne.

27

Pour l'ensemble de ces raisons, nous pensons que vous ne pourrez ni vous « retrancher » – si vous nous permettez cette formule, derrière la jurisprudence du Conseil d'Etat issue des décisions « A. » et « D. ». Il n'a pas été répondu par le Conseil d'Etat à la question posée de

l'existence d'une discrimination indirecte, question pertinente et utile à la résolution du litige indemnitaire dont M. L. a saisi le juge administratif.

28

Cette question d'interprétation nous paraît en outre sérieuse et suffisamment complexe, pour que vous décidiez de ne pas vous prononcer vous-mêmes, mais d'en saisir les juges européens.

29

D'autres affaires sont toujours pendantes en première instance, en particulier devant le Tribunal administratif de Lyon et votre Cour a été saisie par le conseil de M. L. et des autres requérants de demandes de dessaisissement du Tribunal administratif de Lyon pour cause de suspicion légitime.

30

Les requérants reprochaient aux premiers juges de toujours appliquer la même solution, issue nous venons de l'exposer de la jurisprudence « A. » : nous indiquions dans nos conclusions (cf affaire n° 12LY02564) que les requérants cherchaient un juge de première instance assez audacieux pour s'écarter de cette ligne jurisprudentielle du Conseil d'Etat ... Pour les raisons que nous venons d'exposer longuement, nous espérons vous avoir convaincu de faire preuve de cette d'audace, qui n'en est pas réellement, particulièrement venant du juge d'appel.

31

Si vous nous suivez, vous n'aurez pas à vous prononcer, à ce stade, sur les moyens invoqués par M. L. pour critiquer la régularité du jugement de première instance, en particulier s'agissant du traitement de son affaire par un juge unique, traitement qui paraît remis en cause par la décision récente rendue par le Conseil d'Etat dans une affaire « V. », renvoyée à votre Cour (15 mars 2013 n° 364278).

32

Par ces motifs, nous concluons à ce qu'il soit sursis à statuer sur les conclusions de la requête de M. L. jusqu'à ce que la Cour de justice de l'Union européenne se soit prononcée sur les questions que vous lui poserez, relatives à l'existence éventuelle d'une discrimination indirecte entre les hommes et les femmes, au sens de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui résulterait des dispositions du code des pensions civiles et militaires de retraites relatives, pour les parents de trois enfants, au départ à la retraite sans condition d'âge et à la bonification.