

CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES

Séance plénière du 07 juin 2006 à 9 h 30

« Différenciation des rôles et égalité entre hommes et femmes.

Les modèles, les expériences nationales et les évolutions du droit des retraites en France. »

Document N° 16

<i>Document de travail, n'engage pas le Conseil</i>

L'égalité entre hommes et femmes dans le domaine des retraites en France :

les fondements de quelques dispositifs

Première approche exploratoire

Secrétariat général du Conseil d'orientation des retraites

L'égalité hommes – femmes en matière de retraite : les fondements de quelques dispositifs

Première approche exploratoire

La présente note constitue une première exploration de l'évolution des fondements juridiques des pensions de réversion et des majorations ou bonifications de durée d'assurance au titre des périodes d'éducation des enfants. Les analyses qu'elle présente devront être approfondies en s'appuyant sur un examen systématique des dispositions applicables dans les différents régimes.

I- Les fondements des pensions de réversion et leur évolution

Ce sont les fonctionnaires qui les premiers ont pu bénéficier d'un système de pension et de réversion. La veuve (uniquement) du fonctionnaire décédé pouvait se voir « reverser » une partie de la pension que son défunt mari aurait dû percevoir. La pension de réversion était un avantage octroyé au fonctionnaire en raison de son appartenance au personnel de l'Etat qui, en quelque sorte, se substituait au fonctionnaire mort après services rendus et assurait ainsi la protection de sa famille. Ce fondement n'était pas transposable pour les salariés du secteur privé. C'est le décret-loi du 28 octobre 1935 qui, pour la première fois, permettait à l'assuré de demander que « *le capital représentatif de sa pension serve à la constitution d'une rente réversible pour moitié sur la tête du conjoint survivant* »¹. Mais cette réversibilité avait pour prix des droits diminués pour le mari.

L'évolution du dispositif et, notamment, de ses conditions d'octroi, reflète l'évolution des fondements sur lesquels repose la pension de réversion. Son régime traduit les évolutions du droit de la famille, du divorce et, plus généralement, des représentations de la famille et des places respectives de l'homme et de la femme dans le cadre du ménage. A l'origine, il apparaît que la pension de réversion trouvait son fondement dans la responsabilité du père à l'égard de sa famille. En effet, la protection du conjoint à charge, la femme, dérivait du travail et des cotisations de l'assuré, le mari qui, en vertu de l'article 213 du Code civil, était considéré comme le chef de famille (A). Les évolutions législatives, qui affectent dans les années 1970, d'abord le droit du divorce, ensuite le mécanisme de la pension de réversion, peuvent être analysées comme traduisant une modification des fondements du droit à pension de réversion.

A. A l'origine : la pension de réversion, expression d'une protection accordée à la femme au foyer et droit dérivé du droit à pension du mari chef de famille

Aux termes de l'ordonnance du 19 octobre 1945 « *a droit à une pension de réversion égale à la moitié de la pension principale ou rente dont bénéficiait ou eut bénéficié le défunt* », le « *conjoint à charge qui n'est pas lui-même bénéficiaire ou susceptible de bénéficier d'un avantage au titre d'une législation de sécurité sociale* ».

¹ Il s'agit du conjoint valide, le conjoint invalide perçoit une pension de veuf ou de veuve.

A l'origine, la pension de réversion pouvait s'analyser, dans le régime général, comme une protection de la femme au foyer « à charge » du mari chef de famille. « (...) *Le droit à pension de réversion n'est pas un droit personnel, mais dérivé de celui du mari. Corrélativement la veuve ne peut se prévaloir d'autres droits que ceux accordés à son mari par le législateur, en vigueur soit au moment du décès de ce dernier s'il survient alors qu'il est en activité, soit au moment de son admission à la retraite (...)* »².

En conséquence, le conjoint – homme ou femme – devait être matériellement « à charge » de l'assuré défunt, ce qui supposait des conditions de ressources et que le conjoint ne fût pas bénéficiaire ou susceptible de bénéficier d'un avantage au titre d'une législation sociale. Ces conditions d'octroi de la pension de réversion écartaient de fait les hommes généralement bénéficiaires d'une retraite personnelle.

Par ailleurs, s'agissant du régime de la fonction publique, celui-ci établissait de manière explicite une discrimination réservant aux seules veuves le bénéfice de la pension, exception faite des veufs atteints d'infirmité ou de maladie incurable les rendant incapables de travailler.

En pratique, dans le régime général, seules les femmes restées au foyer étaient susceptibles de bénéficier de la pension de réversion. La fonction de protection du dispositif de la pension de réversion était encore rappelée dans une réponse ministérielle de 1978 : « (...) *le droit à pension de réversion reconnu à la veuve était fondé à l'origine sur le fait que celle-ci ne pouvait acquérir aucun droit à pension en raison de sa présence constante au foyer. Elle se trouvait de ce fait démunie de toute ressource au décès du mari (...)* »³.

Corrélativement également, dans le régime général, seul le conjoint pouvait bénéficier de cette pension. Ainsi, la pension de réversion ne pouvait pas être accordée aux concubines : « (...) *la prise en considération des périodes de concubinage ne saurait être envisagée sans aller à l'encontre des dispositions du Code civil, et sans détruire la nature et le fondement même de la pension de réversion* ». Dans la même idée, le bénéfice de la pension de réversion était subordonné au lien conjugal et à l'absence de dissolution du mariage par le divorce. Une réponse ministérielle indiquait que « (...) *le divorce légalement prononcé ne laissait subsister aucun des droits que la législation civile reconnaît aux époux (...)* » et « (...) *la pension de réversion était un avantage normalement fondé sur l'existence du lien conjugal (...)* »⁴. A la rupture du lien conjugal devait correspondre une forme de sanction sur le plan social avec la perte d'avantages sociaux. Plus fondamentalement, c'est l'institution familiale et, en son cœur, celle du mariage qui justifiaient une pension de réversion permettant de garantir la famille du risque que pouvait entraîner le décès du mari. Le lien conjugal rompu, la pension de réversion perdait sa raison d'être.

En ce qui concerne la femme divorcée, quelques dérogations étaient néanmoins instituées, mais limitées et ne remettant pas en cause fondamentalement la logique qui présidait au mécanisme de la pension de réversion. La femme du fonctionnaire divorcée à son profit exclusif⁵ pouvait ainsi bénéficier d'une pension de réversion en totalité si le fonctionnaire décédé ne s'était pas remarié. La pension de réversion était partielle et en concours avec la veuve en cas de remariage du défunt⁶ : les critiques doctrinales à l'égard de cette disposition

² JO Sénat, Débat, 29 octobre 1963, p. 2194.

³ JO Assemblée nationale, Débat, 11 février 1978 p. 503.

⁴ JO Assemblée nationale, Débat, 22 juillet 1959, p. 1449.

⁵ En d'autres termes, le divorce est prononcé aux torts exclusifs du mari.

⁶ Lois du 14 avril 1924 et du 20 septembre 1948, décret du 23 mai 1951.

« *illogique rapprochant singulièrement le mariage de la polygamie* »⁷ témoignaient du fait que le droit à la pension de réversion n'aurait été qu'un droit dérivé de celui du mari. En 1975, lors de la réforme du divorce, le nouvel article L. 351-2 du Code de la sécurité sociale prévoyait en son alinéa 2 que le conjoint victime d'un divorce pour rupture de la vie commune partageait la pension de réversion entre lui et le veuf si l'assuré s'était remarié au prorata de la durée respective de chaque mariage. Il s'agissait de protéger les femmes « victimes » et d'éviter la situation étrange de voir la seconde épouse bénéficier d'une pension de réversion tenant compte des bonifications pour enfants élevés par la première.

B. A partir de 1978 : la pension de réversion, expression de la solidarité financière entre époux et droit « quasi patrimonial » du conjoint de l'assuré

Pierre Laroque écrivait en 1972 « *la femme, comme l'homme, devrait avoir en toute hypothèse un droit propre à une pension de vieillesse* », ce droit propre devait se substituer à « *toute idée de pension de réversion, de droit de la femme dérivé de celui du mari* »⁸.

La loi du 17 juillet 1978 marque à cet égard une étape fondamentale dans l'évolution des fondements de la pension de réversion. Elle modifie l'article L. 351-2 du Code de la sécurité sociale qui précise désormais que « (...) *le conjoint divorcé non remarié est assimilé à un conjoint survivant pour l'application de l'article de l'article L. 351 du Code de la sécurité sociale* ». En adoptant le principe du partage des pensions de réversion, quelle que soit la forme ou la cause du divorce, la loi reconnaît à la femme (ou à l'homme) divorcée un droit automatique à tout ou partie de la pension si elle (ou il) ne s'est pas remariée et, en assimilant le conjoint divorcé au conjoint survivant, elle suggère l'idée que le droit serait justifié par le fait que les deux époux contribuent en commun à la constitution de droits à la retraite.

Certaines réponses ministérielles traduisent l'évolution induite par ce nouveau dispositif, à titre d'exemple : « *En adoptant cette loi, le Parlement a considéré que chacun des conjoints avait contribué objectivement à la constitution des droits de retraite de l'assuré et qu'il avait, en matière de réversion, des droits proportionnels à la durée du mariage (...)* ». Ce partage entre le conjoint et le divorcé est la « (...) *la conséquence logique de la solidarité financière des anciens époux, lesquels ont contribué conjointement à l'entretien du ménage et ont permis par leurs activités complémentaires la constitution des droits à retraite (...)* »⁹.

Cette loi de 1978 peut s'analyser comme la conséquence logique et l'extension au domaine des pensions de la réforme du divorce du 11 juillet 1975. L'idée d'un comportement fautif n'est plus consubstantielle au divorce, même si le divorce pour faute n'a pas disparu du Code civil, et l'octroi d'une prestation sociale, la pension de réversion, ne dépend plus du respect des obligations nées du mariage et n'est pas affecté par une éventuelle faute commise dans le cadre du ménage.

Les époux en se mariant prennent solidairement en charge la cotisation de l'assurance vieillesse. La veuve a des droits sur la pension de l'assuré en tant qu'elle a indirectement contribué à leur constitution. « *Le législateur a tiré logiquement les conséquences d'une situation concrète où les deux époux participent à l'éducation des enfants et à la constitution commune des droits à la retraite dont le partage, en cas de décès de l'assuré, ne doit donc pas*

⁷ Cf. Planiol et Ripert, 2^{ème} édition, Ripert et Boulanger.

⁸ Pierre Laroque, « Droits de la femme et pensions de veuve » in Revue internationale du travail, 1972.

⁹ JO Assemblée nationale, Débat, 18 mai 1979, p. 4022 et 4023.

être lié aux motifs du divorce »¹⁰. La pension de réversion apparaît comme la manifestation d'une solidarité financière conjugale. Selon Michèle Harichaux-Ramu, « (...) *le droit à pension de réversion reconnu aussi bien à l'homme veuf qu'à la femme veuve, au conjoint divorcé innocent qu'au conjoint coupable, s'apparente à un droit quasi patrimonial dont bénéficie automatiquement – sous conditions de ressources et de non remariage – le conjoint d'un assuré. Il constitue (...) un acquêt de mariage* »¹¹.

Les propos de Jean Laborde, au cours des débats parlementaires qui ont conduit à l'adoption de la loi n°82-599 du 13 juillet 1982 relative aux prestations de vieillesse, d'invalidité et de veuvage, synthétisent les changements opérés : « (...) *il est à peu près unanimement admis aujourd'hui que la pension de réversion doit être considérée comme la part d'un acquis communautaire constitué par le couple pendant la période, sinon de vie commune, du moins de mariage. (...) La notion d'échec s'étant substituée à celle de faute, l'octroi de la pension de réversion ne doit pas revêtir un caractère de récompense, ni son retrait un caractère de sanction. Aucune notion de mérite ou de faute ne doit intervenir dans ses critères d'attribution* »¹².

Le juge civil, en se livrant à une interprétation extensive de l'article 220 du Code civil, corrobore cette évolution du fondement de la pension de réversion. En vertu de cet article, en effet, « *chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, toute dette ainsi contractée oblige l'un l'autre solidairement* ». Si, littéralement, l'article 220 ne vise que les dettes d'origine contractuelle et ne comporte aucune précision quant aux limites temporelles de cette solidarité, le juge a admis que la solidarité entre époux instituée par l'article 220 du Code civil s'applique également aux dettes représentatives de cotisations obligatoires dès lors que la finalité de ces cotisations, en cas de réalisation du risque assuré, est de percevoir des prestations présentes ou futures qui contribuent aux charges du ménage et à l'entretien de la famille¹³. La Cour de cassation a considéré que le versement de cotisations d'assurance vieillesse était le fait des deux époux, dans le but de bénéficier d'une pension après la cessation de l'activité professionnelle ou d'une pension de réversion versée au conjoint survivant en cas de décès de l'assuré : « *l'article 220 du Code civil qui fait peser sur les époux une obligation solidaire a vocation à s'appliquer à toute dette, même non contractuelle, ayant pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, et n'opère aucune distinction entre l'entretien actuel et futur du ménage. Il s'ensuit que constitue une dette ménagère le versement de cotisations d'assurance vieillesse, lequel a pour but de permettre au titulaire de la pension d'assurer, après la cessation de son activité professionnelle, l'entretien du ménage et, en cas de décès, l'entretien du conjoint survivant par réversion de l'avantage* »¹⁴.

L'analyse du droit à réversion comme un droit quasi-patrimonial doit être, néanmoins, nuancée au moins au regard de deux considérations. Le montant de la pension de réversion n'est pas fonction de la durée du mariage, ce qui contredit l'idée d'une constitution commune

¹⁰ JO Assemblée nationale, Débat, 18 mai 1979, p. 44023.

¹¹ Michèle Harichaux-Ramu, « L'évolution de la pension de réversion », Droit social n°3, mars 1980, p. 242.

¹² JO Assemblée nationale, Débat, 18 juin 1982, p. 3579.

¹³ TGI, 10 déc. 1973, D. 1975, p. 265, n. Didier Martin ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 octobre 1991, Bull. civ. I, n°255, JCP 1992, éd. G, II, p. 201, n. George Wiederkher ; Cass. civ. 18 fév. 1992, JCP, éd. G, 1993, II, 22084, n. Danièle Noguerol ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 mai 1993, Bull. civ. I, n°178, Defresnois 1993, 1363, obs. J. Massip, JCP 1994, éd. N, doct., 223, n°6, obs. G. Wiederkher ; Cass. soc. 5 mai 1995, D 1995, Inf. Rap., p. 143 ; F. Monéger note sous CA Versailles, 6 oct. 1995, Rev. dr. sanit. soc. 1996, p. 69 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1998, Dr. fam. 1998, p. 18.

¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 9 octobre 1991.

de droits à pension durant le temps du mariage qui impliquerait une pension de réversion calculée au prorata de la durée du mariage. Surtout, dans le régime général (mais ce n'est pas le cas des autres régimes), la pension de réversion est soumise à une condition de ressources ce qui porte substantiellement atteinte à cette dimension quasi-patrimoniale.

Par-delà la question de la nature de la réversion se pose celle de son lien avec le mariage. Le groupe de travail du ministère de la justice réuni en 2005 estime qu'il conviendrait d'ouvrir ce droit aux partenaires pacsés depuis deux ans. La mission d'information parlementaire de 2006 propose, quant à elle, que ce droit ne soit accordé qu'aux partenaires pacsés depuis au moins cinq ans pour empêcher tout risque d'abus.²

II- Les fondements des majorations de durée d'assurance pour enfant

La majoration¹⁵ de durée d'assurance pour enfants a été créée à partir des années 70 dans le régime général (elles étaient plus anciennes dans certains régimes du secteur public ou spéciaux) avec pour objectif initialement d'améliorer les droits à pension des femmes et de tenir compte de leurs charges familiales. Une étude plus précise montre l'ambiguïté de ces fondements (A) et, à la suite de l'affaire Griesmar, pose la question plus générale du rapport d'égalité hommes-femmes dont témoignent les majorations ou bonifications de durée d'assurance dans les différents régimes de retraite (B).

A. L'ambiguïté originelle de la loi « Boulin » : entre le souci de corriger les inégalités de droit à pension des femmes et la volonté de valoriser la femme au foyer

La loi « Boulin » du 31 décembre 1971¹⁶ prévoyait une majoration de durée d'assurance au régime général d'une année par enfant pour les femmes ayant élevé au moins deux enfants. En 1975, le dispositif a été étendu au premier enfant et la majoration a été portée à deux ans par enfant.

L'étude des travaux préparatoires de la loi « Boulin » du 31 décembre 1971 et des textes de cette période révèle toute l'ambiguïté originelle des fondements de la majoration de durée d'assurance pour les mères d'enfants. A l'argument de l'inégalité professionnelle et des durées de cotisation des femmes, en moyenne nettement inférieures à celles des hommes, qui les pénalisent dans le calcul des droits à pension s'ajoute l'objectif d'une valorisation de la femme au foyer comme en témoigne, par exemple, l'exposé des motifs présenté par Robert Boulin du projet de loi portant diverses dispositions en vue d'améliorer la situation des familles sur une mesure qui est présentée expressément comme devant compléter la majoration de durée d'assurance : *« Le projet de loi reconnaît également à la mère de famille qui bénéficiera de la majoration de l'allocation de salaire unique, des droits particuliers dans le domaine de l'assurance-vieillesse. Il lui sera désormais possible de faire prendre en compte pour le calcul de sa pension les années durant lesquelles elle se sera consacrée à l'éducation de ses enfants. Pour la première fois dans notre législation la mère se voit reconnaître, en cette qualité des droits propres à l'assurance-vieillesse. Cette nouvelle disposition est une étape fondamentale*

¹⁵ La terminologie varie selon les dispositifs.

¹⁶ Loi n°71-1132, 31 décembre 1971, portant amélioration des pensions de vieillesse du régime général de sécurité sociale et du régime des travailleurs salariés agricoles.

dans le statut de la mère de famille dans la mesure où elle souligne la valeur et l'utilité sociale de sa présence au foyer »¹⁷.

Au cours des débats parlementaires relatifs au projet de loi qui sera à l'origine de la loi du 31 décembre 1971, Robert Boulin justifie la majoration de durée d'assurance en faveur des mères en mettant l'accent sur l'inégalité professionnelle et la faiblesse du nombre d'années de cotisations des femmes qui joue sur le niveau des pensions : *« J'ai indiqué (...) la grande injustice dont sont victimes en France les femmes qui travaillent (...) : 56 p. 100 des femmes mises à la retraite à 65 ans n'ont cotisé au régime de retraite que pendant 25 ans à peine. Pourquoi cela ? Parce qu'elles ont admirablement rempli leur devoir de mères de familles, qu'elles sont restées au foyer pour élever leurs enfants en bas âge, et qu'elles n'ont commencé à travailler qu'après que ces enfants eurent été élevés »¹⁸.*

Mais l'ambiguïté fondamentale du dispositif demeure. A ces motifs se mêlent des considérations liées à un certain statut de la femme et des visées de politique familiale et nataliste. *« C'est la première fois (...) que, dans notre législation, l'activité d'une mère de famille, en tant que telle, est prise en considération, et que le temps passé à élever des enfants est assimilée à une activité professionnelle salariée »¹⁹.* Le choix du critère de la charge liée à la maternité, plutôt qu'un critère fondé exclusivement sur le sexe, correspond ainsi à la volonté d'accorder une fonction sociale reconnue à la femme en tant que mère de famille. S'exprimant au cours des débats parlementaires, Edgar Faure met en évidence ce choix : *« Vous avez écarté le critère fondamental du sexe pour le remplacer par celui non moins fondamental de la charge de maternité. C'est un choix, mais on peut raisonner autrement. Vous avez estimé, étant donné les espérances de vie et la durée différente du temps de travail pour les femmes, que vous ne deviez pas vous arrêter au seul critère du sexe. Vous (...) avez retenu le critère de la femme en tant que mère de famille élevant ses enfants au foyer »²⁰.*

A l'origine le projet de loi concernait les mères de famille ayant élevé au moins trois enfants, mais un amendement accorde la majoration à partir de deux enfants. A cette occasion, le caractère familial et nataliste de la réforme est là encore clairement affiché par les auteurs de l'amendement : *« Nous considérons que les dispositions (...) sont trop restrictives, en ce sens qu'elles privent de la majoration un nombre trop important de mères dont la situation est digne d'intérêt. Aussi souhaitons-nous que les avantages que vous voulez accorder, dans un dessein particulièrement louable, aux mères de trois enfants soient étendues aux mères de famille ayant élevé deux enfants. Tel est le sens de notre amendement, qui, en étendant le champ d'application de la mesure envisagée, lui conservera, pour des raisons natalistes, son caractère familial »²¹.*

Cette ambivalence des fondements de la loi « Boulin » concerne plus généralement l'ensemble des majorations ou bonifications de durée d'assurance aujourd'hui en vigueur dans les différents régimes de retraite. Elle est mise en lumière lorsque ces avantages sont examinés au regard du droit communautaire.

¹⁷ Exposé des motifs du projet de loi portant diverses dispositions en vue d'améliorer la situation des familles, Assemblée nationale, 26 octobre 1971, n°2030.

¹⁸ Robert Boulin, Assemblée nationale, Débat, 1^{er} décembre 1971, n°6244.

¹⁹ Jacques Henriot, Sénat, Débat, 13 décembre 1971, n°2996.

²⁰ Edgar Faure, Assemblée nationale, Débat, 1^{er} décembre 1971, n°6265.

²¹ Christian Poncelet, Assemblée nationale, Débat, 2 décembre 1971, n°6309.

B. L'examen des fondements des majorations et bonifications de durée d'assurance à la lumière de l'affaire Griesmar ; la notion d'éducation des enfants

Le tableau en annexe dresse une liste des majorations et bonifications de durée d'assurance dans les différents régimes de retraite et donne une description de ces dispositifs.

Dans la fonction publique, la majoration de durée d'assurance était égale à un an par enfant jusqu'à la loi du 21 août 2003 et ne concernait que les femmes. Ce dispositif a dû tenir compte des exigences posées par la jurisprudence communautaire en matière d'égalité hommes-femmes. L'arrêt Griesmar, rendu par la Cour de justice des Communautés européennes le 29 novembre 2001²², a imposé, en effet, l'extension du dispositif de la majoration pour enfants aux hommes, pour respecter le principe d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes, tel qu'il a été interprété par la Cour.

Retenant le critère tiré de la constatation que la pension est versée au travailleur en raison de la relation de travail entre l'intéressé et son ancien employeur, c'est-à-dire le critère de l'emploi, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré que les pensions servies au titre du régime français de retraite des fonctionnaires constituaient des « rémunérations » au sens de l'article 119 du Traité instituant la Communauté européenne (devenu depuis article 141) et devaient, en conséquence, respecter le principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins prévu par cet article.

De l'analyse du dispositif et des argumentaires produits par le gouvernement français, le juge communautaire a déduit, par ailleurs, que la bonification n'était pas liée à la période de maternité, mais à celle consacrée à l'éducation des enfants, aucun lien n'étant établi entre la bonification en cause et un désavantage subi par les femmes fonctionnaires du fait d'un éloignement du service pendant la période qui suit l'accouchement ou du fait d'un congé de maternité ou d'adoption²³. En conséquence, du point de vue du droit communautaire, les hommes fonctionnaires ne pouvaient être exclus du bénéfice de la bonification dès lors qu'ils parvenaient à prouver qu'ils avaient bien assumé l'éducation de leurs enfants.

A la suite de l'arrêt Griesmar de la CJCE, le Conseil d'Etat a rendu sa décision le 29 juillet 2002 et a considéré que l'article L. 12 b du Code des pensions civiles et militaires était incompatible avec le principe d'égalité des rémunérations en tant qu'il excluait les pères du bénéfice de la bonification. Il a jugé que la preuve de l'éducation de l'enfant par le père n'était pas nécessaire pour bénéficier de la bonification. Cette position a été confirmée dans l'arrêt Llorca du 26 février 2003.

En effet, selon Francis Lamy, commissaire du gouvernement dans l'arrêt Griesmar, « *il n'y a à la vérité pas de preuve proprement dite à exiger (...) puisqu'il y a une présomption très forte et même légale qu'il a bien assumé l'éducation de ses enfants* ».

La présomption légale est fondée sur l'article 371-2 du Code civil, « *l'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à cet égard un droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation* », et sur l'article 203 du Code civil, « *les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leur enfants* » ;

²² Cette jurisprudence a été appliquée par le Conseil d'Etat dans l'arrêt Griesmar du 29 juillet 2002.

²³ Points 47 à 53 de l'arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar, Aff. C 366/99.

En d'autres termes, « pour dire que M. Griesmar ne remplit pas les conditions pour bénéficier de l'article L. 12 b, il reviendrait donc en réalité à l'administration d'apporter la preuve qu'il n'a pas respecté l'obligation qui était la sienne comme père et époux en vertu du Code civil ou encore qu'il a été déchu de l'autorité parentale ».

L'éducation de l'enfant est, en effet, un des attributs de l'autorité parentale. Les pères et mères sont titulaires de l'autorité parentale qu'ils exercent en commun (article 372 alinéa 1 du Code civil). Qu'ils soient mariés ou non, les parents sont placés sur un pied d'égalité. En droit civil, l'autorité parentale renvoie à un ensemble de droits et de devoirs (article 371-1 du Code civil) jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant : si l'autorité est source pour les parents de prérogatives, ce pouvoir se double d'obligations. Les manquements aux devoirs de l'autorité parentale exposent d'ailleurs le parent à des sanctions de nature civile ou pénale²⁴. Mais, ce qui doit porter ici l'intérêt entre toutes les sanctions qui menacent les parents, c'est celles qui affectent l'attribution et l'exercice de l'autorité parentale et qui sont prévues aux articles 378 et suivants du code civil : le retrait total ou le retrait partiel de l'autorité parentale²⁵.

C'est précisément sur ce droit et ce devoir d'éducation et sa contrepartie qui est la menace de la déchéance ou du retrait que l'on peut fonder une présomption de l'éducation de l'enfant par le père ou la mère. Le raisonnement est le suivant : le parent qui s'abstient d'user de ses droits qui sont aussi, et peut-être surtout des obligations, peut être déchu de l'autorité parentale ; dès lors le parent qui demeure titulaire de l'autorité parentale est présumé l'exercer, charge éventuellement à l'administration d'apporter la preuve contraire. En d'autres termes, l'exercice des attributs de l'autorité parentale est en quelque sorte consubstantiel au fait d'en être titulaire. Par ailleurs, parce que du point de vue de l'autorité parentale, les pères et mères sont placés en principe dans une situation égalitaire, il n'y a pas de fondement à une distinction de la charge de la preuve en fonction du sexe, seule la filiation et la condition de parent sont ici en cause.

Mais une observation peut être faite. L'éducation et l'entretien de l'enfant, au sens du Code civil, correspondent à un ensemble de choix décisifs liés à la vie de l'enfant tels que l'instruction (choix du type d'établissement scolaire, public ou privé), l'orientation professionnelle, la formation morale, l'éducation religieuse. Ils relèvent de la direction de l'enfant dans le développement de sa personnalité et ne sont pas le fait de s'acquitter de tâches domestiques concrètes liées au fait de s'occuper d'un enfant. L'usage traditionnel dans la jurisprudence civile de l'expression « compromettre (...) la moralité ou l'éducation de l'enfant mineur » lorsque le père ou la mère se soustrait à ses obligations légales tenant à l'autorité parentale renvoie bien à une mission de direction générale. De même, en cas de

²⁴ Des sanctions pénales peuvent frapper la négligence des parents. En particulier, l'incrimination de mise en péril de mineur, prévue à l'article 227-17 du Code pénal, punit le fait pour le père ou la mère de se soustraire à ses obligations légales (par exemple en abandonnant physiquement le foyer) « au point de compromettre gravement la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur » et la déchéance de l'autorité parentale peut être prononcée.

²⁵ Le retrait, qui correspond à l'ancienne déchéance, peut être prononcé par une disposition expresse du jugement pénal, peine accessoire des père et mère soit comme auteurs, coauteurs ou complices d'un crime ou d'un délit commis sur la personne de leur enfant ou par leur enfant. A titre principal, en dehors de toute condamnation pénale, la déchéance peut être prononcée par le tribunal civil de grande instance à l'encontre des parents qui, par de mauvais traitements ou de pernicieux exemples ou même un manque de soins ou de direction, compromettent la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant. Le retrait partiel se distingue du retrait total en ce qu'il consiste seulement à supprimer certains attributs de l'autorité parentale, le parent sanctionné est toujours titulaire de l'autorité parentale pour le reste.

séparation entre les parents, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, prévue par l'article 373-2-2 du Code civil et qui est versée par l'un des parents à l'autre, correspond aux frais exposés au profit de l'enfant et non à la rétribution du temps passé à s'occuper d'un enfant²⁶.

Or, dans la décision Griesmar de la Cour de justice des Communautés européennes, l'idée est que le fonctionnaire masculin qui aurait effectivement assumé l'éducation de son enfant, indépendamment de la question de savoir si la preuve doit être exigée, doit pouvoir bénéficier de l'avantage prévu : « (...) *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 assument 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* »²⁷. En d'autres termes, l'éducation a ici un sens concret, c'est le fait de s'occuper de son enfant et que ce temps passé est susceptible d'entraîner des désavantages de carrière.

La polysémie du vocable éducation, la confusion qu'elle entraîne et l'application conjuguée des principes posés par l'arrêt Griesmar de la Cour de justice des Communautés européennes et de notre droit interne conduisent à une certaine automaticité du bénéfice de la bonification pour les pères. Le législateur est dès lors intervenu pour tenir compte des exigences posées par la jurisprudence communautaire, en ajoutant une condition d'interruption d'activité. La réforme de 2003 a, en effet, accordé à l'ensemble des fonctionnaires, hommes ou femmes, une bonification d'un an pour chacun de leurs enfants nés ou adoptés avant le 1er janvier 2004, sous réserve qu'ils aient interrompu leur activité pendant au moins 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, ou d'une disponibilité pour élever un enfant de moins de huit ans. Pour les enfants qui naissent après le 1^{er} janvier 2004, la bonification pour enfant est remplacée par une validation des années d'interruption d'activité pour s'occuper de l'enfant, jusqu'à trois ans par enfant.

²⁶ Ainsi, selon l'alinéa 3 de l'article 373-2-2 du Code civil, « *cette pension peut en tout ou partie prendre la forme d'une prise en charge directe de frais exposés au profit de l'enfant* ».

²⁷ Point 56 de l'arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar, affaire C 366/99.

LES DISPOSITIFS DE MAJORATION ET DE BONIFICATION DE DUREE D'ASSURANCE

DANS LE REGIME GENERAL ET LA FONCTION PUBLIQUE

Dispositif	Législation	Régimes concernés	Majoration / validation / bonification	Femmes / hommes	Enfants concernés par le dispositif	Condition d'interruption d'activité	Règles de cumul
Majoration de durée d'assurance (MDA)	Articles L. 351-4 et D. 351-1-7 du Code de la sécurité sociale	Régime général	Majoration d'un trimestre pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant dans la limite de 8 trimestres (2 ans).	Femmes	Enfants légitimes, naturels ou adoptés	Non, néanmoins conditions cumulatives d'éducation et de charge.	Voir validation de durée d'assurance ci-dessous.
Validation de durée d'assurance	Article L. 351-5 du Code de la sécurité sociale	Régime général	Majoration égale à la durée effective du congé (jusqu'à 3 ans par enfant)	Femmes et hommes	Enfants légitimes, naturels ou adoptés	Oui, le dispositif concerne les parents ayant obtenu un congé parental d'éducation.	Elle prime sur la MDA si son application est plus favorable.
Validation au titre d'enfants handicapés	Article L. 351-4-1 du Code de la sécurité sociale	Régime général	Validation d'un trimestre par période d'éducation de 30 mois dans la limite de 8 trimestres (2 ans).	Femmes et hommes	Enfants ouvrant droit à l'allocation d'éducation de l'enfant handicapé et à son complément	Non, néanmoins conditions de charge effective et permanente.	Elle peut se cumuler, le cas échéant, avec la MDA.
Bonification de durée d'assurance pour chaque enfant né ou adopté avant le 1 ^{er} janvier 2004	Articles L. 12 b et R. 13 du Code des pensions civiles et militaires	Régimes de la fonction publique et régimes spéciaux	Bonification d'un an par enfant. Cependant, dans certains régimes (ex. EDF-GDF), deux enfants ouvrent droit à une majoration de 3 ans.	Femmes et hommes (Loi du 21 août 2003 suite à l'arrêt Griesmar)	Enfants légitimes ou naturels nés ou adoptés avant le 1 ^{er} janvier 2004	Oui Aux termes de l'article R. 13 du Code des pensions civiles et militaires, les interruptions d'activité prises en compte sont le congé pour maternité, le congé pour adoption, le congé parental, le congé de présence parentale ou la disponibilité pour élever un enfant de moins de 8 ans.	
Prise en compte gratuite des interruptions ou de réduction d'activité pour les enfants nés ou adoptés après le 1 ^{er} janvier 2004	Article L. 9 du Code des pensions civiles et militaires	Régimes de la fonction publique	Prise en compte gratuite des interruptions d'activité liée à l'éducation d'un enfant (jusqu'à 3 ans).	Femmes et hommes	Enfants légitimes ou naturels nés ou adoptés à compter du 1 ^{er} janvier 2004	Oui Aux termes de l'article L. 9 du Code des pensions civiles et militaires, sont pris en compte le temps partiel de droit pour élever un enfant, le congé parental, le congé de présence parentale ou la disponibilité pour élever un enfant de moins de 8 ans.	Voir la majoration de six mois liée à l'accouchement après le recrutement dans la fonction publique ci-dessous.

Bonification de durée d'assurance des femmes ayant accouché au cours de leurs années d'études antérieurement à leur recrutement dans la fonction publique	Article L. 12 b bis du Code des pensions civiles et militaires	Régimes de la fonction publique	Les femmes qui ont accouché pendant leurs études bénéficient de la bonification d'un an à condition qu'elles aient été recrutées dans les 2 ans après l'obtention du diplôme nécessaire pour se présenter au concours.	Femmes	Enfants nés avant le recrutement dans la fonction publique	Non	
Majoration pour l'éducation d'un enfant handicapé	Article L. 12 ter du Code des pensions civiles et militaires	Régimes de la fonction publique	Majoration de durée d'assurance d'un trimestre par période d'éducation de 30 mois (dans la limite de 4 trimestres).	Femmes et hommes	Enfants de moins de 20 ans atteints d'une invalidité égale ou supérieure à 80%	Non	Cette majoration s'ajoute aux autres dispositifs.
Majoration de six mois liée à l'accouchement	Article L. 12 bis du Code des pensions civiles et militaires	Régimes de la fonction publique	Majoration de durée d'assurance de 2 trimestres par enfant.	Femmes	Enfants nés après le recrutement dans la fonction publique	Non	Cette majoration est destinée aux femmes qui n'interrompent pas leur activité au-delà de la durée légale du congé maternité pour la naissance d'un enfant. Pour cette raison, elle ne peut être cumulée avec la prise en compte gratuite des interruptions d'activité, présentée ci-dessus, si cette dernière est d'une durée égale ou supérieure à 6 mois.