

Avantages familiaux de retraite : quelle(s) égalité(s) pour la retraite entre les femmes et les hommes ?

Par Laure CAMAJI,


maîtresse de conférence à l'IUT de Sceaux (Université Paris-Sud)

Laure Camaji est maîtresse de conférences à l'IUT de Sceaux (Université Paris-Sud). Elle est spécialisée en droit social. Ses travaux de recherches portent sur le droit de la protection sociale. Elle s'intéresse particulièrement aux droits et obligations des assurés sociaux au prisme des notions de service public, de solidarité, de genre et de droits fondamentaux.

Les inégalités de retraite entre les femmes et les hommes sont criantes. En 2014, les femmes disposent d'une retraite inférieure de 39,3 % à celles des hommes et le montant moyen de leur pension est de 1 007 euros. Cette situation n'est pas ignorée par le législateur. De longue date, les retraites des femmes ont été améliorées par l'attribution d'avantages spécifiques, en considération de leurs qualités de mères et d'épouses. Ces avantages familiaux demeurent des composantes importantes de la retraite des femmes. Encore aujourd'hui, ils complètent leurs pensions de manière significative. Ainsi, lorsque l'on ajoute la majoration de pension pour enfant et la réversion, la retraite moyenne des femmes augmente tangiblement. En 2014, elle était de 25,2 % inférieure à celle des hommes en 2014¹.

Si les avantages liés à la situation d'épouse ont été étendus aux époux ou supprimés, les droits liés aux enfants (qu'ils soient liés à la naissance, à l'adoption, à l'éducation ou aux soins matériels) demeurent en grande partie accordés aux mères en France. Le législateur français a récemment fait le choix de les maintenir de manière directe - à titre transitoire - et de manière indirecte - par divers procédés - dans la plupart des régimes de retraite. D'un point de vue juridique, la CJUE condamne depuis les années 2000 le fait de réserver des avantages familiaux aux femmes, sur le fondement de la discrimination directe et indirecte en raison du sexe. Cette position n'est toutefois pas unanimement partagée. Outre le fait que le législateur français maintient le choix inverse, les hautes juridictions françaises et la Cour européenne des droits de l'homme continuent de les valider en écartant toute atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination. Cette divergence de solutions judiciaires témoigne du dilemme politique au cœur de la retraite des femmes. Favoriser les femmes en tant que mères, n'est-ce pas faire perdurer ces assignations sociales ? Mais maintenir ces avantages n'est-il pas pour autant légitime, dès lors qu'ils augmentent la retraite des femmes pénalisées par des carrières professionnelles moins complètes que celles des hommes, et qu'ils compensent les indéniables inégalités sociales de genre en matière de charge d'enfants ? Traduit en termes juridiques, ce dilemme peut s'exprimer ainsi : faut-il affirmer l'égalité formelle entre les femmes et les hommes en matière de protection sociale (et tout particulièrement entre les mères et les pères),

¹ En comptant les avantages familiaux de retraite, le montant moyen de la retraite des femmes est de 1297 euros en 2014. Elle est alors inférieure de 25,2 % à celle des hommes (Drees, *Les retraités et les retraites. Edition 2016*, coll. Études et statistiques). Voir C. Bac, V. Poubelle, « Les avantages, ou droits familiaux, en matière de retraite au régime général », RDSS 2009.1024.



et ainsi gommer les stéréotypes de genre en pariant sur l'évolution de la société pour parvenir à l'égalité réelle ? Ou bien faut-il compenser les inégalités factuelles qui désavantagent les femmes et les mères par des prestations sociales spécifiques, au risque de figer dans la loi les différences actuelles des rôles sociaux entre les femmes et les hommes ?² Ces tensions animent la société et les mouvements féministes eux-mêmes³. Sur le plan juridique, les principes d'égalité et de non-discrimination n'imposent évidemment pas de solution univoque. En effet, ils se prêtent à de multiples conceptions de l'égalité et de la discrimination. Ils doivent également composer avec l'objectif politique de solidarité au fondement de tout système de protection sociale. Les solutions divergentes retenues à propos des avantages familiaux de retraite par la CJUE d'une part (I), et par les hautes juridictions françaises et la Cour européenne des droits de l'homme d'autre part (II), illustrent l'enchevêtrement de ces problématiques.

I- La position de la CJUE

Dès les années 2000, la CJUE condamne à plusieurs reprises les avantages familiaux de retraite que la France réserve aux femmes de manière directe ou indirecte. Aux termes d'analyses sans concessions, elle conclut à la violation du principe d'égalité des rémunérations entre les femmes et les hommes (art. 119 Traité CEE, devenu art. 157 TFUE). D'un point de vue technique, elle retient une conception formelle de l'égalité entre les femmes et les hommes. Toutefois, au-delà de cette interprétation du principe d'égalité, sa position est certainement sous-tendue par une logique marchande. En effet, la Cour de Justice ne s'attache pas à l'objectif de solidarité que poursuit tout système de protection sociale ; bien au contraire, elle conçoit les pensions de retraite comme un élément de rémunération des travailleurs qui se trouvent en concurrence sur un marché du travail.

I.1/ La technique de l'égalité formelle des femmes et des hommes en matière d'avantage familial de retraite

Dans plusieurs affaires, la CJUE invalide le choix de la France de prendre en compte, dans le calcul de la retraite, le fait que les femmes assument davantage que les hommes la charge des enfants au cours de leur vie. Elle condamne le fait de réserver aux mères, de manière directe ou indirecte, les avantages familiaux de retraite. Pour parvenir à cette solution, la Cour de Justice recherche si les femmes et les hommes sont dans une situation comparable au regard de ces avantages familiaux. Elle répond positivement à cette question en soulignant qu'elles ou ils ont une égale vocation à exercer la fonction parentale. Elle examine ensuite si un objectif légitime est susceptible de justifier des mesures spécifiques aux femmes. Elle écarte les objectifs avancés par le Gouvernement français et conclut à la violation du principe d'égalité.

2 A. Zarca, « Le retour du genre dans le droit des pensions de la fonction publique ou les vicissitudes d'un stéréotype bien intentionné », in S. Hennette-Vauchez, D. Roman, M. Pichard (dir), *La loi et le genre. Études critiques du droit français*, CNRS Editions, 2014.

3 Nancy Fraser, « Marchandisation, protection sociale et émancipation. Les ambivalences du féminisme dans la crise du capitalisme », *Revue de l'OFCE*, 2010, 3, n° 114.

Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt fondateur de cette jurisprudence (la décision Griesmar du 29 novembre 2001⁴), l'avantage est expressément réservé aux mères : il s'agit d'une bonification d'assurance d'un an par enfant dont bénéficiaient, à l'époque, les femmes affiliées au régime de retraite des fonctionnaires civils et militaires. Les hommes sont donc discriminés de manière directe en raison de leur sexe. La CJUE tranche d'abord la question de l'objet de l'avantage. Cette interrogation était préalable et déterminante, car de celle-ci dépendait la détermination d'une différence de traitement. À cette époque, les avis sont partagés : s'agit-il d'un avantage lié à la maternité ou à l'éducation des enfants ? La CJUE examine les modalités d'attribution de l'avantage et conclut qu'il est accordé en considération de la charge d'éducation des enfants. Elle relève ensuite que les femmes et les hommes sont pareillement susceptibles d'assumer l'éducation d'un enfant et d'être exposés à des désavantages professionnels⁵. Dès lors, le fait de réserver l'avantage aux femmes est constitutif d'une différence de traitement en raison du sexe. Cette décision a été saluée à l'époque⁶. En effet, elle a ouvert la voie à l'abandon d'un stéréotype de genre et à une reconsidération de l'ensemble des avantages familiaux de retraite : la maternité et l'éducation des enfants sont deux choses différentes et l'éducation des enfants est susceptible d'être assumée par d'autres personnes que la mère. La CJUE poursuit son raisonnement. La mesure étant constitutive d'une discrimination directe, puisque l'avantage est explicitement attribué en raison du sexe, la différence de traitement n'est susceptible d'être justifiée que par des moyens de défense spécifiques et limités. Dans cette affaire, la Cour de Justice retient l'applicabilité de l'article 6, paragraphe 3, de l'accord sur la politique sociale. Cet article permettait à l'époque aux États membres de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques, destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par les femmes, ou à prévenir ou compenser des désavantages dans leur carrière professionnelle. La Cour de Justice examine les modalités d'attribution de l'avantage familial de retraite et conclut qu'il n'est pas en mesure d'atteindre ce but. Elle souligne que « les mesures nationales couvertes par [l'article 6 paragraphe 3 de l'accord sur la politique sociale] doivent, en tout état de cause, contribuer à aider les femmes à mener leur vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes ». Or, la bonification d'assurance d'un an par enfant « n'apparaît pas comme étant de nature à compenser les désavantages auxquels sont exposées les carrières des fonctionnaires féminins en aidant ces femmes dans leur vie professionnelle. Au contraire, elle se borne à accorder aux fonctionnaires féminins ayant la qualité de mère une bonification d'ancienneté au moment de leur départ à la retraite, sans porter remède aux problèmes qu'ils peuvent rencontrer durant leur carrière professionnelle ». En d'autres termes, l'avantage familial de retraite n'ayant pas vocation à transformer les inégalités professionnelles mais simplement à en prendre acte au moment de la retraite, le fait de le réserver aux femmes ne poursuit pas l'objectif légitime recherché.

4 CJCE, 29 nov. 2001, *Griesmar*, aff. 366/99, Rec. I-9383, *Dr. Soc.* 2002 p. 178, note M.-T. Lanquetin.

5 De la même façon, lorsqu'est en jeu le droit à un congé parental d'un travailleur, la CJUE et la CEDH s'accordent pour dire que les femmes et les hommes sont dans une situation comparable : CJUE, 30 septembre 2010, C-104/09, *Pedro Manuel Roca Alvarez c. SesaStratEspaña ETT SA*, JCP S 2010, n° 45 p.36, note Fabrice Picod ; *RJS* 2011.103, obs. J.-Ph. Lhermould ; CEDH, 7 octobre 2010, *Konstantin Markin c. Russie*, 30078/06.

6 Voir par exemple les observations de Marie-Thérèse Lanquetin, *Dr. Soc.* 2002 p. 178.



La CJUE adopte une position similaire en matière de discrimination indirecte en raison du sexe, dans un arrêt *Leone*, rendu le 17 juillet 2014⁷. Cet arrêt concerne le même avantage familial de retraite que dans l'affaire *Griesmar* : il s'agit de la bonification d'assurance d'un an pour enfant élevé dont bénéficient les fonctionnaires civils et militaires pour le calcul de leur retraite. Toutefois, les modalités d'attribution sont différentes. Alors qu'à l'époque de l'affaire *Griesmar*, la loi française n'en accordait le bénéfice qu'aux femmes, il est au moment de l'affaire *Leone* attribué autant aux femmes qu'aux hommes. Il est alors conditionné à une interruption d'activité minimale de deux mois dans le cadre d'un congé lié à la maternité ou l'éducation d'un enfant⁸. Cette condition est mise en cause sur le fondement de la discrimination indirecte en raison du sexe. La Cour en examine les deux conditions. En premier lieu, cette discrimination est reconnue « lorsque l'application d'une mesure nationale, bien que formulée de façon neutre, désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs d'un sexe par rapport à l'autre ». Tel est le cas de la bonification d'assurance : ses conditions d'attribution sont formellement neutres au regard du sexe, mais elles concernent en réalité massivement les femmes et très faiblement les hommes. En effet, les femmes obtiennent cet avantage de retraite de manière automatique avec le congé maternité, contrairement aux hommes qui doivent avoir pris un congé parental, lequel a un caractère facultatif et n'est pas rémunéré. La Cour examine ensuite la seconde condition. La mesure n'implique pas nécessairement la violation du principe de non-discrimination. Elle est compatible avec ce principe « à la condition que la différence de traitement entre les deux catégories de travailleurs qu'elle engendre soit justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe » ; « tel est en particulier le cas si les moyens choisis répondent à un but légitime de politique sociale, sont aptes à atteindre l'objectif poursuivi par la réglementation en cause et sont nécessaires à cet effet ». Le Gouvernement français invoque le souci de compenser les désavantages subis par les travailleurs féminins et masculins ayant interrompu leur carrière durant un certain laps de temps pour se consacrer à l'éducation de leurs enfants. La CJUE concède qu'il s'agit d'un objectif légitime de politique sociale. Toutefois, elle entreprend d'étudier très précisément tous les aspects du dispositif. Au terme d'une analyse sans concession, elle conclut que le véritable objectif du Gouvernement français est probablement de continuer à privilégier les mères suite à l'arrêt *Griesmar*. Elle est donc encline à conclure à la violation du principe de non-discrimination. Elle laisse toutefois à la juridiction nationale le soin d'en décider en dernier lieu.

7 CJUE, 17 juill. 2014, *Leone c. Garde des Sceaux et CNARCL*, C-173/13, *AJDA* 2014.1519 ; *ibid.* 2295, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänser ; *RDSS* 2014. 1073, note C. Boutayeb.

8 Suite à la condamnation de la CJUE dans l'arrêt *Griesmar*, l'État français a étendu le bénéfice de cet avantage familial de retraite à tout fonctionnaire indépendamment de son sexe. Cependant, une condition a également été introduite : l'avantage est conditionné à une interruption de carrière minimale de deux mois (Code des pensions civiles et militaires, art. L12). Cet avantage est d'ailleurs transitoire, puisqu'il ne concerne que les enfants nés ou adoptés avant une certaine date. En vertu de l'article 15 du décret n° 2003-1306, une bonification d'ancienneté fixée à quatre trimestres est accordée, en vue du calcul du montant de la pension, à tout fonctionnaire, pour chacun de ses enfants nés ou adoptés avant le 1^{er} janvier 2004, ou pris en charge avant cette date et élevés durant neuf années, à la condition que ledit fonctionnaire puisse justifier d'une interruption d'activité d'une durée continue au moins égale à deux mois intervenue dans le cadre d'un congé de 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. La condition d'interruption d'activité a été aménagée par un décret de 2010 : il existe désormais une condition alternative de réduction d'activité (CPCM, art. R.13).

En conclusion, la CJUE retient une conception formelle de l'égalité des femmes et des hommes : le choix que la CJUE refuse au législateur français est celui de reconnaître dans la loi les mères comme le parent *a priori* « privilégié ». Cette solution traduit certainement une acception de l'égalité entre femmes et hommes suivant laquelle il convient de supprimer les stéréotypes de genre véhiculés par la législation afin de parvenir à l'égalité réelle⁹. Toutefois, telle n'est sans doute pas la seule explication. La position de la CJUE mérite aussi d'être lue au prisme de la logique marchande qui anime la plupart de ses jurisprudences.

II.2/ La logique marchande au soutien de la position de la CJUE

Cette logique marchande apparaît dans la manière dont la Cour de Justice appréhende l'avantage familial de retraite. Pour la Cour, il ne s'agit pas tant d'un dispositif de protection sociale que d'un élément de rémunération des travailleurs.

En effet, on peut relever le fondement juridique en cause : il s'agit de l'égalité de rémunérations entre les femmes et les hommes (art. 119 Traité CEE, devenu art. 157 TFUE). Sans discuter les raisons du choix de ce fondement dans ces lignes¹⁰, on peut remarquer qu'il oriente le raisonnement de la Cour. Il explique sans doute l'analyse sans concession que fait la CJUE des objectifs légitimes susceptibles de justifier les différences de traitement, directes ou indirectes, en matière d'avantage familial de retraite. D'une manière générale, les différences de rémunérations supportent peu de justifications, dès lors que l'égalité des salaires est un principe organisateur de la mobilité des travailleurs et de la concurrence sur le marché du travail. Ainsi, lorsque le Gouvernement français se situe sur le terrain de la compensation des inégalités professionnelles qu'engendre la charge d'enfants entre les femmes et les hommes (*cf. affaire Griesmar*), la Cour de Justice vérifie de manière scrupuleuse que la mesure est bien apte à permettre la réduction de ces inégalités pendant la carrière professionnelle. Lorsque la France avance qu'il s'agit de compenser la baisse de pension de retraite induite par les interruptions professionnelles liées à l'éducation des enfants (*cf. affaire Leone*), la Cour traque la réalité de ces interruptions et de la baisse de pension. En d'autres termes, le bénéficiaire de la mesure étant le travailleur et non l'assuré social pour la CJUE, les différences de traitement sont beaucoup moins susceptibles d'être justifiées par un objectif de solidarité que par un objectif de réduction des inégalités professionnelles.

Les hautes juridictions françaises et la Cour EDH ne se montrent pas aussi regardantes. Une des raisons que l'on peut avancer est qu'elles conçoivent l'avantage familial de retraite comme une mesure de protection sociale. Contrairement à la CJUE, elles prennent en compte le fait que cet avantage vise à augmenter la retraite des femmes.

9 Voir les contributions rassemblées dans S. Hennette-Vauchez, D. Roman, M. Pichard (dir), *La loi et le genre. Études critiques du droit français*, CNRS Éditions, 2014.

10 Voir les observations de M.-T. Lanquetin, *préc.*



II. La position des hautes juridictions françaises et de la Cour EDH

À la suite de l'arrêt *Griesmar* de la CJUE, le législateur français a ouvert aux hommes les bonifications d'assurance pour enfants. Toutefois, dans certains régimes de retraite, il a posé une condition d'interruption d'activité qui, en pratique, continue d'avantager les femmes¹¹. Dans d'autres régimes de retraite, il a maintenu certaines dispositions sexospécifiques en faveur des mères à titre transitoire¹². Cette transition s'inscrit sur une longue durée puisqu'elle concerne les enfants nés ou adoptés avant le 1^{er} janvier 2010. À la différence de la CJUE, la Cour européenne des droits de l'homme et les hautes juridictions françaises (c'est-à-dire le Conseil d'État, la Cour de cassation, ainsi que le Conseil constitutionnel dans ces lignes) admettent expressément que les femmes puissent être favorisées en matière d'avantage familial de retraite. Ce faisant, elles privilégient une technique d'égalité matérielle entre les femmes et les hommes en matière de retraite. Leurs décisions semblent sous-tendues par deux considérations très différentes l'une de l'autre : d'une part, l'objectif poursuivi par tout système de protection sociale d'assurer une retraite décente à tous, notamment aux femmes, et d'autre part, la préservation de l'assignation sociale de la mère.

II.1/ La technique de l'égalité matérielle des femmes et des hommes en matière de retraite

Saisies à propos des avantages familiaux de retraite, les hautes juridictions françaises admettent que les femmes puissent être favorisées dans certaines circonstances. Elles justifient des discriminations directes et indirectes en raison du sexe, en accueillant l'argument de la compensation des inégalités que les femmes ont subi au cours de leur carrière professionnelle du fait de l'éducation des enfants. Elles soulignent également que ces différences de traitement ont un caractère transitoire : elles ont vocation à disparaître à mesure que la répartition de la charge des enfants entre les femmes et les hommes s'équilibre dans la société.

Ces deux arguments se rapprochent d'une conception matérielle de l'égalité entre

11 C'est notamment le cas dans le régime des pensions de retraite des fonctionnaires civils et des militaires (CPCM, art. L. 12 et R. 13, voir note n° 8 ci-dessus). Cette bonification a un caractère transitoire : elle ne vaut que pour les enfants nés ou adoptés avant le 1^{er} janvier 2004. Pour les enfants nés ou adoptés à partir de cette date, elle est remplacée par une bonification d'assurance de deux trimestres pour les femmes au titre de l'accouchement, et par la prise en compte dans le calcul de la pension de tous les fonctionnaires et militaires des périodes d'interruption ou de réduction d'activité pour élever un enfant.

12 C'est le cas dans le régime général (qui concerne les salariés de droit privé) et dans le régime social des indépendants, pour les artisans et les commerçants. L'article 65, IX de la loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009 prévoit que pour les enfants nés ou adoptés avant le 1^{er} janvier 2010, la majoration de durée d'assurance pour éducation prévue à l'article L.351-4 du code de la sécurité sociale est attribuée à la mère, sauf si le père apporte la preuve qu'il a élevé seul les enfants pendant une ou plusieurs années au cours de leurs quatre premières années. La procédure rend d'ailleurs en pratique impossible ce bénéfice, puisqu'il est exigé du père d'en avoir fait la demande dans l'année de publication de la loi. Seul tempérament : pour les enfants nés à partir du 1^{er} janvier 2006, le père peut en faire la demande dans les quatre premières années et six mois de l'enfant. Il est certain que cet élément procédural est déterminant et empêche les pères de pouvoir véritablement y prétendre (d'autant plus que la caisse de retraite n'a pas l'obligation d'informer les parents de cette possibilité ; voir Civ.2°, 16 fév. 2012, n° 11-10646, *Dr. Ouvrier* 2012.611 et nos observations).

les femmes et les hommes. L'objectif poursuivi étant que tous les assurés sociaux bénéficient d'une retraite d'un même niveau, il paraît nécessaire d'octroyer des avantages complémentaires aux femmes ayant eu des enfants. La charge qui leur incombe les empêche d'accéder à des carrières professionnelles semblables à celles des hommes et les pénalise dans la constitution de leurs droits à la retraite. Les hautes juridictions françaises continuent d'adopter cette position, en dépit des décisions contraires de la CJUE.

Ainsi, en matière de discrimination directe, la jurisprudence française a peu évolué. Si la Cour de cassation et le Conseil d'État ont invalidé les avantages familiaux de retraite réservés aux femmes suite à l'arrêt *Griesmar* rendu par la CJUE¹³, elles continuent de valider les législations postérieures qui maintiennent les différences de traitement à titre transitoire. En témoignent des arrêts de 2013 de la Cour de cassation¹⁴, qui reprennent mot pour mot une argumentation retenue par le Conseil constitutionnel en 2003¹⁵. La Cour de cassation admet sans nuances la justification de la discrimination directe. Elle fait référence aux « inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet », sans préciser lesquelles ni renforcer son argumentation par des preuves statistiques ou des études. Elle souligne aussi le caractère transitoire de cette mesure, sans préciser que la transition sera très longue puisqu'elle concernera les retraites liquidées dans les quarante (voire dans les cinquante) prochaines années.

Le choix de l'égalité matérielle apparaît aussi en matière de discrimination indirecte depuis un arrêt récent du Conseil d'État, concernant les avantages familiaux de retraite soumis à une condition d'interruption d'activité. Jusqu'à l'arrêt *Leone* de la CJUE, les juridictions françaises n'examinaient pas la discrimination indirecte et validaient cette condition¹⁶. Elles s'en tenaient à une conception formelle de l'égalité, ce qui avait l'avantage de les exempter d'examiner les finalités de ces législations. Toutefois, suite à l'arrêt *Leone* de la CJUE, le Conseil d'État entreprend d'argumenter davantage sa position. Il admet la différence de traitement et expose l'objectif qui justifie la discrimination indirecte, dans un arrêt *Quintanel* rendu en 2015¹⁷. Le choix de l'égalité matérielle, qui guide certainement ces législations, est ainsi affirmé. Le Conseil d'État prend le soin d'étayer les inégalités de pensions subies par les femmes fonctionnaires et militaires ayant eu des enfants à l'aide de données statistiques. La compensation de ces inégalités constitue selon lui un objectif légitime justifiant la différence de traitement. Il répond également à la CJUE en soulignant que « cette bonification n'a pas pour objet et ne pouvait avoir pour effet de prévenir les inégalités sociales dont ont été l'objet les femmes mais de leur apporter, dans une mesure jugée possible, par un avantage de retraite assimilé à une


13 CE, 29 juillet 2002, *Griesmar*, *Dr. Soc.* 2002 p. 1131, note X. Prétot ; CE, 7^e ss-sect., 7 juin 2006, n° 280126, *Bernard c/ Sté Gaz de France*, *JCP S*, 2 août 2006, n° 1650, obs. J. Cavallini ; *Civ. 2^e*, 19 février 2009, n° 07-20668, *Bull. Civ. II* n° 53, *RJS* 2009, n° 5 p.400 ; *Dr. Soc.* 2009.574, note X. Prétot ; *Droit de la famille*, 2009, n° 5 p.37, note C. Bidaud-Garon ; *JCP S* 2009, n° 20 p. 37, note T. Tauran ; *RDSS* 2009, n° 2 p.38, note M. Badel. D'autres décisions sont citées dans L. Camaji, « L'argument de la discrimination indirecte en raison du sexe confronté à la retraite des femmes », *préc.*

14 *Civ. 2^e*, 18 avril 2013, n° 12-28033 et *Civ. 2^e*, 7 nov. 2013, *M. X... c/ CARSAT Centre-Ouest*, n° 12-28033 ; *D.* 2013. 2648 ; *JCP E* 2014 n° 13 p.46, obs. F. Chopin ; *RDSS* 2014.189, obs. T. Tauran ; *Dr. Soc.* 2014.188, note J.-P. Lhernould.

15 CC, décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *Loi portant réforme des retraites*, à propos de la bonification d'assurance, maintenue à l'avantage exclusif des mères dans le régime général par la loi de 2003 portant réforme des retraites.

16 CC, décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, *préc.* ; CE 29 déc. 2004, *D'Amato et Frette* (deux esp.), n° 265097, n° 265846, *RDSS* 2005.633, concl. C. Devys ; *Civ. 2^e*, 12 juillet 2012, n° 10-24661, *FS-P+B+R, M. L. c/ Caisse de retraite et de prévoyance des clercs et employés de notaires (CRPCEN)*, *RJS* 11/12 n° 902 ; *JCP S* 2012 n° 46 p.32, obs. J. Daniel.

17 Comme le souligne Ghislaine Alberton, le Conseil d'État exploite pleinement la marge d'appréciation que laisse la CJUE aux juridictions nationales; CEAss 27 mars 2015 M. Quintanel, req. n° 372426 ; *D.* 2015.807, obs. G. Poissonnier ; *JCP G* 2015.675, obs. F. Tesson ; *AJDA* 2015 p.176, note G. Alberton : « L'art de concilier déférence communautaire et résistance nationale ».



rémunération différée au sens de l'article 157 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, une compensation partielle et forfaitaire des retards et préjudices de carrière manifestes qui les ont pénalisées ».

Quant à la Cour européenne des droits de l'homme, elle retient aussi une conception matérielle de l'égalité entre les femmes et les hommes en matière de retraite, tant pour des cas de discrimination directe que pour des cas de discrimination indirecte. Elle se montre compréhensive face aux législations qui compensent les inégalités de fait subies par les femmes en matière de retraite. En effet, elle considère que l'égalité réelle entre les femmes et les hommes peut nécessiter des évolutions progressives de la législation et ainsi se construire dans le temps afin de tenir compte du contexte historique et des évolutions sociales. Ainsi, elle affirme que n'est pas discriminatoire une législation qui vise « à corriger le désavantage dont [souffrent] les femmes, tant que ne [sont] pas intervenus de changements aux plans social et économique ayant fait disparaître ces inégalités »¹⁸. Cette position s'articule avec une grande marge de manœuvre accordée aux États et avec la prise en compte des enjeux d'un système de protection sociale : la Cour reconnaît « une ample latitude [...] à l'État pour prendre des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale », « puisqu'un tel système repose sur un équilibre subtil et que ses éventuelles modifications peuvent avoir d'importantes répercussions pour l'économie du pays »¹⁹.

À l'examen de ces arguments, il apparaît que les positions des juridictions françaises et de la Cour EDH sont sous-tendues par la prise en compte des enjeux d'un système de protection sociale. Elles ne sont peut-être pas non plus exemptes d'un autre souci : celui de préserver l'assignation sociale de la mère.

II.2/ Une position sous-tendue par les enjeux d'un système de protection sociale et par la préservation de l'assignation sociale de la mère

Les objectifs politiques véhiculés à travers les avantages familiaux de retraite ont évolué avec le temps. Ainsi en France, en 1924, les avantages qui étaient été accordés aux femmes fonctionnaires (bonification d'ancienneté pour chaque enfant et départ anticipé à la retraite après quinze années de services pour les mères de trois enfants) étaient le fruit d'une politique de promotion de la mère au foyer. Si le contexte économique, social et politique a changé, les femmes étant aujourd'hui incitées à travailler²⁰, la promotion du rôle social de la mère n'a pas disparu. Ces dernières demeurent encore en grande partie responsables de l'éducation des enfants. Le fait que le législateur français continue d'attribuer les avantages familiaux de retraite aux femmes en témoigne. Le droit leur reconnaît

18 CEDH, *Stec et autres c. Royaume-Uni* (déc.) [GC], Req n° 65731/01 et 65900/01, §§ 61-66 ; CEDH, 5^e Sect. 17 février 2011, *Andrle c. République Tchèque*, Req. n° 6268/08, §§ 55 et 60.

19 *Ibid.*

20 Sur l'injonction de travailler faite aux femmes dès les années 1980, voir notamment H. Périer, « Travaillez ou mariez-vous ! La régulation sexuée de la pauvreté en France et aux États-Unis », *Travail, genre et sociétés*, 2012/2 p.28.

encore une telle responsabilité. Cette mesure légale joue ainsi un double rôle, à la fois de compensation de la charge assumée et en même temps d'assignation à cette charge. Néanmoins, les avantages familiaux de retraite ne peuvent sans doute pas être interprétés sous ce seul angle. Les débats politiques des quinze dernières années ont montré que ces avantages sont également, voire surtout, considérés aujourd'hui comme un moyen d'augmenter la retraite des femmes. Il s'agit de compenser la répartition inégale de la charge de l'éducation des enfants entre les femmes et les hommes. Mais l'objectif va sans doute bien au-delà. Par ce biais, le législateur entend vraisemblablement apporter une réponse plus globale aux problèmes d'inégalité des retraites entre les femmes et les hommes, lesquels ne se réduisent pourtant pas à la répartition économique et sociale de la charge de l'éducation des enfants. Le recours à ces avantages accessoires pour augmenter la retraite des femmes véhicule ainsi deux enjeux majeurs d'un système de protection sociale : assurer aux personnes une protection contre les risques de l'existence - via la garantie d'une retraite décente en l'occurrence - et organiser cette protection par la mise en œuvre d'une solidarité - via la réduction de l'impact des inégalités de carrières professionnelles entre femmes et hommes au moment de la retraite.

Ces multiples dimensions logées au cœur des avantages familiaux de retraite traduisent le compromis sur lequel repose le système de protection sociale français du point de vue du genre. En effet, ce système est généralement analysé comme un compromis entre deux conventions de genre des États-providence : la convention « maternaliste / familialiste » (dans laquelle les droits sont attachés à la famille et où la mère assume l'éducation des enfants) et la convention « social-démocrate » (dans laquelle des droits propres sont promus et où les deux parents prennent en charge l'éducation des enfants)²¹. À cet égard, les décisions des juridictions françaises ne surprennent pas : elles expriment précisément ces deux conventions de genre. La comparaison de deux décisions de 2013 de la Cour de cassation est éloquent. Lorsqu'il s'agit de statuer sur une législation qui accorde des avantages de retraite liés à l'éducation des enfants exclusivement à la mère, les considérant ainsi comme des « droits propres », la Cour de cassation conclut à la discrimination directe et étend ce bénéfice au père²². Les deux parents ayant une égale vocation à cette responsabilité, le législateur ne peut pas considérer *a priori* la mère comme seule en charge de l'éducation. En revanche, lorsque cet avantage doit être attribué à l'un des deux parents ou partagé entre les deux parents, et que le législateur l'attribue *in fine* à la mère plutôt qu'au père (à titre transitoire ou en cas de défaut de choix des parents), la Cour de cassation conclut à une discrimination directe légitimement justifiée. Elle valide le choix de la mère en raison de la compensation des inégalités de fait dont les femmes font l'objet en matière d'éducation des enfants²³, cette bonification étant plutôt conçue comme un droit attaché à l'éducation de l'enfant à partager entre les parents.

21 A. Fouquet, A. Gauvin, M.- T. Letablier, « Des contrats sociaux entre les sexes différents selon les pays de l'Union européenne », in Conseil d'analyse économique, *Egalité entre les femmes et les hommes : aspects économiques*, La Documentation française, 1999, p.105 ; et M.- T. Letablier, « Régimes d'État-providence et conventions de genre en Europe », *Informations sociales*, 151, janvier-février 2009, p.102. Voir aussi L. Camaji, « Protection sociale », in S. Hennette-Vauchez, M. Pichard, D. Roman (dir.), *Genre et Droit. Ressources pédagogiques*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2016.

22 Civ. 2^e, 23 mai 2013, n° 12-18418.

23 Civ. 2^e, 18 avril 2013 et Civ. 2^e, 7 nov. 2013, n° 12-28033, *préc.*



Conclusion

En conclusion de cette étude, il faut souligner que la répartition inégale de la charge des enfants entre les femmes et les hommes n'est pas le seul facteur qui pèse sur la retraite des femmes. Les femmes cumulent les situations défavorables au regard du mode de calcul des retraites en France. Elles sont davantage affectées par les interruptions d'activité professionnelle mais également par le temps partiel, les emplois peu qualifiés ou peu valorisés en termes de carrière et de salaire, et elles sont moins bien rémunérées que les hommes à travail égal. Concevoir une réduction de ces inégalités professionnelles entre les femmes et les hommes au moment de la retraite n'est donc pas illégitime. Toutefois, avantager les femmes au seul motif de leur sexe est impensable, politiquement et juridiquement, car l'interprétation des principes d'égalité et de non-discrimination s'opposent aujourd'hui sans équivoque à cette solution. Au demeurant, cette mesure ne serait certainement pas efficace ni logique, car elle ne ferait que contrebalancer les effets du modèle sur lequel repose le système de protection sociale lui-même. En effet, le système de retraite français, comme d'autres systèmes de protection sociale nationaux, est fondé sur un modèle de carrière continue, ascendante et bien rémunérée, c'est-à-dire sur un modèle masculin de carrière. Si ce modèle pénalise les femmes, il pénalise également de plus en plus les hommes, qui ne parviennent plus aujourd'hui à le réaliser. En somme, le véritable problème de l'égalité des retraites entre femmes et hommes réside très certainement dans le choix de ce modèle du travailleur sur lequel sont de plus en plus fondés les systèmes de protection sociale. Le système français est influencé en cela par la doxa européenne et l'idéologie néo-libérale dominante. Il est peu probable que les seuls principes d'égalité et de non-discrimination soient suffisants et pertinents pour transformer ce modèle.