

CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES
Réunion plénière du 2 octobre 2002
« Egalité de traitement entre hommes et femmes »

Document n° 1

EGALITE DE TRAITEMENT ENTRE HOMMES ET FEMMES
DANS LE DOMAINE DES RETRAITES

Les régimes de retraite français ont tous été, au moment de leur création, marqués par un modèle familial dans lequel l'homme est supposé assurer, par son travail, la subsistance du ménage, cependant que la femme assume les tâches domestiques et prend soin des enfants. Dans un système à base par ailleurs professionnelle, ceci conduisait à attribuer aux hommes des droits tirés de leur activité, éventuellement majorés pour tenir compte de leurs charges de famille, et aux femmes des droits dérivés de ceux de leur conjoint, sous forme de réversion en cas de décès de ce dernier. Chacun sait que ce modèle familial est une référence idéale qui, même si elle fut et demeure encore très prégnante, ne s'est diffusée que de manière temporaire dans l'ensemble des couches sociales, après la deuxième guerre mondiale. En réalité, tout au long du XXème siècle, le taux de participation des femmes à la vie active est resté élevé et relativement stable. Au début de ce siècle, leur participation aux activités agricoles, artisanales ou commerciales était, en effet, importante. Il en a été de même dans le secteur industriel, particulièrement après la première guerre mondiale. Cependant, la contribution des femmes aux activités non salariées exercées dans un cadre familial jouissait jusqu'à récemment, de peu de visibilité et d'une faible reconnaissance sociale. Aussi, traditionnellement, et c'est encore largement vrai pour les femmes qui partent actuellement à la retraite, les droits personnels à pension ouverts aux femmes étaient-ils très sensiblement inférieurs à ceux des hommes, cependant qu'elles bénéficiaient massivement des droits à pension de réversion. Divers dispositifs favorisaient en outre leur retrait précoce de l'activité, en particulier dans le cadre de retraites anticipées, pour, tenant compte de l'écart d'âge entre conjoints, leur permettre de partir à la retraite en même temps que leurs maris et aussi, simplement, faciliter leur retour au foyer.

Après une inflexion dans la participation des femmes à la vie professionnelle, observée au cours des années 50 à 60, le taux d'activité salariée des femmes a augmenté très rapidement, faisant de la France un des pays, avec ceux d'Europe du Nord, où cette participation est la plus élevée. La question de l'égalité entre hommes et femmes a alors été posée avec force par le mouvement féministe en même temps que s'exprimait une revendication d'autonomie. Elle se traduisait, dans le domaine social, par la demande de droits propres, attribués aux femmes indépendamment de leur situation conjugale. Les années 70 et 80 virent ainsi le développement de divers avantages familiaux (majorations de durée d'assurance du régime général, assurance vieillesse des mères puis des parents au foyer) constituant des droits propres pour les femmes, destinés à compléter les droits d'ores et déjà reconnus par les régimes au titre de leur activité professionnelle. Ces avantages, dont la montée en charge se poursuit aujourd'hui, sont un facteur indéniable d'amélioration des pensions féminines, même si leur finalité reste ambiguë du point de vue de l'emploi, selon qu'on les considère comme destinés à compenser les effets de simples interruptions d'activité ou susceptibles de constituer des droits pour des femmes restant durablement au foyer et les y encourageant. A cette même époque, la mise en place d'un statut de conjoint collaborateur améliorerait considérablement la situation des conjointes de non salariés, leur donnant accès à des droits sociaux propres.

L'augmentation de l'activité professionnelle des femmes, conjuguée à la montée en charge des avantages familiaux, conduit à un rapprochement progressif des droits personnels à la retraite des femmes de ceux des hommes. Cette évolution devrait se poursuivre à l'avenir, sans toutefois que la situation des femmes rejoigne celle des hommes. En effet, malgré une indéniable réduction, un écart notable se perpétue entre hommes et femmes en termes de carrière, les rôles de chacun restant fortement différenciés et les femmes assurant toujours l'essentiel des tâches domestiques et des soins aux enfants.

La question de l'égalité entre hommes et femmes, notamment dans les régimes de retraite, continue donc de se poser. Elle connaît aujourd'hui un regain d'actualité, à la suite de la jurisprudence communautaire qui déclare certaines règles, applicables aux retraites des fonctionnaires, non conformes à ce principe et les remet par conséquent en cause.

A cette question, aucune réponse évidente ne s'impose. Comme en d'autres matières, toute la difficulté est de savoir comment traiter également de situations qui demeurent différentes. Aussi, la problématique de l'égalité entre hommes et femmes ne se résume-t-elle plus aujourd'hui à celle de l'égalité des droits reconnus par la loi, mais, s'est-elle élargie à celle de l'égalité des chances, pouvant justifier, dans des limites délicates à définir, des discriminations positives. La sensibilité du sujet est encore accrue par la nature sociale mais aussi morale et affective des choix qu'il engage, s'agissant des relations entre hommes et femmes dans toutes leurs dimensions. Il amène inévitablement à s'interroger sur leurs rôles respectifs dans les différentes sphères de la vie familiale, économique et sociale.

Pour introduire la discussion du Conseil d'orientation des retraites sur ce thème, il paraît utile de présenter tout d'abord quelques éclairages sur les caractéristiques du modèle social français, du point de vue du genre. L'évolution du droit applicable dans le domaine de la protection sociale, en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes, sera ensuite retracée. Enfin, après un rappel des règles des régimes de retraites, seront présentées quelques réflexions sur leur évolution possible pour tenir compte, non seulement des récents arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes, mais aussi, plus généralement, des transformations de la société.

I – Quelques éclairages sur les caractéristiques du modèle social français, du point de vue du genre

Comme le montrent les travaux de comparaison internationale, les « contrats sociaux » entre les sexes varient selon les pays, en fonction de l'histoire sociale de chacun d'eux, des valeurs qui les inspirent et des mouvements sociaux qui les portent (*Document n°2 du dossier joint – Fouquet, Gauvin, Letablier*). Ils contribuent à la constitution de modèles sociaux originaux dans la façon dont ils articulent les rôles respectifs de la famille, du marché et de l'Etat.

Dans les classifications classiques, il est d'usage de placer la France dans la même catégorie que l'Allemagne, comme représentante du modèle bismarkien ou corporatiste (Gosta Esping Andersen – *Les trois mondes de l'Etat providence : essai sur le capitalisme moderne* – Paris, PUF, Le lien social 1999). Elle se caractérise, en effet, par un modèle de protection sociale lié à l'activité professionnelle et visant à maintenir, en cas d'aléa, une continuité de revenu avec les gains issus du travail. Elle s'oppose, à cet égard, non seulement aux systèmes dit libéraux ou résiduels qui, comme aux Etats Unis, limitent pour l'essentiel la protection sociale publique aux plus démunis, accordant un rôle central aux mécanismes du marché, mais aussi aux systèmes dits universalistes qui, comme dans les pays scandinaves, offrent à l'ensemble de la population résidente un niveau de protection sociale élevé et d'importants services sociaux, avec un objectif fort d'égalité.

Lorsque l'on introduit la dimension du genre, il est difficile de se satisfaire de cette typologie. On s'aperçoit, en effet, qu'à bien des égards, la France est proche des pays scandinaves par la place que les femmes occupent dans la vie professionnelle et par la conception qui en découle en termes de partage des rôles entre hommes et femmes dans la société. Comme ces pays, elle offre une large palette de services de gardes d'enfants et d'assistance aux familles. A la différence de l'Allemagne, l'organisation sociale n'y impose pas aux femmes le choix entre avoir une activité professionnelle, et avoir des enfants (quelques évolutions semblent cependant se dessiner aujourd'hui en Allemagne). Néanmoins, la France se distingue fortement des pays scandinaves, comme des pays anglo-saxons, par une approche beaucoup moins individualiste, faisant, notamment dans le droit, une large place à la famille. Comme citoyennes, les françaises se voient reconnaître, en vertu du modèle républicain, des droits identiques à ceux des hommes dès lors qu'elles se trouvent dans la même situation, et notamment, lorsqu'elles exercent une activité professionnelle. Néanmoins, la place qui leur est reconnue au sein de la famille, leur ouvre, par ailleurs, traditionnellement, des droits spécifiques, différents de ceux des hommes, droits qui se sont d'ailleurs développés tout au long de l'histoire dans un souci de protection des femmes. Ces droits ouverts à la femme, concrètement considérée, comme épouse ou comme mère, ne sont pas nécessairement autonomes de ceux de leurs conjoints. On mesure ainsi l'originalité d'une construction qui place la France dans une situation intermédiaire au sein de l'Europe.

Ces quelques réflexions sur le « modèle français », qui mériteraient d'être approfondies et nuancées, n'ont pas un intérêt purement académique.

Elles permettent tout d'abord de mieux comprendre les difficultés de mise en œuvre, en France, des orientations communautaires, lorsque, celles-ci, inspirées par des références scandinaves ou anglo-saxonnes, mettent en avant une approche individualiste et égalitariste des droits, privilégiant l'objectif d'autonomie des femmes et rejettent toute idée de mesures particulières aux femmes, fussent-elles protectrices.

Elles sont aussi nécessaires pour savoir comment formuler de manière pertinente la problématique de l'égalité entre hommes et femmes. Il est clair, en effet, que selon le modèle pris pour référence, cette problématique se traduit par des dispositifs de nature extrêmement variable. L'article de Neil Gilbert (*Document n°3 du dossier joint*) illustre cette idée. Celui-ci s'interroge sur la façon de traiter de façon égale hommes et femmes en fonction du modèle familial de référence.

De manière simplificatrice, mais utile au raisonnement, il distingue trois modèles familiaux typiques : le modèle hiérarchique caractérisé par une forte différenciation des rôles et la soumission de la femme à l'autorité du mari ; le modèle individualiste dans lequel les rôles sont indifférenciés et les positions des hommes et des femmes, de ce fait, égales ; enfin, le modèle de la famille négociée dans lequel la différenciation des rôles entre hommes et femmes subsiste, mais résulte de négociations individuelles au sein de chaque ménage. Cette typologie fait écho aux travaux sociologiques qui, en France notamment, font état d'une évolution vers des formes de vie familiale dans lesquelles la position des hommes et des femmes, des parents et des enfants, ne serait plus figée en fonction d'un modèle extérieur préétabli, mais tendrait à se « contractualiser » au sein même de la famille.

A chacun de ces « modèles », Neil Gilbert associe une approche de l'égalité en matière de protection sociale. Au modèle hiérarchique il associe le système de droits dérivés, accordés aux femmes pour assurer le maintien de leur niveau de vie au décès de leur mari. Prenant acte de la dépendance des femmes par rapport aux hommes, le système de protection sociale peut, en effet, par un tel dispositif, réaliser une certaine égalité de revenus entre hommes et femmes, en leur accordant des droits différenciés pour tenir compte de leur différence de situations. Avant le décès du conjoint, cette égalité résulte d'arbitrages qui sont de la responsabilité des familles ; ensuite, elle relève de choix de la responsabilité de la collectivité. Au modèle individualiste, Neil Gilbert associe un système dans lequel hommes et femmes ont des droits personnels de nature identique. Ces droits tendent à être égaux dès lors que les rôles des hommes et des femmes tendent à s'identifier. Il n'y a pas, dans un tel système,

matière à droits dérivés. Au modèle contractualiste, enfin, Neil Gilbert associe un système dans lequel on peut imaginer, pour assurer l'égalité entre hommes et femmes, faire masse des droits sociaux acquis par l'homme et la femme au sein d'un ménage et les partager également entre eux. On a un exemple de ce type de dispositif dans les législations applicables en Allemagne et au Canada pour le calcul des droits à pension de vieillesse en cas de divorce, et plus récemment en Suisse où les droits du couple sont partagés entre hommes et femmes (splitting).

Ainsi, la réponse à la question de savoir comment réaliser l'égalité entre hommes et femmes, en matière de protection sociale, dépend-elle largement des structures familiales et sociales auxquelles cette protection s'applique.

Le système de protection sociale français qui juxtapose, pour les femmes, droits propres tirés de l'activité professionnelle ou des périodes d'éducation des enfants et droits dérivés de ceux du conjoint a un caractère composite. Cela s'explique, certes, par une évolution historique, brièvement retracée en introduction, qui a conduit à superposer, au fil du temps, des normes d'inspirations diverses, répondant à des besoins qui changeaient. Cependant, cette évolution n'a pas été exempte d'ambiguïtés et la situation en résultant de contradictions. La participation des femmes à la vie professionnelle qui a fini par s'imposer de façon irréversible, reste, à certains égards, fragile, source de liberté mais aussi de difficultés a fini par s'imposer de façon irréversible. Le modèle hiérarchique ou patriarcal ancien, conserve de sa force dans les représentations sociales.

Définir, aujourd'hui, pour la France, un modèle qui puisse servir de référence et structurer une réflexion prospective sur l'égalité entre hommes et femmes en matière de protection sociale, paraît ainsi difficile. L'hétérogénéité de la société française constitue un premier obstacle : hétérogénéité entre générations certainement, mais également hétérogénéité entre des groupes sociaux dans lesquels les arbitrages entre vie professionnelle et vie familiale demeurent très divers. L'absence de modèle explicite, susceptible de faire l'objet d'un consensus, est un deuxième obstacle. Le discours public valorisant l'idée de neutralité de l'Etat vis-à-vis des choix individuels et familiaux en est le meilleur témoignage. Une approche ouverte peut et doit, sans doute, tenir compte de la diversité des situations effectivement observées. Il est, cependant, peu aisé de définir des évolutions possibles en s'abstenant de toute réflexion sur le ou les modèles pris pour référence.

II – L'évolution du droit applicable en matière de protection sociale, du point de vue de l'égalité entre hommes et femmes.

L'égalité de traitement entre hommes et femmes est un principe reconnu par le droit national et le droit international. Il figure aussi bien dans des textes de l'ONU, de l'OIT que dans la convention européenne des droits de l'homme et dans les textes communautaires. Dans la présente note, on se bornera à l'exposé des dispositions ayant des conséquences directes pour l'évolution à venir de la réglementation des retraites en France, en distinguant les dispositions du droit national et celles du droit communautaire. Les développements historiques qui suivent sont assez largement inspirés de certains développements du rapport public du Conseil d'Etat qui traitait, en 1996, du principe d'égalité.

1. Droit national

Dès la fin du XIX^{ème} siècle, la juridiction administrative s'est estimée gardienne des valeurs centrales du nouveau régime républicain et c'est à ce titre que, en l'absence de texte, elle a intégré tout au long du XX^{ème} siècle, par sa jurisprudence, le principe d'égalité des citoyens devant la loi dans le droit positif. C'est à ce titre, qu'elle a reconnu le principe d'égalité entre hommes et femmes. Ainsi, dès 1936, un arrêt Demoiselle Bobard (CE Ass – 3 juillet 1936) mettait en œuvre ce principe en matière d'accès des femmes à l'emploi public.

Il faut attendre 1945 pour que « les circonstances historiques particulières, conduisent à une officialisation des principes généraux du droit et à l'apparition à leur propos d'une théorie juridique » (Bruno Genevois – Les principes généraux du droit – Répertoire Dalloz 1984). Le préambule de la constitution du 27 Octobre 1946 réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen, consacrés par la Déclaration des droits de 1789, et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Il proclame en outre, comme particulièrement nécessaires à notre temps, un certain nombre de principes tels que celui qui « garantit à la femme, par la loi, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Sur cette base, se poursuivent les développements de la jurisprudence qui reconnaît au principe d'égalité, et en particulier au principe d'égalité entre hommes et femmes, une valeur au moins législative.

La constitution de 1958, en reprenant la Déclaration de 1789 et le préambule de la constitution de 1946, leur reconnaissait une valeur constitutionnelle. Deux décisions du Conseil Constitutionnel de 1971 et 1973 soumettent clairement la loi à l'autorité du principe d'égalité. La consécration de la valeur constitutionnelle du principe d'égalité marque l'aboutissement d'une évolution considérable l'inscrivant désormais, dans l'ordre juridique, au niveau le plus élevé.

La mise en œuvre de ce principe conduit à traiter identiquement hommes et femmes dès lors qu'ils sont dans des situations identiques. Cependant, cette approche, dont la jurisprudence a largement fait usage, trouve ses limites dès lors qu'hommes et femmes, en vertu d'un modèle social patriarcal, sont placés dans des situations différentes.

C'est ainsi que l'on a pu admettre, dans le domaine de la protection sociale, des dispositions discriminatoires entre hommes et femmes, destinées à protéger ces dernières ou à compenser des désavantages résultant de leurs charges d'enfants. On retrouve une telle dissymétrie dans certains dispositifs de réversion ou de majoration de durée d'assurance, visant à rétablir une certaine égalité de situation entre hommes et femmes en termes de pension.

Le développement de l'activité professionnelle des femmes et leur désir d'émancipation a conduit à de sensibles évolutions de la législation sociale. La législation du travail adoptée en 1973 puis en 1983 pour assurer l'égalité entre hommes et femmes d'abord en matière de rémunération, puis, plus largement, en matière professionnelle, de même que les mesures prises en faveur des bas salaires, emplois atypiques etc. ont eu des conséquences positives en termes d'égalité entre hommes et femmes du point de vue de la retraite. Il en a été de même des mesures prises pour favoriser la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale d'abord des mères, puis des parents. Ces dernières mesures ont trouvé leur prolongement dans la mise en place d'une assurance vieillesse des parents au foyer, à la charge de la branche famille.

Ces évolutions n'ont, cependant, pas remis en cause les dispositifs préexistants qui n'ont été ajustés qu'à la marge pour tenir compte des évolutions de la société. On songe ici au partage de la pension de réversion en cas de divorce, institué au bénéfice de chacun des ex conjoints au prorata de la durée de mariage. Ainsi, la revendication radicale des féministes visant à la mise en place systématique de droits propres au bénéfice des femmes n'a-t-elle pas abouti. Elle supposait, en effet, une individualisation des droits très difficile à réaliser dans une construction juridique et sociale familialiste, sans pour autant garantir une amélioration du niveau de vie des femmes (compte tenu, notamment, des inégalités de situations persistantes sur le marché du travail).

2. Droit communautaire

Au cours des trente dernières années, l'application du principe d'égalité s'est fortement développée dans le droit communautaire.

Le principe d'égalité ne figure pas, en tant que tel, dans les traités européens fondateurs, textes à vocation économique dont l'objectif majeur est de créer un espace de liberté concurrentiel. Ceux-ci interdisent toutefois toutes les discriminations susceptibles d'entraver la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux et de faire obstacle à la libre concurrence. C'est à ce titre que l'article 119 du traité CEE (devenu article 141) pose le principe d'égalité des hommes et des femmes en matière de rémunération professionnelle.

La Cour de justice des communautés européennes a rapidement entrepris une démarche comparable à celle du juge administratif français, en développant une importante jurisprudence relative à la mise en œuvre du principe d'égalité. S'agissant de l'égalité entre hommes et femmes dans le domaine des retraites, elle jugeait dès 1971 discriminatoire, sur le fondement de l'article 119 du traité, une disposition qui imposait, dans une compagnie aérienne une limite d'âge différente aux hôtesses de l'air et aux stewards (arrêts Defrenne contre Sabena et contre Etat belge). Elle considérait, en effet, que les avantages offerts par un régime de retraite professionnel ayant la nature d'une rémunération étaient, à ce titre, directement soumis au principe d'égalité figurant à l'article 119 du traité (égalité de rémunération pour un même travail).

Cette jurisprudence fut suivie par l'adoption de différents textes communautaires. La Communauté compétente pour lutter contre les discriminations entre les sexes, pouvait, en effet, à ce titre, intervenir dans le domaine de la protection sociale, resté, par ailleurs, dans le cadre de la subsidiarité, de compétence nationale. C'est ainsi que furent adoptées les Directives 79/7/CEE du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale et 86/378/CEE du 24 juillet 1986 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement dans les régimes professionnels de sécurité sociale.

La première directive, qui s'applique aux régimes dits légaux de sécurité sociale, prévoit une mise en œuvre progressive du principe. Elle exclut de son champ et, en conséquence, admet le maintien de règles spécifiques au bénéfice des femmes pour la fixation de l'âge de la retraite, l'octroi d'avantages vieillesse aux personnes qui ont élevé des enfants, les pensions de réversion et les majorations de pension pour personnes à charge.

La deuxième directive, qui s'applique aux régimes dits professionnels de sécurité sociale, considère que, pour ces régimes (que l'affiliation y soit facultative ou obligatoire), le principe d'égalité entre hommes et femmes est d'application immédiate et ne souffre aucune exception.

On rappellera, pour mémoire, une troisième Directive du 28 novembre 1986 qui traite de l'égalité entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante.

Il était prévu que soit élaborée une directive supplémentaire traitant notamment des questions exclues du champ de la Directive du 19 décembre 1978 relative aux régimes légaux de sécurité sociale. Cependant, les propositions faites en 1984, à cet effet, par la Commission n'ont pu déboucher.

En 1997, le traité d'Amsterdam renforçait le poids donné dans la construction communautaire au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes en l'inscrivant explicitement dans les articles 2 et 3 du traité CE au nombre des missions de l'Union et en confirmant la possibilité d'actions positives en matière d'emploi et de rémunérations. En 2000, celui-ci était, par ailleurs, inscrit dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

En l'absence de nouvelles directives après celles de 1978 et 1986, la mise en œuvre du principe d'égalité entre hommes et femmes, en matière de protection sociale, a été affaire essentiellement jurisprudentielle.

Une jurisprudence abondante (*cf. les analyses de M. T. Lanquetin et de A. Fitte-Duval figurant dans les documents n°7 et 7 bis du dossier joint*), a donné une interprétation étroite de la différence de situations pouvant justifier dans les régimes professionnels des inégalités de traitement. Elle a également précisé, progressivement et de manière complexe les régimes qui sont considérés comme des régimes légaux et qui peuvent conserver des discriminations et les régimes professionnels auquel le principe d'égalité s'applique de manière rigoureuse. En opportunité, on peut s'interroger sur la différence ainsi introduite entre des régimes ayant, en fait, souvent des finalités proches. Mais quelle que soit la position que l'on peut avoir sur ce point, le droit communautaire s'applique.

Les régimes complémentaires de salariés du secteur privé (ARRCO et AGIRC), régimes professionnels ont dû se mettre en conformité avec la jurisprudence et adapter les accords conventionnels les régissant. Les récents arrêts Griesmar et Mouflin, jugent que les régimes français de fonctionnaires sont des régimes professionnels. Ils estiment, en conséquence, contraires au principe d'égalité entre hommes et femmes diverses dispositions de ces régimes qui traitent différemment hommes et femmes, pour l'octroi des majorations de durée d'assurance au titre de l'éducation des enfants et de pensions pour invalides à charge. On peut inférer de ces arrêts que sont également contraires au principe d'égalité, les dispositions de ces régimes permettant l'octroi de pensions à jouissance immédiate pour les mères de trois enfants et traitant différemment hommes et femmes en matière de réversion¹.

Cette jurisprudence s'inscrit dans la perspective politique tracée par l'Union qui vise à un accroissement de la participation des femmes au marché du travail, à une meilleure conciliation de la vie professionnelle et des responsabilités familiales et à une individualisation des droits sociaux. Elle le fait clairement à partir d'une conception proche de celle des pays nordiques et pose à la France, dont la législation est inspirée par d'autres principes, des problèmes réels.

On notera ici quelques effets paradoxaux de la jurisprudence communautaire appliquée au cas français. Par l'acception qu'elle donne de la notion de régimes professionnels, elle permet le maintien de discriminations entre hommes et femmes dans les régimes de sécurité sociale de base (comme le régime général), mais les prohibe strictement dans les régimes spéciaux qui, tels les régimes de fonctionnaires, assurent aussi bien la couverture de base que la couverture complémentaire. Par ailleurs, condamnant tout avantage accordé aux femmes automatiquement à seule raison de leur sexe, sans considération d'ensemble et dans une perspective plutôt individualiste, elle remet en cause l'équilibre, certes imparfait et basé sur des fondements parfois devenus discutables, que réalisent des dispositions diverses qui, au total, compensent des inégalités de situation entre hommes et femmes persistantes.

III – Les règles des régimes de retraite et leur évolution possible dans la perspective de l'égalité de traitement entre hommes et femmes.

La jurisprudence communautaire et les transformations de la société amènent à s'interroger sur la façon dont l'égalité de traitement entre hommes et femmes est aujourd'hui assurée dans nos régimes de retraite.

On ne décrira pas ici la réglementation des régimes dont une présentation détaillée figure dans le dossier joint (*Document N°8. Direction de la sécurité sociale*). On ne retiendra également que les principales conclusions tirées du constat présenté dans la note n°1 bis :

¹ Des règles analogues existent dans un certain nombre de régimes spéciaux.

- les situations des hommes et des femmes en termes de niveau de pension se rapprochent et continueront de le faire à l'avenir, à réglementation inchangée, sous l'effet de l'accroissement de l'activité professionnelle des femmes et de la montée en charge des avantages familiaux accordés par les régimes de retraite ;
- même en projection, il reste, cependant, un écart dans les montants moyens de pension des hommes et des femmes, tenant à la persistance d'inégalités sur le marché du travail et à la différenciation des rôles entre hommes et femmes au sein des familles ;
- les pensions de réversion jouent encore actuellement un rôle important dans la garantie de revenu des retraitées ;
- malgré des départs plus tardifs à la retraite, les femmes bénéficient de durées moyennes de service de leurs pensions plus longues, compte tenu d'une espérance de vie, en moyenne, plus longue que celle des hommes.

Partant de ce constat, il est possible d'organiser la réflexion autour des points suivants : le traitement par les régimes de l'activité professionnelle des femmes, le traitement des aléas subis du fait des charges d'enfants, l'âge de départ à la retraite et enfin les dispositifs de réversion.

1. Le traitement par les régimes de l'activité professionnelle des femmes

Les conditions dans lesquelles les régimes de retraite valident les périodes d'activité professionnelle sont les mêmes pour les hommes et pour les femmes.

Cependant, comme le montrent le constat présenté dans la note n°1 bis et les documents joints au dossier (*Document n°4 – Glaude et Document n°5 – Djider*), les hommes et les femmes se trouvent dans des situations différentes vis-à-vis de l'activité professionnelle. L'activité à temps partiel et l'occupation de certains emplois atypiques est essentiellement le fait des femmes. Plus souvent que celles des hommes, leurs carrières demeurent marquées par des interruptions et des aléas.

Un certain nombre de règles des régimes telles que les conditions de validation du travail à temps partiel, l'exclusion du calcul de la pension d'un certain nombre de « mauvaises années » ou les minimums de pension compensent, au moins partiellement, le désavantage subi par les femmes. Un bilan de la façon dont s'opère cette compensation et des données en projection devrait être réalisé pour alimenter la réflexion du Conseil.

Il serait, de même, utile de procéder à un bilan des dispositions relatives aux conjoints collaborateurs, dans le champ de l'activité non salariée.

2. Le traitement des aléas subis du fait des charges d'enfants

Actuellement, ces aléas donnent lieu à l'octroi, par les régimes, aux femmes de diverses majorations ou bonifications de durée d'assurance. Ces bonifications sont accordées au titre des enfants, que les femmes aient ou non interrompu leur activité professionnelle pour les élever. Pour les salariées du secteur privé, les femmes artisans et commerçantes, les majorations sont de deux ans par enfant dans le seul régime de base (aucune majoration n'est prévue dans les régimes complémentaires). Pour les salariées du secteur public, ces majorations sont de un an par enfant. Pour les femmes des professions libérales et les exploitantes agricoles il n'existe aucune majoration.

A ces majorations diverses, peuvent s'ajouter, en cas d'interruption de l'activité, des droits acquis au régime général grâce à l'assurance vieillesse des parents au foyer (AVPF). Cette assurance, financée par des cotisations de la branche famille, permet des validations sur la base du SMIC, pour les parents

dont les ressources sont inférieures à un certain seuil (ce seuil, n'exclut toutefois que moins d'un cinquième de la population potentielle), dès lors qu'ils interrompent leur activité pour élever des enfants en bas âge (sauf pour les professions libérales).

L'assurance vieillesse des parents au foyer conduira à terme à l'octroi d'importantes validations de durée d'assurance d'une ampleur très variable selon la durée de l'inactivité (d'un temps qui peut être très bref pour des mères de famille de un ou deux enfants et dépasser 10 ans pour les mères de famille nombreuse inactives). Elle aboutira en 2020, en moyenne, à une validation de 3 années supplémentaires par femme s'ajoutant à une moyenne de 4 années de majoration de durée d'assurance dans le régime général et le régime des exploitants agricoles, soit au total 7 ans, pour les salariées du privé, femmes artisans et commerçantes et exploitantes agricoles (sans toutefois de prolongement dans les régimes complémentaires) ; de 2 années, soit au total 5 ans, si on ajoute les bonifications de durée d'assurance, pour les salariées du secteur public ; de 3 ans pour les femmes professionnelles libérales. Ces moyennes sont présentées pour montrer l'ampleur des validations ainsi opérées. Mais, il faut garder à l'esprit qu'elles recouvrent de fortes disparités, ce qui doit conduire à en nuancer l'interprétation. Elle recouvrent à la fois des validations au niveau du salaire moyen de carrière (majorations et bonifications) et au niveau du SMIC (AVPF).

La jurisprudence Griesmar de la Cour de justice des Communautés européennes remet en cause le fait que la bonification de durée d'assurance de 1 an par enfant, soit réservée aux femmes, dans les régimes de fonctionnaires, comme c'est d'ailleurs le cas des majorations de durée d'assurance accordées dans la plupart des autres régimes de base. Dans un arrêt de juillet 2002, le conseil d'Etat, qui avait saisi la Cour de justice à titre préjudiciel, tire les conséquences de l'arrêt de cette dernière, au cas d'espèce. C'est ainsi qu'il considère que M. Griesmar doit bénéficier de la bonification (*cf. document 6.5 du dossier joint*). Ce faisant, la jurisprudence européenne pose la question du devenir de la bonification. Elle conduirait, en l'absence de modification des textes, à accorder aux hommes fonctionnaires dans les mêmes conditions qu'aux femmes, une bonification de durée d'assurance de un an par enfant. Une telle extension pose problème. On peut s'interroger, en effet, sur l'objectif social auquel répondrait une application générale et automatique de bonifications instituées à l'origine à la fois pour faciliter l'interruption d'activité des femmes et pour majorer leurs droits, sensiblement inférieurs à ceux des hommes compte tenu, notamment, des charges d'éducation des enfants. Elle induirait en outre des dépenses considérables dont une utilisation peut-être plus judicieuse pourrait être faite à d'autres fins. Une modification de la réglementation, réduisant pour tous, hommes et femmes, la durée de la bonification constituerait une réponse à cette objection financière. Elle diminuerait sensiblement les droits des femmes sans, cependant, donner davantage de légitimité à la mesure de généralisation.

Outre les voies d'une généralisation de la bonification au bénéfice des hommes ou d'une suppression pour les femmes, que l'on vient de commenter, diverses autres pistes sont envisageables pour tirer les conséquences de la jurisprudence communautaire, telles que, par exemple :

- l'institution d'une faculté d'option au sein du couple entre l'homme et la femme, la priorité pouvant être donnée à la femme en l'absence de choix explicite ; cette piste soulève toutefois des questions délicates lorsque les deux membres ne relèvent pas d'un même régime ou en cas de séparation ou de divorce ;
- l'institution d'une condition de cessation d'activité pour l'éducation des enfants, à raccorder par exemple aux congés pris pendant la période d'éducation des enfants.
- L'institution d'un dispositif présument, d'une manière ou d'une autre, le désavantage lié à la présence d'enfants pour les femmes et subordonnant sa compensation à une interruption effective d'activité pour les hommes (à l'instar de ce qui existe dans le régime général). Cette dernière piste est cependant un peu aléatoire du point de vue de la jurisprudence européenne.

Pour réfléchir à la façon de tirer les conséquences de la jurisprudence européenne dans les régimes de fonctionnaires, il est utile de se placer dans la perspective de l'évolution générale que l'on souhaite pour l'ensemble des majorations analogues accordées dans les différents régimes. On rappellera ici les éléments du dossier sur les avantages familiaux et conjugaux discuté par le Conseil d'orientation des retraites au cours de sa séance plénière du 2 mai 2002. Ce dossier mettait, en effet, en évidence l'incohérence d'avantages mis en place au fil du temps et qui mériteraient d'être adaptés au vu notamment de l'évolution des carrières féminines. La note introductive au dossier évoquait l'idée d'une éventuelle fusion des diverses majorations et bonifications de durée d'assurance et de l'assurance vieillesse des parents au foyer. Si une telle orientation était retenue, une position devrait être prise, comme l'indiquait la note, sur :

- l'existence ou non d'une condition d'inactivité ;
- le niveau de validation (SMIC, rémunération de référence pour le calcul de la pension ; dernière rémunération avant la période considérée) ;
- un éventuel prolongement dans les régimes complémentaires du droit accordé dans les régimes de base.

Les choix possibles sur ces différents points renvoient, cependant, à la question du modèle social et familial que l'on a pour référence. Si ce modèle est celui de femmes ayant une activité aussi proche que possible que celle des hommes, on penchera plutôt pour une validation de périodes brèves, mais sur des bases voisines du salaire d'activité. Si en revanche, on estime légitime de longues interruptions d'activité des mères pour l'éducation des enfants, on prévoira des durées de validation longues, sur des bases sans doute minimales. Si l'on souhaite, par ailleurs, inciter au partage des rôles parentaux entre hommes et femmes, on pourra, comme cela existe dans certains pays scandinaves, n'accorder la totalité des congés et validations susceptibles d'y être associées qu'en cas de partage de ces congés entre les parents. On peut aussi imaginer des partages de droits se faisant de façon strictement volontaires. Les préférences par rapport à ces différentes options sont sans doute variables selon les individus et les catégories sociales. Mais, elles renvoient d'abord à la perspective générale que l'on se fixe pour l'évolution à long terme du rôle des hommes et des femmes et de leur place dans la société.

3. *L'âge de départ à la retraite*

a) Un certain nombre de régimes ont prévu à diverses époques des possibilités de départ à la retraite précoces pour les femmes, et particulièrement les mères de famille. Il en reste trace dans la réglementation de régimes spéciaux qui, ouvrent une possibilité de départ à la retraite immédiate, pour les mères de 3 enfants et plus remplissant une condition de durée d'activité minimale de 15 ans. Cette faculté est aujourd'hui utilisée par les femmes fonctionnaires de deux manières assez différentes : pour une partie d'entre elles, c'est le moyen d'entamer une deuxième carrière (ce peut être le cas de certaines infirmières hospitalières qui rejoignent l'activité libérale) ; pour une autre partie, c'est un moyen d'anticiper de quelques années seulement leur départ à la retraite.

La récente jurisprudence communautaire remet en cause ce dispositif. Comme en matière de bonifications de durée d'assurance, diverses options sont envisageables pour tirer les conséquences de la jurisprudence, allant de l'extension aux hommes, à la suppression pure et simple d'un dispositif qui a souvent fait l'objet de critiques portant sur son inspiration archaïque, selon laquelle la place de la femme est davantage à son foyer que dans le monde du travail. Des voies médianes peuvent également être imaginées, suggérées par la considération qu'il existe aujourd'hui « en stock » des femmes qui alors qu'elles le pouvaient, n'ont pas fait usage de la faculté de départ anticipé et pourraient s'estimer lésées par une suppression brutale. Ceci conduirait alors, par exemple, à durcir la condition de durée d'assurance requise, à fixer une condition d'âge ou à instaurer des règles de cumul entre la pension et d'éventuels revenus d'activité.

b) Plus généralement, le constat fait sur les différences de situations entre hommes et femmes, qui met en évidence une durée de service des pensions sensiblement plus longue, en moyenne, pour les femmes que pour les hommes (compte tenu des écarts d'espérance de vie), conduit certains auteurs à poser la question des conditions fixées pour le moment du départ à la retraite. Ces auteurs² s'interrogent, en effet, sur les redistributions « à rebours » que généreraient, non seulement entre hommes et femmes, mais aussi entre catégories sociales, des systèmes de retraite permettant à tous de partir à la retraite à une même âge.

Cette question a déjà été évoquée lors de précédents travaux du Conseil d'orientation des retraites. Celui-ci avait, à cette occasion, noté que, dans aucun pays, n'existaient de règles discriminant les hommes et les femmes pour tenir compte, dans les régimes de retraite obligatoires, de leurs écarts d'espérance de vie. Il avait par ailleurs considéré qu'introduire une telle notion n'était pas souhaitable, s'agissant des écarts d'espérance de vie entre hommes et femmes, car cela conduirait à une modulation des cotisations ou des droits en fonction de caractéristiques personnelles, étrangère à la logique de solidarité des régimes. Une modulation des droits ou des cotisations renvoie à une approche actuarielle controversée, considérant les droits à la retraite comme un capital à financer. Une modulation des droits serait, en outre, contraire aux attentes sociales vis-à-vis des régimes de retraite, en conduisant les femmes à différer leur départ en retraite ou à accepter des droits minorés. Elle serait, sans doute, jugée inacceptable.

La question mérite, cependant, d'être évoquée et la position du Conseil approfondie, dès lors que l'on examine globalement l'ensemble des inégalités entre hommes et femmes, en matière de retraite.

4. Les dispositifs de réversion

La description, jointe dans le dossier, des règles des régimes, montre la très grande variété tant des conditions d'ouverture du droit à la réversion (conditions d'âge, de ressources...), que du taux des pensions de réversion (de 50% à 60%) et des conditions de cumul de ces pensions avec un avantage personnel, pour ne relever que les principales différences, selon les régimes.

Les conditions les plus restrictives sont celles du régime général et des régimes alignés qui combinent une condition de ressources extrêmement basse (mais qui ne s'applique pas aux ressources provenant de la succession du conjoint), une condition d'âge de 55 ans et des règles de cumul avec un avantage personnel de retraite. Les effets de ces règles sont en partie tempérés pour les salariés du secteur privé par l'existence dans les régimes complémentaires de conditions plus souples. Le taux de la réversion de 54% au régime général, est généralement de 60% dans les régimes complémentaires qui n'appliquent, par ailleurs, ni conditions de ressources, ni conditions de cumul et permettent des attributions de pension plus précoces que dans le régime général.

Dans les régimes du secteur public, la réversion est ouverte sans condition d'âge ni condition de ressources, à un taux de 50% et sans règle de cumul avec un avantage personnel de retraite, pour les femmes. Elle est accordée dans ces régimes aux hommes dans des conditions nettement plus restrictives (60 ans, plafonnement du droit fixé à un montant de 760 € mensuels actuels).

Pour les professions libérales, la réversion est accordée à 65 ans, au taux de 50% sans condition de ressources mais avec des conditions de cumul avec un droit personnel dans le régime de base. Dans les régimes complémentaires, le droit est généralement ouvert à 60 ans, au taux de 60% et avec une condition de stage.

² Par exemple : Réformer la retraite par répartition ... pour la sauver. J. Bichot – M. Godet – Libération du 5/9/2001.

Pour les exploitants agricoles, la réversion est accordée dans des conditions analogues à celles du régime général et avec un taux de 54%.

La récente jurisprudence communautaire met en cause un aspect particulier de la réglementation applicable dans les régimes de fonctionnaires, qui prévoit des conditions d'accès à la réversion plus restrictive pour les hommes que pour les femmes. La portée de la jurisprudence reste limitée ici, car la réversion est essentiellement affaire de femmes, en raison des écarts d'espérance de vie entre hommes et femmes. A cette occasion, l'ensemble des conditions d'octroi des pensions de réversion dans la fonction publique, peut cependant se trouver à nouveau évoqué (absence de condition de ressources, de cumul...). Deux observations peuvent être faites à cet égard. Au total, si l'on compare base et complément, les règles des différents régimes aboutissent à des résultats grossièrement comparables pour les différentes catégories d'assurés. Néanmoins, comme le dossier présenté au Conseil le notait lors de sa séance du 2 mai 2002, la diversité de ces règles traduit une hésitation entre différentes logiques :

- Une logique visant à n'accorder la réversion qu'aux conjoints survivants titulaires de ressources insuffisantes à laquelle s'oppose une logique qui vise à accorder la réversion à l'ensemble des survivants, quelles que soient leur ressources ou leurs droits propres à pension, de manière à garantir le maintien de leur niveau de vie antérieur.
- Une logique visant à n'attribuer la réversion qu'aux femmes, comme rétribution ou compensation de leur activité domestique (qui a pour contrepartie une situation professionnelle moins bonne que celle des hommes et donc des droits propres à pension inférieurs) ou reconnaissant un droit identique pour les hommes et pour les femmes (mais associé le plus souvent à la justification d'une situation de besoin ou de ressources insuffisantes).
- Une logique ne reconnaissant un droit à réversion que lorsque le survivant a atteint un certain âge, le décès avant celui-ci ne justifiant que des prestations temporaires ou au contraire une logique dans laquelle, quel que soit l'âge du survivant, un droit à réversion est ouvert en proportion des droits accumulés par l'assuré.

Une réflexion sur de possibles adaptations du système de réversion, inspirées notamment par la recherche de l'égalité entre hommes et femmes, doit s'appuyer sur les défauts aujourd'hui constatés mais aussi prendre en compte une situation qui évolue dans le temps et place dans une position très différente les générations successives. En raison de l'extraordinaire hétérogénéité du point de départ, il pourrait être suggéré de définir un schéma cible pour l'ensemble des régimes, correspondant à quelques objectifs clairs et d'organiser un dispositif transitoire. Une telle démarche conduirait à prendre position sur des questions telles que celles qui suivent.

- Doit-on, à terme, maintenir un droit à réversion, considérant que les carrières féminines resteront moins bonnes que celles des hommes et qu'il y a, en toutes hypothèses, un souhait d'assurance des couples en cas de décès de l'un de leurs membres, ou, au contraire, envisage-t-on, à l'instar de la Suède ou de l'Australie de ne prévoir, pour les plus jeunes générations, que des prestations temporaires au bénéfice du conjoint survivant, en cas de décès de l'assuré ?
- Si l'on maintient un droit à pension de réversion, prévoit-on ou non des conditions de ressources ou de cumul avec un droit personnel ?
- Prévoit-on une condition d'âge ?
- Ouvre-t-on le droit aux membres de couples non mariés ?
- Quel traitement prévoit-on en cas de divorce ?
- Quel taux retient-on pour déterminer le montant de la réversion ?

Le travail à mener sur ces questions est de longue haleine et devrait s'appuyer sur des chiffrages de l'impact de telle ou telle mesure et sur l'analyse de cas-types. Il suppose aussi d'approfondir le débat sur les objectifs des dispositifs au regard des évolutions sociales et familiales ainsi que des normes sociales que l'on souhaite ou non privilégier.

* *
*

La recherche de l'égalité entre hommes et femmes devrait conduire à de nouvelles évolutions des règles des régimes de retraite, tenant compte des évolutions de la société et permettant une certaine remise en ordre de dispositifs, mis en place au cours du temps, qui apparaissent, aujourd'hui, peu cohérents entre eux, divers selon les régimes et d'une logique parfois incertaine. La mise en œuvre de la jurisprudence communautaire impose, dans l'immédiat, des adaptations des règles applicables dans certains régimes. La question de la concomitance de ces adaptations et d'une réforme plus ample peut se poser. Quel que soit le calendrier retenu, il paraît souhaitable de rechercher, autant que possible, une certaine articulation entre des ajustements immédiats et les perspectives de long terme. Par ailleurs, une réflexion sur le long terme doit nécessairement replacer la question des inégalités entre hommes et femmes dans le cadre plus général de l'ensemble des inégalités. On fait ici référence, notamment, aux inégalités entre catégories sociales, entre régimes de retraite ou entre couples et isolés, qui peuvent être d'une importance comparable à celles qui existent entre hommes et femmes, et, à la question qui se pose alors de savoir s'il y a un traitement prioritaire de l'une ou l'autre forme d'inégalité.