

RESUME : Après la condamnation de la France pour inégalité de traitement fondée sur le sexe par les arrêts **GRIESMAR** et **MOUFLIN** de la Cour de Justice Européenne de Luxembourg en 2001, la Loi « Fillon » d'août 2003 et la loi de finance rectificative du 30.12.2004 ont maintenu une discrimination indirecte en défaveur des fonctionnaires hommes pour leur admission à la retraite anticipée comme pères de trois enfants ou la bonification de pension de 2% par enfant. Par des dispositions expressément rétroactives et en fixant des conditions d'interruption d'activité que seules les mères peuvent remplir en pratique, le législateur maintient des avantages familiaux au profit fonctionnaires féminins et donc une discrimination indirecte prohibée par l'Europe au détriment des fonctionnaires pères de famille plongés dans la plus grande insécurité juridique. Ce dispositif ayant été validé par une jurisprudence constante du Conseil Constitutionnel et surtout du Conseil d'Etat malgré la jurisprudence claire de la Cour de Justice Européenne contraint les intéressés à déposer des demandes et des recours juridiquement pertinents, longs et difficiles, dont un recours indemnitaire « nouveau » destiné à contraindre les juges français à saisir non-seulement la Cour Européenne des Droits de l'Homme, mais en dernier lieu la Cour de Justice Européenne qui a rendu les arrêts **GRIESMAR** et **MOUFLIN**. Ainsi, Maître Madignier propose de les assister dès le démarrage pour engager, si nécessaire, trois recours de manière « parallèle, soit :

- Un recours individuel classique en matière de pensions devant le tribunal administratif, sans aller au Conseil d'Etat inutile et coûteux.
- Un recours individuel devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme située à Strasbourg, doublé d'une « plainte » à la Commission Européenne de Bruxelles toujours en cours.
- Un recours « indemnitaire » pour violation du droit communautaire par l'Etat (responsabilité du fait des lois) voire par les juridictions françaises pour que la Cour de Justice Européenne soit (enfin) saisie du recours, en passant par la saisine du Garde des Sceaux, du tribunal administratif, de la cour d'appel administrative voire du conseil d'Etat.

L'ensemble de ces recours sera facturé entre 2.000€ et 3.000€ d'honoraires fixes, selon les cas et les étapes qui auront dû être franchies, et des honoraires de résultat aux termes d'une convention d'honoraires.

Ces trois recours ne sont plus nécessaires en 2013, de sorte que la procédure et le forfait doivent être directement demandés et expliqués par Me MADIGNIER.

Après un exposé chronologique de la question(1), les arguments juridiques seront exposés sommairement(2) afin que chaque agent concerné puisse s'engager en connaissance de cause (3).

1/ CHRONOLOGIE :

1.1. En novembre et décembre 2001, **la France est condamnée par la Cour de Justice** des Communautés Européennes (C.J.C.E.) pour violation du principe d'égalité de traitement dans sa législation sur la retraite des fonctionnaires, plus particulièrement sur la retraite anticipée et la bonification pour enfants ouverte aux femmes ayant plus de quinze ans d'ancienneté et trois enfants au moins, mais fermée aux hommes par les **articles L.12 et L.24** du Code des Pensions Civiles et Militaires de Retraite.

1.2. Courant 2003, à la faveur du débat sur la réforme du régime de retraite des fonctionnaires, un certain nombre d'agents hommes saisissent les tribunaux administratifs de recours en se prévalant des arrêts GRIESMAR et MOUFLIN de la C.J.C.E., reprise par le Conseil d'Etat, pour obtenir cette admission immédiate à la retraite en qualité de pères de trois enfants. Les tribunaux accueillent ces demandes soit rapidement, par la **procédure d'urgence du référé-suspension**, soit après plusieurs mois ou années de procédure, selon leur appréciation de la condition d'urgence.

1.3. En août 2003, après décision conforme du Conseil Constitutionnel du 14 août 2003, le Parlement adopte **la loi de réforme des retraites de la fonction publique** qui ne change pas le texte sur la retraite anticipée (article L.24 du CPCMR), mais modifie celui sur la bonification : celle-ci est supprimée pour l'avenir pour les hommes comme pour les femmes qui perdent également le bénéfice des naissances antérieures à leur entrée dans la fonction publique, et pour les naissances antérieures à 2003, la bonification n'est plus réservée aux « femmes fonctionnaires » mais aux fonctionnaires ayant interrompu leur activité pendant une durée fixée par le décret d'application à plus de deux mois, ce qui inclut toutes les femmes par le congé de maternité, et exclut tous les hommes qui n'ont pas pris de congé parental pour chacun de leurs trois enfants (décret du 26 décembre 2003 article 6 devenu art.37 du code des pensions).

Les services chargés de la gestion de retraites des fonctionnaires des différentes administrations continuent de rejeter les demandes des fonctionnaires hommes, et les obligent à saisir les tribunaux pour obtenir gain de cause sur leur retraite anticipée.

1.4. Un recours contre ce décret a été déposé au Conseil d'Etat par huit fonctionnaires de la Poste et de France Télécom, pour **discrimination indirecte** dans la mesure où aucun père ne peut justifier avoir pris un congé parental pour chaque naissance, d'autant plus que le congé parental n'était ouvert aux hommes qu'à compter de la loi du 11 janvier 1984 réformant le statut de la fonction publique, et de son décret d'application du 16 septembre 1985. Mais **l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 décembre 2004 rejette ce recours**, sans saisir la Cour de Justice des Communautés Européennes d'une « question préjudicielle » comme il l'avait fait dans les arrêts GRIESMAR et MOUFLIN de 2001, en écartant les moyens invoqués par une motivation pourtant contraire à ces arrêts (cf. analyse ci-après).

1.5. Le 30 décembre 2004, le gouvernement fait adopter **un amendement dans la loi de finance rectificative du budget 2004** qui modifie l'article L.24 du CPCMR sur la retraite anticipée elle-même, de manière similaire à la bonification, en la réservant aux fonctionnaires qui ont interrompu leur activité pendant une durée qui doit être fixée par décret pris en Conseil d'Etat. Cet amendement est d'application rétroactive et s'applique à toute retraite liquidée postérieurement au 1^{er} janvier 2005, sauf jugement définitif du tribunal administratif antérieur (mais hors ordonnance de référé).

1.6. **Le décret d'application du 10 mai 2005**, publié au J.O. le 11 mai prévoit les mêmes conditions restrictives pour les hommes que pour la bonification, à savoir une d'interruption d'activité de plus de deux mois et ce pour chaque enfant, s'ils sont nés avant 1984/1985 lorsque la réglementation ne permettait pas aux hommes de demander un congé parental., entraînant une discrimination indirecte flagrante au préjudice des fonctionnaires pères de trois enfants pour leur retraite anticipée.

1.7. **La rétroactivité de la loi**, complétée par le décret intervenu plus tard qu'annoncé et frappant des demandes de retraite parfois en cours de contentieux devant les tribunaux administratifs, a été opportunément atténuée par un avis consultatif « PROVIN » du Conseil d'Etat du 27 mai 2005 demandé par le tribunal administratif de NANCY. En substance, les demandes antérieures au 31 décembre 2004, date d'entrée en vigueur de la loi de finance rectificative, ou celles déposées entre la loi et le 12 mai 2005, date d'entrée en vigueur du décret d'application, ne se verront pas opposer les nouvelles dispositions, pour ne pas exposer la France à une condamnation par la Cour Européenne des Droits de l'Homme pour violation de l'article 6 de la CESDH et l'article 1^{er} du premier protocole additionnel (procès équitable et protection de la propriété individuelle).

1.8. La H.A.L.D.E. (**Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations**) a considéré que les nouvelles législations en matière de retraite anticipée et de bonification pour enfants issues de ces textes entraînait une discrimination indirecte de fait, notamment parce que ces avantages intervenaient en fin de carrière, comme l'avait retenu la C.J.C.E. dans ses arrêts de 2001.

Dans sa délibération n°2005-32 du 26.09.2005, elle invite le gouvernement à modifier les textes incriminés, délibération restée lettre morte.

1.9. Malgré un arrêt WESSANG du 06.02.2006, dans lequel le Conseil d'Etat écarte la rétroactivité de la « Loi Fillon » aux recours engagés avant la publication de la loi du 21 août 2003 pour la bonification, sur le même modèle que l'avis PROVIN pour la retraite anticipée, **le Conseil d'Etat a réaffirmé sa jurisprudence négative par d'autres arrêts confirmatifs** en matière de bonification (les 28.10.2005, 14.12.2005, 06.02.2006...), mais également en matière de retraite anticipée (Notamment arrêt DELIN du 06.12.2006 et arrêt MARCHAND-F.O. du 06.07.2007) et en matière de rétroactivité des lois (Arrêt BOULET-GERCOURT de 2008).

1.10. **La réforme des retraites 2010** qui a abouti à la loi adoptée par le Parlement en octobre supprime le dispositif de retraite anticipée, mais le maintien provisoirement pour les fonctionnaires âgés de 55 ans et pour les parents de trois enfants qui feront leur **demande de retraite avant le 31.12.2010**. Pour ces derniers, si la date de départ souhaité est **antérieure au 01.07.2011**, ils pourront encore bénéficier **d'une pension à taux plein sans décote**, même sans avoir totalisé le nombre suffisant de trimestres. Par voie d'amendement, le Gouvernement a « glissé » une modification significative du dispositif de retraite anticipée et de la bonification pour enfants en l'ouvrant aux « **réductions d'activité** » dans des conditions encore inconnues puisqu'elles doivent être précisées par décret d'application. Cette « petite ouverture » figure à l'article 23 du projet de loi devenu article 44 de la loi, et a été adoptée en commission sociale du Sénat pour « sécuriser » les deux dispositifs à l'égard de la Commission Européenne. Cet « aménagement » sonne **comme un aveu mais ne suffira sans doute pas** pour écarter le risque de nouvelle condamnation de la France pour discrimination indirecte, car elle maintient un avantage indirect en fin de carrière et non pendant la carrière (des femmes).

1.11. Entre 2010 et 2012, une « **course contre la montre** » s'est engagée entre d'une part la Cour de Justice Européenne de Luxembourg, saisie par le Tribunal de St Denis-de-la-Réunion le 25 novembre 2010 devant laquelle l'affaire a été plaidée le 29 septembre 2011, et d'autre part la Cour Administrative d'Appel (CAA) de BORDEAUX saisie d'un appel du ministre de la Justice contre le jugement avant dire droit de renvoi préjudiciel (limité à la bonification pour enfants), mais la Cour de BORDEAUX a été plus rapide. Ainsi, l'arrêt de cette Cour d'Appel du 29.12.2011 a annulé le jugement préjudiciel, et renvoyé l'affaire au tribunal de LA REUNION qui, par jugement du 19 mars 2012, a dessaisi la Cour de Justice de Luxembourg de l'affaire AMEDEE référencée C-572/10. Si l'Avocat Général concluait à Luxembourg au rejet de l'affaire AMEDEE pour revenir sur la jurisprudence GRIESMAR, ses arguments avaient toutes les chances d'être écartés par la Cour qui avait déjà confirmé sa jurisprudence à l'égard de l'Italie et de la Grèce, scellée dans le marbre par la directive dite « refonte » n°2006/54.

1.12. Cet arrêt de BORDEAUX a été frappé d'un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat qui l'a rejeté sans examen le 17.10.2012, de sorte que la France encourt très clairement les foudres de Strasbourg pour violation du procès équitable, mais la stratégie indemnitaires du cabinet combinée avec la récusation d'un certain nombre de juridictions administratives pour défaut d'impartialité (appelée « *suspicion légitime* ») a fini par infléchir la résistance aux grands principes juridiques, **puisque la Cour Administrative d'Appel de LYON a, par arrêt du 3 avril 2013 rendu sur conclusions conformes de sa rapporteur publique, et en formation élargies de chambre réunie (7 magistrats dont le président de la Cour et 3 présidents de chambres), saisi de nouveau la Cour de Luxembourg de deux questions préjudicielles portant sur les deux dispositifs familiaux.**

2/ SITUATION JURIDIQUE :

2.1. La combinaison de la loi et du décret d'application permet de maintenir la retraite anticipée et la bonification pour enfants aux femmes, mères de trois enfants, et de maintenir l'exclusion des hommes, pères de trois enfants qui ne pourront justifier d'une interruption de leur activité de plus de deux mois, a fortiori de trois congés parentaux (pour la retraite), et a fortiori lorsque leurs enfants sont nés avant 1985 alors que ce congé n'était ouvert qu'aux femmes.

Les nouveaux textes, à savoir les articles L.24 et R.37 du C.P.C.M.R. permettent seulement de présenter **une apparence d'égalité de traitement** en supprimant les termes « *femmes fonctionnaires* » par une rédaction qui aboutit au même résultat. Ces dispositifs « d'apparence neutre » ont les mêmes conséquences que la discrimination directe antérieure, ce qui correspond très exactement à la définition de la discrimination indirecte plaidée depuis 2004.

2.2. Le Conseil Constitutionnel, puis le Conseil d'Etat ont rejeté les recours fondés sur la discrimination indirecte en invoquant une apparence de critères objectifs (« *fonctionnaires* » sans distinction de sexe, « *interruption d'activité* » par des congés légaux etc), et en s'appuyant sur une partie de l'analyse de la C.J.C.E. dans l'arrêt GRIESMAR qui admet la discrimination lorsqu'elle est fondée sur des situations non-comparables entre hommes et femmes pour des raisons biologiques (maternité). **Mais la C.J.C.E. avait déjà rejeté cet argument** du gouvernement français au motif que la bonification (transposable pour la retraite anticipée) était indépendante de la maternité puisqu'elle était accordée au fonctionnaire en fin de carrière comme avantage familial sous une condition d'éducation formelle des enfants pendant neuf ans (sauf enfants légitimes et naturels).

2.3. Le Conseil d'Etat a ouvertement invoqué **des textes européens plus souples à torts** comme la directive n°79/7 (CEE) du 19 décembre 1978 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale et l'accord annexé au protocole n°1 sur la politique sociale joint au Traité C.E. (entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993 et devenu le §4 de l'article 141 du Traité C.E. tel que modifié par les Accords d'Amsterdam en remplacement de l'article 119 du Traité CE ancien) alors qu'ils avaient déjà été expressément écartés par les arrêts GRIESMAR et MOUFLIN de la C.J.C.E. de 2001.

2.4. Dans les arrêts la C.J.C.E. de 2001, deux arguments méritent d'être soulignés ici : la Cour avait relevé d'une part que ces avantages avaient été institués en 1924 pour inciter les femmes à regagner leurs foyer en laissant les places de travail aux hommes revenus du front après la première guerre mondiale, et que les législations ultérieures n'avaient fait que reprendre les articles du CPCMR sans les modifier. D'autre part, la Cour avait rejeté l'argument du gouvernement consistant à faire de la discrimination positive en faveur des femmes défavorisées statistiquement de deux années en moyenne en durée de cotisations ainsi : « *la mesure (...) n'apparaît pas comme étant de nature à compenser les désavantages auxquels sont exposés les carrières des fonctionnaires féminins ayant la qualité de mère une bonification d'ancienneté au moment de leur retraite, sans porter remède aux problèmes qu'ils peuvent rencontrer durant leur carrière professionnelle* » (point 65 de l'arrêt GRIESMAR).

2.5. Toujours sur le plan strictement juridique, les arguments invoqués par le législateur mais surtout par le Conseil d'Etat pour « maintenir » une discrimination positive en faveur des femmes se heurtent à **un ensemble jurisprudentiel de la Cour de Justice Européenne** qui écarte les exception au principe d'égalité passé le délai de transcription dans le droit interne des Etats membres (Affaire C.154/92 VAN CANT du 01.07.1993) ou pour toute modification législative portant sur des période de cotisations postérieures à l'arrêt BARBER du 17 mai 1990 (Affaires C.28/93 VAN DEN AKKER du 28.09.1994 et C.50/99 Podesta du 25.05.2000). Malgré un arrêt JAVAUGUE de la CEDH en date du 11 février 2010, la Cour Européenne des Droits de l'Homme n'a toujours déclaré recevable l'un des recours déposé aux termes d'une décision « Phocas » prise en 2007 sur un recours de bonification pour enfants. Ses arguments retenus dans l'affaire JAVAUGUE concernent la rétroactivité de la loi sans rien ajouter à l'Avis PROVIN du Conseil d'Etat,

et elle n'a manifestement pas souhaitée s'encombrer de ce contentieux de fonctionnaires français pères de trois enfants plaidant la discrimination indirecte du ressort naturel de la Cour de Justice Européenne. Mais juridiquement, la jurisprudence de la CEDH devrait permettre en dernier recours d'obtenir la condamnation de la France, notamment au terme du recours indemnitaire sur la base de plusieurs fondements (article 6 sur le procès équitable et article 13 sur le recours effectif d'une part, et article 14 sur la discrimination combiné avec l'article 1^{er} du protocole additionnel sur la propriété privée et créance sur l'Etat d'autre part).

2.6. Même la Cour Européenne des Droits de l'Homme, qui n'a pas rendu les arrêts GRIESMAR et MOUFLIN mais qui a rendu elle aussi un certain nombre d'arrêts en matière de discrimination pour des pensions de vieillesse, est susceptible de sanctionner la France pour violation du principe de non-discrimination et rétroactivité prohibée (Art. 14 CESDH et 1^{er} du premier protocole additionnel), comme elle l'a déjà fait dans un passé plus ou moins récent (Cf. notamment Aff. Marckx C.E.D.H. 13.06.1979 Série A.n°31 §33 ; repris dans Aff. Gaygusuz précitée § 42, ou encore Aff. Willis 11.06.2002 Req. N°36042/97 ; Aff. ASMUNDSSON c/ Islande C.E.D.H. 12.10.2004 Req.n°60669/00; Aff. S.A. Dangeville c/ France C.E.D.H. 16.04.2002 Req. N°36677/97 ; Aff. Wessels-Bergervoet c/ Pays-Bas C.E.D.H. 04.06.2002 Req. N°34462/97). Toutefois, elle a déjà prononcé plusieurs décisions d'irrecevabilité des recours de fonctionnaires français en 2007 et 2009, qui ne font pas jurisprudence en raison d'erreurs et du caractère incomplet de ses décisions.

En 2011, elle a été informé du renvoi préjudiciel à Luxembourg puis du dessaisissement de cette dernière, de sorte qu'en 2012, elle a cessé de rendre des décisions d'irrecevabilité et se réserve, sans doute, de déclarer **un ensemble de procédures RECEVABLES par une gestion dite de « procédure pilote »** qui pourra donner lieu à la condamnation de la France pour violation du procès équitable voire pour discrimination indirecte aussi. C'est en tout cas ce qu'il adviendra sans doute pour un certain nombre d'affaires dans lesquelles les juridictions en particulier le Conseil d'Etat ont refusé arbitrairement de saisir la Cour de Justice Européenne d'un renvoi préjudiciel.

2.7. Sur la forme, il y a beaucoup à dire : Obstacles systématiques aux pères fonctionnaires pour prendre leur retraite ou bénéficier de la bonification malgré l'engagement de donner des instructions aux services chargés de la gestion des retraites, encombrement des tribunaux administratifs sur tout le territoire (au préjudice des autres affaires), défense souvent dilatoire (lenteur) dans les procédures engagées par les intéressés, répartition artificielle entre la loi et le décret, nouvelle législation rétroactive malgré la portée expressément rétroactive des arrêts de la C.J.C.E., violation du principe de séparation des pouvoirs et du principe européen du procès équitable déjà sanctionné par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (Arrêt ZIELINSKY contre France du 20.10.1999 fondé sur l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme), totale insécurité juridique pour les fonctionnaires et inégalités de traitements selon l'administration ou la juridiction saisie, règles de calculs défavorables etc...

Le plus grave réside sans doute dans **le « blocage du mécanisme préjudiciel »** par le Conseil d'Etat malgré son obligation de renvoi dite « systémique » à l'origine de la stratégie indemnitaire et de « récusation » initiée respectivement en 2008 et 2012 par le cabinet, ce qui permettra, fort de cette expérience, de se garder du même scénario de saisine puis dessaisissement de la Cour de Luxembourg, au besoin en remettant en cause l'impartialité du Conseil d'Etat, notamment pour sa dualité de fonctions à l'origine de la condamnation du Luxembourg pour violation du principe de tribunal impartial par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (arrêt PROCOLA du 28.09.1995 An°326), malgré la réforme du Code de Justice Administrative de 2008.

2.8. La France a maintenu une inégalité de traitement entre les hommes et les femmes malgré sa condamnation par la Cour de Justice des Communautés Européennes en 2001 par une **discrimination indirecte tant pour la retraite anticipée que pour la bonification pour enfants**, ce que de nombreux auteurs dénoncent dans la littérature juridique aux côtés de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations (H.A.L.D.E., délibération de 2005), sans être entendus.

