

CONSEIL D'ORIENTATION DES RETRAITES

Séance plénière du 28 mars 2007 à 9 h 30

« Eléments de constat sur les droits conjugaux et familiaux en France et à l'étranger,  
analyse juridique du principe d'égalité entre hommes et femmes »

<b>Document N°15</b>
----------------------

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

**Quelle égalité entre les hommes et les femmes ?  
Analyse du droit européen et du droit interne français  
Les conséquences en matière de retraite dans les régimes  
de fonction publique et le régime général**

*Secrétariat général du Conseil d'orientation des retraites*

**Quelle égalité entre les hommes et les femmes ?**  
**Analyse du droit européen et du droit interne français**  
**Les conséquences en matière de retraite dans les régimes**  
**de fonction publique et le régime général**

La notion d'égalité, simple dans son énoncé et sa perception première, recouvre en réalité des modalités d'application et des traductions juridiques très différentes. L'existence d'au moins deux types de rapport d'égalité et, par conséquent, l'ambivalence du principe d'égalité apparaît très clairement dans la formulation de l'article 6 de la Déclaration de 1789. L'égalité commutative ou l'égalité-uniformité renvoie à une égalité absolue entre tous les citoyens qui doivent être traités uniformément : « *elle [la loi] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ». L'égalité distributive ou l'égalité-proportionnalité correspond à une égalité qui tient compte de la situation du citoyen la mettant en rapport avec celle des autres citoyens : « *tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités (...) selon leur mérite et sans autre distinction que leurs vertus et leurs talents* ».

Le principe d'égalité entre les hommes et les femmes ou de non-discrimination<sup>1</sup> selon les sexes est confronté à cette dualité d'approche. Se greffe en sus un débat philosophique, sociologique et biologique lié notamment à l'ontologie de la différence hommes / femmes, de la place des femmes dans la société et de la conception de la famille. Le droit positif n'est pas neutre à cet égard, il reflète les valeurs d'une société ou traduit une volonté politique de corriger des faits économiques et sociaux.

L'analyse du droit et, en particulier, celle des jurisprudences révèlent des approches distinctes de la mise en œuvre du principe d'égalité notamment entre le droit communautaire (I) et le droit interne français (II). L'application jurisprudentielle du principe aux droits familiaux en matière de retraite est aujourd'hui le produit complexe de l'interaction entre les Cours suprêmes européennes et nationales (III).

**I- Droit communautaire et jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes : « les femmes sont des hommes comme les autres »**

***A. Une législation communautaire presque exclusivement consacrée à l'égalité professionnelle***

L'article 141 (ex article 119) du Traité instituant la Communauté européenne interdit toute inégalité injustifiée de rémunération. En matière de rémunération, cette disposition est d'effet direct, c'est-à-dire qu'un citoyen peut s'en prévaloir devant les juridictions nationales sans qu'il soit nécessaire que des dispositions de droit communautaire dérivé soient adoptées.

Par-delà l'article 141, l'égalité entre les hommes et les femmes est également visée par l'article 2 du Traité instituant la Communauté européenne selon lequel la Communauté a pour

---

<sup>1</sup> Il convient de préciser qu'il n'y a pas véritablement de différences de sens entre les notions d'égalité et de non-discrimination, l'application de la seconde conditionnant la première ; l'égalité met davantage l'accent sur la finalité, alors que la non-discrimination est de l'ordre des moyens.

mission de promouvoir en son sein notamment l'égalité entre les hommes et les femmes ; selon l'article 3, la Communauté cherche à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes dans toutes ses politiques ; l'article 13 énonce qu'elle combat toute discrimination fondée, notamment, sur le sexe ; enfin, selon l'article 137, elle soutient et complète l'action des Etats membres dans plusieurs domaines, dont l'égalité entre les hommes et les femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail.

L'égalité hommes-femmes est ainsi inscrite dans le droit communautaire primaire (en l'espèce le Traité instituant la Communauté européenne). Des directives, règles de droit communautaire « dérivé », ont été adoptées à partir du milieu des années 1970. Si ces directives complètent l'article 119, alors en vigueur, elles ont pour fondement juridique l'article 100 relatif à la réalisation du Marché commun et l'article 235 du Traité de Rome qui accorde une « compétence balai » lorsque l'intérêt communautaire est en cause. Elles portent sur l'égalité de rémunération entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (directive 75/117/CEE du 10 février 1975), sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes pour l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles et les conditions de travail (directives 76/207 du 9 février 1976 et 2002/73/CE du 23 septembre 2002), sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978), sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale (directives 86/378 du 24 juillet 1986 et 96/97/CE du 20 décembre 1996), sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante y compris une activité agricole ainsi que sur la protection de la maternité (directive 86/613 du 11 décembre 1986), enfin sur la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (directive 97/80 du 15 décembre 1997).

Cette législation se rapporte presque exclusivement à l'égalité professionnelle. Il faut attendre la directive 2004/113 du 13 décembre 2004 pour voir aborder le domaine des relations non professionnelles. Cette directive interdit toute discrimination fondée sur le sexe dans l'accès et la fourniture de biens et de services.

### ***B. Une jurisprudence égalitariste hormis les cas de différences biologiques ou physiologiques et d'inégalités professionnelles***

Si ces textes prohibent les discriminations fondées sur le sexe et vont dans le sens d'une promotion de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, c'est surtout dans l'application jurisprudentielle du principe d'égalité qu'apparaît véritablement la logique égalitaire mise en œuvre.

En 1976, la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu que l'article 119 du Traité instituant la Communauté européenne, posant le principe de « *l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail* », était directement applicable<sup>2</sup>, ce qui emporte qu'il « *est susceptible d'être invoqué devant les juridictions nationales et [que] celles-ci ont le devoir d'assurer la protection des droits que cette disposition confère aux justiciables, notamment dans le cas de discriminations qui ont directement leur source dans des dispositions législatives nationales ou des conventions collectives de travail, ainsi que dans le cas d'une rémunération inégale*

---

<sup>2</sup> CJCE, 15 juin 1978, Defrenne, Aff. 149/77, Rec. p. 1365.

*des travailleurs féminins et masculins pour un même travail, lorsque celui-ci est accompli dans un même établissement ou service, public ou privé »<sup>3</sup>.*

L'égalité suppose l'absence de discrimination. Or, la discrimination peut être directe ou indirecte.

La discrimination directe est définie par la directive 2002/73/CE du 23 septembre 2002 comme « *la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable en raison de son sexe qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable* ». Constituent notamment une discrimination directe le versement de rémunérations différentes pour un travail de valeur égale<sup>4</sup>, l'exclusion des travailleurs d'un sexe de droits sociaux<sup>5</sup>, l'existence de conditions plus restrictives à l'égard d'un sexe pour obtenir le bénéfice d'une prestation, le refus d'embaucher une femme en raison de son état de grossesse<sup>6</sup>, ou son licenciement pour la même raison<sup>7</sup>.

La discrimination indirecte correspond à « *la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires* ». En d'autres termes, le fait notamment de refuser le bénéfice d'un régime de faveur à un groupe déterminé, dont on sait qu'il est composé très majoritairement de femmes (par exemple les travailleurs à temps partiel), sur des critères non formellement fondés sur le sexe, constitue une discrimination indirecte sauf s'il est démontré que la discrimination relève de considérations objectives et étrangères au sexe<sup>8</sup>. Ainsi, des considérations qui constitueraient de simples généralisations concernant certaines catégories de travailleurs, comme l'intégration moins grande dans l'entreprise des travailleurs à temps partiel ou le fait que les travailleurs à temps plein acquièrent plus vite les capacités et les compétences relatives à leurs capacités, ne permettent pas de dégager des critères objectifs et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe<sup>9</sup>. De même, la Cour a censuré une prime spéciale de fin d'année prévue par une convention collective. Cette gratification ne pouvait bénéficier aux personnes exerçant une activité salariée comportant un horaire inférieur à quinze heures par semaine et une rémunération ne dépassant pas une fraction d'une base mensuelle de référence. Or, cette exclusion touchait beaucoup plus les femmes, très majoritairement titulaires de ce type d'emplois. En conséquence, il y avait, selon la Cour, une discrimination indirecte fondée sur le sexe<sup>10</sup>.

Quelques dérogations au principe d'égalité de traitement sont néanmoins possibles. Les Etats membres peuvent exclure du champ d'application du principe « *les activités professionnelles et, le cas échéant, les formations y conduisant, pour lesquelles, en raison de leur nature ou*

<sup>3</sup> CJCE, 31 mars 1981, Jenkins, Aff. 96/80, Rec. p. 911.

<sup>4</sup> Par exemple CJCE, 27 mars 1980, Macarthys, Aff. 129/79, Rec. 1980 p. 1275; 6 juillet 1982, Commission contre Royaume-Uni, Aff. 61/81, Rec. 1982 p. 2601; 1er juillet 1986, Rummler, Aff. 237/85, Rec. 1986 p. 2101; 4 février 1988, Murphy, Aff. 157/86, Rec. 1988 p. 673.

<sup>5</sup> CJCE, 11 mars 1981, Worringham et Humphreys, Aff. 69/80, Rec. 1981 p. 767; 9 février 1982, Garland, Aff. 12/81, Rec. 1982 p. 359.

<sup>6</sup> CJCE, 8 novembre 1990, Dekker, Aff. C 177/88, Rec. I p. 3941.

<sup>7</sup> CJCE, 5 mai 1994, Habermann-Beltermann, Aff. C 421/92, Rec. 1994 I p. 1657.

<sup>8</sup> CJCE, 13 mai 1986, Bilka, Aff. 170/84, Rec. 1986 p. 1607.

<sup>9</sup> CJCE, 13 juillet 1989, Rinner-Kühn, Aff. 171/88, Rec. 1989 p. 2743 et CJCE, 7 février 1991, Nimz, Aff. C 184/89, Rec. 1991 I p. 2397.

<sup>10</sup> CJCE, 9 septembre 1999, Andrea Krüger contre Kreiskrankenhaus Ebersberg, Aff. C-281/97.

*des conditions de leur exercice, le sexe constitue une condition déterminante* » (art. 2 § 2 de la directive 76/207). La Cour de justice a ainsi jugé que l'accès à l'emploi de sage-femme pouvait être interdit aux hommes. Elle a également accepté que soient réservés exclusivement aux hommes les emplois de cuisinier dans les Royal Marines en raison de leur caractère qui diffère des autres unités des forces armées britanniques en ce sens que les cuisiniers peuvent être appelés à servir dans un groupe d'assaut<sup>11</sup>.

Ces dérogations ne peuvent viser que des activités spécifiques, elles doivent avoir une certaine transparence permettant un contrôle utile par la Commission et être susceptibles, en principe, d'adaptation à l'évolution sociale. Ne répond pas à ces exigences la pratique consistant à fixer, à l'occasion de chaque opération de recrutement dans un corps où seules certaines activités justifient le recours à la dérogation et en l'absence de tout critère objectif défini dans un texte législatif ou réglementaire, un pourcentage de postes attribué respectivement aux hommes et aux femmes<sup>12</sup>.

Seules les discriminations fondées sur une différence objective de situation peuvent être justifiées. Relèvent de cette catégorie les discriminations fondées sur des différences biologiques et physiologiques liées à l'état de grossesse ou de maternité (art. 2 § 3 de la directive 76/207; art. 4 § 2 de la directive 79/7; art. 5 § 2 de la directive 86/378; art. 8 de la directive 86/613). En effet, « *la grossesse, la naissance et la période d'allaitement sont des situations qu'un homme ne peut connaître et qui ne sauraient être assimilées à l'état d'un homme qui est père. La prise en compte de la maternité en tant que telle dans le calcul de la pension en vue de compenser des désavantages de carrière n'apparaît donc pas, en principe, constituer une discrimination injustifiée en raison du sexe* »<sup>13</sup>. De même, peuvent être réservés aux femmes l'octroi d'un congé supplémentaire de maternité<sup>14</sup> ou le bénéfice d'un congé en cas d'adoption d'un enfant<sup>15</sup>.

Les droits octroyés aux femmes en raison de qualités qui ne leur sont pas spécifiques, sont incompatibles, en revanche, avec le principe de l'égalité de traitement. L'interdiction du travail de nuit des femmes, afin de les protéger de risques (agression, manque de sommeil, nervosité) qui ne sont pas différents par leur nature de ceux auxquels sont également exposés les hommes, est contraire au principe d'égalité de traitement dès lors qu'il n'existe aucune interdiction du travail de nuit pour les hommes<sup>16</sup>. Néanmoins, le travail de nuit peut être interdit aux femmes enceintes<sup>17</sup>. Ces règles communautaires s'imposent aux Etats membres sauf si l'interdiction du travail de nuit des femmes relève d'une obligation résultant d'une convention internationale conclue avec des Etats tiers antérieurement à l'entrée en vigueur du traité communautaire<sup>18</sup>.

<sup>11</sup> CJCE, 26 oct. 1999, Sirdar, aff. C-273/97, Rec. 1999 I p. 7403.

<sup>12</sup> CJCE, 30 juin 1988, Commission c. France, Aff. 318/86, Rec. 1988 p. 3559, pour les emplois dans la police nationale et dans l'administration pénitentiaire.

<sup>13</sup> Conclusion de l'avocat général M. Siegbert Alber sur l'affaire Griesmar, point 71, Rec. P. I-9406

<sup>14</sup> CJCE, 12 juillet 1984, Hoffmann, Aff. 184/83, Rec. 1984 p. 3047.

<sup>15</sup> CJCE, 26 octobre 1983, Commission contre Italie, Aff. 163/82, Rec. 1983 p. 3273. Aux termes de l'arrêt, cette distinction entre le père adoptif et la mère adoptive se justifie par « *le souci légitime d'assimiler dans la mesure du possible les conditions d'entrée de l'enfant dans la famille adoptive à celles de l'arrivée du nouveau-né dans la famille, pendant cette période très délicate* ».

<sup>16</sup> CJCE, 25 juillet 1991, Stoekel, Aff. C 345/89, Rec. 1991 I p. 4047.

<sup>17</sup> CJCE, Habermann-Beltermann, précité.

<sup>18</sup> CJCE, 2 août 1993, Levy, Aff. C 158/91, Rec. 1991 I p. 4287.

Les discriminations peuvent cependant être justifiées si elles sont de nature à faire avancer la cause de l'égalité des sexes dans l'accès et la carrière professionnelle<sup>19</sup>. Mais l'égalité professionnelle dont il s'agit est une égalité des chances et non de résultat. L'article 2 § 4 de la directive 76/207 qui réserve l'application des mesures nationales « *visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes* » a fait l'objet d'une première application dans l'arrêt rendu par la Cour de justice le 17 octobre 1995. La Cour a considéré contraire à l'égalité de traitement une réglementation nationale qui accorde automatiquement, à qualifications égales, une priorité aux candidats féminins dans les secteurs dans lesquels les femmes sont sous-représentées. Le juge communautaire établit une ligne de partage entre les mesures visant à promouvoir l'égalité des chances, seules compatibles, et celles, interdites, qui s'inscrivent dans une logique de résultat. Si l'article 2 § 4 de la directive 76/207 « *autorise des mesures nationales dans le domaine de l'accès à l'emploi, y compris la promotion, qui, en favorisant spécialement les femmes, ont pour but d'améliorer leur capacité de concourir sur le marché du travail et de poursuivre une carrière sur un pied d'égalité avec les hommes* », « *une réglementation nationale qui garantit la priorité absolue et inconditionnelle aux femmes lors d'une nomination ou promotion va au-delà d'une promotion de l'égalité des chances (...) dans la mesure où (elle) vise à établir une égalité de représentation des femmes par rapport aux hommes (...) auquel seule la mise en oeuvre d'une telle égalité des chances pourrait aboutir* »<sup>20</sup>.

Un tempérament à la rigueur de la règle posée par cette jurisprudence a été introduit dans l'arrêt Marschall<sup>21</sup>. Celui-ci déclare compatible, en effet, une réglementation nationale qui comporte une clause d'ouverture garantissant aux candidats masculins, ayant une qualification égale à celle des candidats féminins, que les candidatures font l'objet d'une appréciation objective tenant compte de tous les critères relatifs à la personne des candidats et écartant la priorité accordée aux candidats féminins, lorsqu'un ou plusieurs de ces critères font pencher la balance en faveur du candidat masculin. Le juge communautaire se livre à un contrôle de proportionnalité le conduisant à déclarer incompatibles les seules législations accordant aux femmes une priorité absolue et inconditionnelle. Cette orientation jurisprudentielle a trouvé confirmation dans d'autres arrêts<sup>22</sup>.

### ***C. L'arrêt Griesmar ou la non prise en compte de réalités sociologiques ou statistiques***

Lorsque, en revanche, les discriminations quittent le champ de la promotion professionnelle et s'inscrivent dans un schéma traditionnel de partition des rôles entre l'homme et la femme, elles portent atteinte au principe de non-discrimination tel qu'il est interprété par la Cour de Luxembourg. L'arrêt Griesmar<sup>23</sup> illustre cette approche.

---

<sup>19</sup> Le traité d'Amsterdam a manifesté la volonté d'inscrire la promotion de l'égalité dans une démarche davantage volontariste. L'article 141 comprend désormais un paragraphe 4 selon lequel « (...) le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle ».

<sup>20</sup> CJCE, 17 octobre 1995, Kalanke, Aff. C 450/93, Rec. 1995 I p. 3051.

<sup>21</sup> CJCE, 11 novembre 1997, Marschall, Aff. C 409/95, Rec. 1997 I p. 6363.

<sup>22</sup> CJCE, 28 mars 2000, Badeck, Aff. C 158/97, Rec. 2000 I p. 1875; Voir aussi CJCE, 6 juillet 2000, Anderson, aff. C-407/98, Rec. 2000 I p. 5539.

<sup>23</sup> CJCE, 29 novembre 2001, Griesmar, Aff. C 366/99.

Saisie d'une question préjudicielle<sup>24</sup> par le Conseil d'Etat français, la Cour de justice des Communautés européennes devait se prononcer sur la compatibilité de l'article L. 12-b du Code des pensions civiles et militaires avec le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes.

Les questions qui se posaient étaient celles de savoir si les pensions servies par le régime français de retraite des fonctionnaires pouvaient être assimilées à des rémunérations au sens de l'article 119 du Traité CE (devenu depuis article 141) et si l'octroi des droits prévus à l'article L. 12-b du Code des pensions civiles et militaires<sup>25</sup> exclusivement aux femmes était une mesure discriminatoire injustifiée au regard du droit communautaire.

Sur la question du champ d'application de l'article 119, il faut entendre par rémunération, selon les termes de l'article, « *le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier* ».

Dans l'arrêt Defrenne du 25 mai 1970<sup>26</sup>, la Cour avait considéré que n'étaient pas inclus dans la notion de rémunération, au sens de l'article 119, les régimes ou prestations de sécurité sociale directement réglés par la loi à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle intéressée et qui sont obligatoirement applicables à des catégories générales de travailleurs. Pour autant, le fait qu'un régime est directement fixé par la loi ne suffit pas à l'exclure du champ d'application de l'article 119. La Cour a ainsi précisé dans l'arrêt Defrenne II du 8 avril 1976<sup>27</sup> que, parmi les discriminations directes susceptibles d'être constatées à l'aide des seuls critères fournis par l'article 119, il faut compter notamment celles qui ont leur source dans des dispositions de nature législative.

L'applicabilité de l'article 119 n'est pas non plus subordonnée à la concertation entre les employeurs et les représentants des travailleurs, au caractère complémentaire des avantages accordés aux travailleurs par rapport aux prestations de sécurité sociale ou aux modalités de financement du régime de pension.

Pour la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'affaire Beune du 28 septembre 1994<sup>28</sup>, seul 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

---

<sup>24</sup> Prévue à l'article 234 du traité instituant la Communauté européenne, la procédure préjudicielle permet aux juridictions nationales de saisir la CJCE sur une question d'interprétation.

<sup>25</sup> Selon l'article L. 12, sous b), du Code des pensions civiles et militaires : « *Aux services effectifs s'ajoutent, dans les conditions déterminées par règlement d'administration publique, les bonifications ci-après : b) Bonification accordée aux femmes fonctionnaires pour chacun de leurs enfants légitimes, de leurs enfants naturels dont la filiation est établie ou de leurs enfants adoptifs et, sous réserve qu'ils aient été élevés pendant neuf ans au moins avant leur vingt et unième année révolue, pour chacun des autres enfants énumérés au paragraphe II de l'article L. 18* ». Les enfants visés à l'article L. 18, paragraphe II, du Code sont : « *Les enfants légitimes, les enfants naturels dont la filiation est établie et les enfants adoptifs du titulaire de la pension ; les enfants du conjoint issus d'un mariage précédent, ses enfants naturels dont la filiation est établie et ses enfants adoptifs ; les enfants ayant fait l'objet d'une délégation de l'autorité parentale en faveur du titulaire de la pension ou de son conjoint ; les enfants placés sous tutelle du titulaire de la pension ou de son conjoint, lorsque la tutelle s'accompagne de la garde effective et permanente de l'enfant ; les enfants recueillis à son foyer par le titulaire de la pension ou son conjoint, qui justifie, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État, en avoir assumé la charge effective et permanente* ».

<sup>26</sup> CJCE, 25 mai 1971, Defrenne, Aff. 80/70, Rec. p. 445.

<sup>27</sup> CJCE, 8 avril 1976, Defrenne II, Aff. 43/75, Rec. p. 455.

<sup>28</sup> CJCE, 28 septembre 1994, Beune, Aff. C-7/93, Rec. p. I-4471.

l'emploi, pouvait revêtir un caractère déterminant. Néanmoins, ajoute la Cour, ce critère n'a pas un caractère exclusif, puisque les pensions versées par des régimes légaux de sécurité sociale peuvent, en tout ou partie, tenir compte de la rémunération d'activité et échappent, pourtant, au champ d'application de l'article 119. *« Cependant, les considérations de politique sociale, d'organisation de l'Etat, d'éthique, ou même les préoccupations de nature budgétaire qui ont eu ou qui ont pu avoir un rôle dans la fixation, par le législateur national, d'un régime tel que le régime litigieux, ne sauraient prévaloir si la pension n'intéresse qu'une catégorie particulière de travailleurs, si elle est directement fonction du temps de service accompli, et si son montant est calculé sur la base du dernier traitement du fonctionnaire. La pension versée par l'employeur public est alors absolument comparable à celle que verserait un employeur privé à ses anciens salariés ».*

Sur la base de cette jurisprudence, la Cour a jugé dans l'affaire Griesmar que les fonctionnaires devaient être regardés comme une catégorie particulière de travailleurs, que la pension servie au titre du régime français de retraite des fonctionnaires était directement fonction du temps de service accompli et que son montant était calculé sur la base du traitement perçu par l'intéressé pendant les six derniers mois de son activité. En conséquence, les pensions servies au titre d'un régime tel que le régime français de retraite des fonctionnaires entraient dans le champ d'application de l'article 119.

Sur la question de savoir si le droit familial considéré constituait une différence de traitement en raison du sexe, la solution dépendait de la finalité du droit familial qui était accordé aux seules femmes. La bonification pouvait viser à compenser des désavantages professionnels qui résultaient soit de la maternité, soit de l'éducation des enfants. Selon l'hypothèse retenue, il convenait d'apprécier si les situations d'un fonctionnaire masculin et d'un fonctionnaire féminin étaient comparables.

De l'analyse du dispositif et des explications produites par le gouvernement français, la Cour en a déduit 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'adoption<sup>29</sup>.

En conséquence, 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.

Pour la Cour de justice des Communautés européennes, dans l'affaire Griesmar, la circonstance que les femmes fonctionnaires sont plus touchés par les désavantages professionnels résultant de l'éducation des enfants parce que ce sont les femmes qui, en général, assument cette éducation n'était pas de nature à fonder une différence objective de situation pouvant justifier une discrimination. La Cour s'était refusé à considérer les éléments d'ordre sociologique étayés par des statistiques<sup>30</sup>, alors même que la promotion de l'accès et de la carrière professionnels des femmes repose précisément sur des éléments sociaux de sous-représentation féminine. Elle s'intéresse au cas par cas et non à la généralité

---

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

<sup>30</sup> Utilisation plus fréquente du congé parental par les femmes qui aurait des conséquences sur le montant de la pension et la durée de la carrière plus courte en moyenne de deux ans que celles des hommes ; accès plus difficile aux postes de cadres ; etc.

statistique<sup>31</sup>. Le fonctionnaire masculin ayant assumé l'éducation de son enfant doit pouvoir bénéficier du droit familial 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* »<sup>32</sup>.

Il y a là un aspect majeur de la nature de l'appréciation portée par le juge sur l'existence d'une différence de situation entre les hommes et les femmes. S'agit-il de considérer les femmes comme un groupe déterminé pouvant justifier un traitement juridique différent dès lors que statistiquement, et donc collectivement, elles seraient placées dans une situation désavantageuse ? S'agit-il, au contraire, de ne considérer que les discriminations individuelles et celles qui concernent toutes les femmes en raison de différences physiologiques et biologiques<sup>33</sup> ? Dans cette dernière hypothèse, cela conduirait à sortir de l'appréciation sociologique étayée par des éléments statistiques, à refuser des réglementations spécifiques aux femmes et à nier leur appartenance à un groupe placé dans une situation collectivement distincte.

Il n'y a qu'en matière de discrimination indirecte et de discrimination positive que le juge communautaire se livre à une appréciation statistique de la différence de situation.

Lorsque un dispositif juridique refuse le bénéfice d'un régime de faveur à un groupe déterminé dont il peut être vérifié que dans ce groupe le pourcentage des femmes est considérablement plus élevé que celui des hommes, ce dispositif est susceptible d'être qualifié de discrimination indirecte. Or, c'est bien les considérations statistiques de composition du groupe qui permettent d'apprécier que le dispositif, apparemment neutre, désavantage *plus particulièrement* des personnes d'un sexe par rapport à des personnes de l'autre sexe.

---

<sup>31</sup> Or, le juge constitutionnel français, au sujet de la majoration de durée d'assurance dans le régime général au seul bénéfice des mères de famille [introduite par le I de l'article 32 de la loi du 21 août 2003, codifié à l'article L. 351-4 du Code de la sécurité sociale : « *Les femmes assurées sociales bénéficient d'une majoration de leur durée d'assurance d'un trimestre pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant, dans des conditions fixées par décret, dans la limite de huit trimestres par enfant* »] s'était précisément fondé sur des considérations statistiques, de durée moyenne d'assurance notamment, pour apprécier la différence de situation entre les hommes et les femmes et avait considéré que si « *l'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre, en principe, du sexe des parents (...) il appartenait au législateur de prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet ; qu'en particulier, elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants ; qu'ainsi, en 2001, leur durée moyenne d'assurance était inférieure de onze années à celle des hommes ; que les pensions des femmes demeurent en moyenne inférieures de plus du tiers à celles des hommes ; qu'en raison de l'intérêt général qui s'attache à la prise en compte de cette situation et à la prévention des conséquences qu'aurait la suppression des dispositions de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale sur le niveau des pensions servies aux assurées dans les années à venir, le législateur pouvait maintenir, en les aménageant, des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître* » (Considérants 24 et 25 de la décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003).

<sup>32</sup> Point 56 de l'arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar, Aff. C 366/99.

<sup>33</sup> La Cour a ainsi pu juger que le principe d'égalité des rémunérations ne s'opposait pas « *au versement d'une allocation forfaitaire aux seuls travailleurs féminins qui partent en congé maternité, dès lors que cette allocation est destinée à compenser les désavantages professionnels qui résultent pour ces travailleurs de l'éloignement* ». Ces désavantages, en termes de propositions de promotion, d'augmentations salariales liées à la performance ou de formations, sont inhérents au congé de maternité, ils concernent toutes les femmes enceintes partant en congé de maternité. Cette situation spécifique aussi bien en fait qu'en droit est une situation que l'homme ne connaîtra jamais. (CJCE, 16 septembre 1999, Abdoulaye, Aff. C-218/98, Rec. p. I-5723).

Toujours dans le sens d'une prise en compte de la situation des femmes prises en tant que groupe, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé, comme nous l'avons vu, que le principe d'égalité ne s'opposait pas, sous certaines conditions, à des mesures nationales instaurant un régime de faveur au bénéfice des femmes dès lors que celles-ci étaient sous-représentées dans des secteurs et que ces mesures étaient de nature à faire avancer la cause de l'égalité des sexes dans l'accession et la carrière professionnelle conformément aux principes posés par l'arrêt Marschall précédemment analysé.

Sur le fondement de la jurisprudence Griesmar, le juge administratif français, puis le législateur français, a étendu certains droits familiaux dans les régimes de fonction publique de retraite, accordés jusque-là aux seules femmes, aux hommes placés dans la même situation (voir III- A).

## **II- Le droit interne français : la loi est la même pour toutes les femmes, soit qu'elle les protège, soit qu'elle favorise leur égal accès**

### ***A. Une obligation de traiter de la même manière les situations identiques, une simple faculté de traiter différemment les situations différentes***

En droit public interne, le principe d'égalité a pour fondement diverses dispositions du bloc de constitutionnalité (Déclaration de 1789, Constitution de 1958). Le Conseil d'Etat a érigé ce principe en principe général du droit<sup>34</sup>, le Conseil constitutionnel lui a reconnu une valeur constitutionnelle<sup>35</sup>.

La jurisprudence constitutionnelle, confirmant la jurisprudence administrative, considère que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ». En revanche, le juge constitutionnel et le juge administratif ne se reconnaissent pas le pouvoir, *a contrario* de la jurisprudence communautaire<sup>36</sup>, d'imposer des traitements différenciés à des situations inégalitaires.

Ainsi, le principe d'égalité n'oblige pas à traiter différemment des situations dissemblables : « *le principe d'égalité ne saurait imposer au législateur, lorsqu'il s'efforce (...) de réduire les disparités de traitement en matière de protection sociale, de remédier concomitamment à l'ensemble des disparités existantes* »<sup>37</sup>. Cette approche de l'égalité du Conseil constitutionnel est partagée par la Cour de cassation<sup>38</sup> et le Conseil d'Etat qui ne reconnaît aucun droit aux administrés à exiger des traitements différenciés : « *Si, en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il*

---

<sup>34</sup> CE Sect., 9 mars 1951, Société des concerts du conservatoire, Rec. p. 151. Un principe général du droit est une règle de portée générale qui s'applique même en l'absence de texte et qui est mise à jour, et non créée, par le juge.

<sup>35</sup> CC, 12 juillet 1979, n°79-107 DC, Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, Rec. p. 31.

<sup>36</sup> « *La discrimination matérielle aurait consisté à traiter soit de manière différente des situations similaires, soit de manière identique des situations différentes* » (CJCE, 17 juillet 1963, Gouvernement de la République italienne c. Commission, Aff. 13-63, p. 360).

<sup>37</sup> CC, 23 juillet 1999, n°99-416 DC, Couverture maladie universelle, Rec. p. 100.

<sup>38</sup> Cass. soc. 24 mars 1998, Azad c. Chamsidine M'ze.

*n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* »<sup>39</sup>.

La différence de traitement doit être en rapport avec l'objet de la loi. Ainsi, le contrôle du caractère constitutionnel d'une disposition prévoyant une discrimination dépend des objectifs poursuivis par le législateur<sup>40</sup>. De même, le juge administratif tient compte de l'objectif poursuivi par l'auteur du texte.

En tant que sous-principe ou simple déclinaison du principe général d'égalité, le principe d'égalité entre les hommes et les femmes n'a pas de portée spécifique, à ceci près que le critère d'appréciation se porte sur l'existence d'une différenciation de situations entre les hommes et les femmes. Celle-ci peut être d'ordre biologique, physiologique, mais elle peut être également d'ordre économique ou social. Il suffit qu'elle s'appuie « *sur des critères objectifs et rationnels* »<sup>41</sup> ou sur l'intérêt général<sup>42</sup>. Aussi, la question de l'appréciation du principe d'égalité ne peut être détachée de celle du contrôle exercé par le juge sur les justifications des atteintes au principe d'égalité.

Mais, comme il l'a été évoqué à propos du principe d'égalité en général, la différence de situations entre les hommes et les femmes ne fonde aucun droit à un traitement juridique différencié. Il n'appartient pas au juge d'imposer des règles différentes pour des situations différentes.

### ***B. L'adoption récente de mesures visant à atteindre une égalité réelle entre les hommes et les femmes***

Seules les autorités normatives peuvent décider de rompre avec l'égalité formelle et d'édicter des mesures en faveur d'une égalité matérielle<sup>43</sup> sous le contrôle du juge. En ce sens, le législateur, puis le constituant, ont adopté des mesures en faveur d'une égalité réelle entre les hommes et les femmes.

La loi n°83-635 du 13 juillet 1983 relative à l'égalité entre les femmes et les hommes, modifiée par la loi n°2001-397 du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes a affirmé que le principe d'égalité ne faisait pas « *obstacle à l'intervention des mesures temporaires prises au seul bénéfice des femmes visant à établir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en particulier en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes* ».

La révision constitutionnelle du 8 juillet 1999 a inséré à l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 un alinéa supplémentaire selon lequel « *la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et aux fonctions électives* ».

---

<sup>39</sup> CE, 20 avril 2005, l'Union des familles en Europe.

<sup>40</sup> CC, 9 janvier 1980, n°79-112 DC ; CC, 30 décembre 1981, n°81-133 DC.

<sup>41</sup> CC, 28 décembre 1990, n°90-285 DC.

<sup>42</sup> A cet égard, si nous partons du principe selon lequel la loi, expression de la volonté générale, sert par essence l'intérêt général, le critère de l'intérêt général pour juger de la constitutionnalité de dispositions législatives peut apparaître surabondant.

<sup>43</sup> L'égalité formelle ou égalité devant la loi renvoie au principe selon lequel les mêmes règles juridiques doivent s'appliquer à des situations identiques. L'égalité substantielle ou matérielle, c'est-à-dire l'égalité par la loi, implique que des situations distinctes doivent être traitées juridiquement différemment.

Dans une décision récente, le Conseil constitutionnel a rappelé néanmoins que, en dehors de ce champ des élections politiques couvert par les dispositions constitutionnelles relatives à la parité, des dispositions instaurant des règles de composition contraignantes fondées sur le sexe étaient contraires au principe constitutionnel d'égalité :

*« (...) si la recherche d'un accès équilibré des femmes et des hommes aux responsabilités autres que les fonctions politiques électives n'est pas contraire aux exigences constitutionnelles rappelées ci-dessus, elle ne saurait, sans les méconnaître, faire prévaloir la considération du sexe sur celle des capacités et de l'utilité commune ; que, dès lors, la Constitution ne permet pas que la composition des organes dirigeants ou consultatifs des personnes morales de droit public ou privé soit régie par des règles contraignantes fondées sur le sexe des personnes ;*

Considérant qu'il s'ensuit qu'en imposant le respect de proportions déterminées entre les femmes et les hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance des sociétés privées et des entreprises du secteur public, au sein des comités d'entreprise, parmi les délégués du personnel, dans les listes de candidats aux conseils de prud'hommes et aux organismes paritaires de la fonction publique, les dispositions du titre III de la loi déferée sont contraires au principe d'égalité devant la loi ; qu'il y a lieu en conséquence de les déclarer contraires à la Constitution (...) »<sup>44</sup>.

### **III- Une application du principe d'égalité hommes-femmes aux droits familiaux en matière de retraite, produit de l'interaction entre les jurisprudences européennes et nationales**

Les femmes bénéficient d'une législation protectrice accordant un certain nombre de droits familiaux en matière de retraite. Se pose, dans un certain nombre de cas, la question de la compatibilité de ces mesures avec la législation européenne.

#### ***A. Une législation avantageuse pour les femmes dans les régimes de fonction publique « battue en brèche » par le droit communautaire : l'arrêt Griesmar et la réforme législative de 2003***

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 serait fondée sur l'article 371-1 du Code civil, « *l'autorité parentale (...) appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre*

---

<sup>44</sup> Considérants 15 et 16 de la décision n°2006-533 DC, 16 mars 2006, Loi relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes.

*son développement, dans le respect dû à sa personne (...)* », 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* ».

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 pénale<sup>45</sup>. 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 parentale<sup>46</sup>.

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 pourrait être 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 aurait 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

---

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> 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.

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 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 enfant<sup>47</sup>.

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 doit pouvoir bénéficier du droit familial 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* »<sup>48</sup>. 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 conduisaient, semble-t-il, 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 tout 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<sup>er</sup> 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. Dans la même perspective de mise en conformité avec le principe communautaire d'égalité entre hommes et femmes et sous conditions d'interruption d'activité fixées par décret, la loi de finances rectificative du 30 décembre 2004 permet un départ en retraite des pères et mères de trois enfants ayant au moins 15 ans de service, alors que ce droit était réservé jusqu'ici aux femmes.

Seuls les régimes assimilés à un régime « professionnel », à l'instar des régimes de fonction publique, relèvent du champ d'application du principe communautaire d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes au sens de l'article 141 du Traité instituant la Communauté européenne.

***B. Une législation avantageuse pour les femmes dans le régime général « ébréchée » par la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'elle a été récemment interprétée par la Cour de cassation : l'arrêt du 21 décembre 2006***

---

<sup>47</sup> 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* ».

<sup>48</sup> Point 56 de l'arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar, affaire C 366/99.

En tant que régime légal de sécurité sociale, le régime général n'est pas concerné par la jurisprudence Griesmar. Cependant, sur le fondement d'un autre texte européen, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation française a récemment étendu le bénéfice de la majoration de durée d'assurance, prévue dans le régime général, à un père ayant prouvé qu'il avait élevé seul un enfant.

L'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe (...)* ». En d'autres termes, les distinctions fondées sur le sexe ne sont interdites par la Convention européenne des droits de l'homme que lorsqu'elles concernent la jouissance de droits et de libertés reconnus par les autres dispositions de la Convention.

La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas cependant limité l'applicabilité de l'article 14 aux seules violations d'un article de la Convention européenne des droits de l'homme. Elle a construit son raisonnement en plusieurs étapes pour lui donner une portée plus large<sup>49</sup>.

La Cour européenne a une application du principe d'égalité prudente. « *Les Etats contractants disposent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations à d'autres égards analogues justifient des distinctions de traitement juridique* »<sup>50</sup>. La Cour contrôle le but recherché par les distinctions de traitement juridique, s'attache au respect du principe de proportionnalité entre les moyens employés et ce but et, enfin, recherche s'il existe une communauté de vues entre plusieurs Etats. Ainsi, elle « *retient que l'égalité de traitement est violée si la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »<sup>51</sup>.

Le contrôle opéré par la Cour européenne des droits de l'homme se situe dans le cadre d'une appréciation relative et évolutive du principe d'égalité, visant à refléter les systèmes de valeurs des Etats contractants à la Convention et à rechercher un dénominateur commun à leurs systèmes juridiques dans la mise en œuvre du principe d'égalité entre les hommes et les femmes.

Par ailleurs, la Cour européenne a estimé dans l'arrêt Thlimmenos contre Grèce<sup>52</sup> que le principe de non-discrimination<sup>53</sup> n'était pas seulement violé en cas de traitement différent à

---

<sup>49</sup> D'abord, une « *mesure conforme en elle-même aux exigences de l'article consacrant le droit ou la liberté en question peut cependant enfreindre cet article combiné avec l'article 14, pour le motif qu'elle revêt un caractère discriminatoire* » (CEDH, 23 juillet 1968, Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »). Ensuite, dans l'arrêt Marckx (CEDH, 13 juin 1979), la Cour a affirmé que l'article 14 joue « *un important rôle autonome en complétant les autres clauses normatives de la Convention et des Protocoles* ». Enfin, la Cour a étendu le champ d'application de l'article 14 aux droits sociaux.

<sup>50</sup> CEDH, 23 juillet 1968, Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique ».

<sup>51</sup> Ibidem.

<sup>52</sup> CEDH, 6 avril 2000, Thlimmenos c. Grèce.

<sup>53</sup> Il s'agissait en l'espèce d'une discrimination non fondée sur le sexe mais sur le droit à la vie privée.

des personnes se trouvant dans des situations analogues, mais qu'il était également « *transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes* ». En d'autres termes, à l'instar de la Cour de justice des Communautés européennes<sup>54</sup>, mais à la différence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat français, la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'absence de traitement différencié ne signifie pas l'absence de discrimination dès lors que les situations seraient différentes.

Dans un arrêt récent<sup>55</sup>, la Cour de cassation française s'est expressément fondée sur l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme pour considérer que les droits prévus à l'article L. 351-4 du Code de la sécurité sociale accordant aux femmes ayant élevé un ou plusieurs enfants une majoration de durée d'assurance devait également bénéficier aux hommes dès lors qu'ils apporteraient la preuve qu'ils ont élevé seuls un enfant.

La solution retenue n'est pas évidente. Au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les Etats contractants à la Convention jouissent d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer si et dans quelle mesure des différences entre des situations, à d'autres égards analogues, justifient des distinctions de traitement juridique. En particulier, l'existence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats est un facteur pertinent. Sur ce fondement, la Cour européenne a ainsi pu juger, dans l'arrêt Petrovic contre Autriche, que la législation autrichienne réservant aux seules mères de famille l'attribution d'une allocation de congé parental n'était pas discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme parce que notamment la majorité des Etats contractants ne prévoyait pas le versement d'une allocation de congé parental au père<sup>56</sup>.

Le raisonnement qui a été suivi, en l'espèce, par la Cour de cassation était de considérer que le dispositif de la majoration de durée d'assurance revêtait un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>57</sup>. Dès lors, une différence de traitement entre hommes et femmes ayant élevé des enfants dans les mêmes circonstances ne pouvait être admise qu'en présence d'une justification objective et raisonnable.

En l'espèce, la Cour de cassation a jugé qu'il n'existait « *aucun motif de faire une discrimination entre une femme qui (n'avait) pas interrompu sa carrière pour élever ses enfants et un homme qui (apportait) la preuve qu'il (avait) élevé seul un enfant* ».

Toutes choses étant égales par ailleurs, il y a un élément de similitude dans le raisonnement poursuivi par la Cour de cassation et celui de la Cour de justice des Communautés européennes dans la décision Griesmar. Dans l'appréciation du caractère objectif et raisonnable<sup>58</sup> de la justification fondant la différence de traitement entre hommes et femmes, la Cour de cassation s'est en effet attachée à considérer la situation individuelle du père qui aurait élevé seul un enfant sans prise en compte de la situation globale des femmes par rapport à celle des hommes. Il s'agit d'une comparaison entre la situation individuelle d'une femme qui bénéficierait de la majoration et celle d'un homme placé dans les mêmes circonstances.

---

<sup>54</sup> Cf. CJCE, 17 juillet 1963, Gouvernement de la République italienne c. Commission, Aff. 13-63 précité.

<sup>55</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 21 décembre 2006.

<sup>56</sup> CEDH, 27 mars 1998, Petrovic c. Autriche.

<sup>57</sup> Aux termes de l'article premier du Protocole additionnel n°1 à la Convention européenne des droits de l'homme : « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens (...)* ».

<sup>58</sup> Selon la terminologie employée par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence.

C'était précisément cette approche qui avait été retenue par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt Griesmar<sup>59</sup>.

Sur la question de savoir si la preuve de l'éducation de l'enfant devait être exigée de la part du père pour qu'il puisse bénéficier de la majoration de durée d'assurance, le raisonnement poursuivi par la Cour de cassation se distingue de celui du Conseil d'Etat. Selon la Cour de cassation, il n'existe aucun motif de faire une discrimination dès lors que le père apporte la preuve qu'il a élevé seul son enfant. Le Conseil d'Etat avait considéré, sur le fondement des dispositions du Code civil, que l'exercice de l'autorité parentale présuait l'éducation de l'enfant et qu'en conséquence la preuve ne devait pas être apportée par le père. Sans revenir sur l'analyse précédente concernant la notion d'éducation telle qu'elle peut être différemment comprise (voir III- A), est ici mise en évidence la divergence implicite d'interprétations qui existerait entre le Conseil d'Etat et la Cour de cassation au sujet de la présomption d'éducation de l'enfant liée à l'exercice de l'autorité parentale. Cette divergence perd en partie de son intérêt avec l'intervention du législateur en 2003 qui a étendu aux hommes le bénéfice des droits familiaux dans les régimes de la fonction publique.

Reste à connaître la portée exacte de l'arrêt de la Cour de cassation et des suites jurisprudentielles que l'on pourrait attendre. A ce stade, la solution de l'arrêt est circonscrite aux pères qui peuvent effectivement apporter la preuve qu'ils ont élevé seuls un enfant. Il est permis, néanmoins, de se demander si cette preuve ne peut pas être apportée dans d'autres circonstances. Aux termes de l'article D. 351-1-7 du Code la sécurité sociale, qui précise les conditions d'application de la majoration de durée d'assurance prévue à l'article L. 351-4, « *sont considérées comme ayant élevé un enfant les assurées qui ont assumé sa prise en charge effective et permanente au sens de l'article L. 521-2* ». Selon les dispositions de ce dernier article qui concerne les allocations familiales, « *les allocations sont versées à la personne qui assume, dans quelques conditions que ce soit, la charge effective et permanente de l'enfant. En cas de résidence alternée de l'enfant au domicile de chacun des parents (...), les parents désignent l'allocataire. Cependant, la charge de l'enfant pour le calcul des allocations familiales est partagée par moitié entre les deux parents soit sur demande conjointe des parents, soit si les parents sont en désaccord sur la désignation de l'allocataire* ». Ainsi, par exemple, dans le cas d'une résidence alternée, on pourrait se demander si les mêmes règles ne devraient pas s'appliquer s'agissant de la majoration de durée d'assurance, c'est-à-dire soit une désignation par les parents du bénéficiaire de la majoration, soit un partage de cette majoration sur demande conjointe des parents ou en cas de désaccord. De manière générale, puisque le juge s'attacherait à l'examen des situations individuelles, c'est au cas par cas que cette preuve de l'éducation ou de la prise en charge effective et permanente de l'enfant serait considérée comme ou non apportée par un père au regard, semble-t-il, du fait qu'une mère placée dans la même situation bénéficierait ou non de la majoration de durée d'assurance. En tout état de cause, il est encore trop tôt pour avoir une idée exacte des contours de cette jurisprudence, mais elle est susceptible d'engendrer des conséquences importantes.

---

<sup>59</sup> Point 56 de l'arrêt du 29 novembre 2001, Griesmar, affaire C 366/99.