

# La philosophie des dispositifs de politique familiale et leur incidence sur les retraites

**Marie-Thérèse Lanquetin**

DANS **RETRAITE ET SOCIÉTÉ 2011/2 n° 61**, PAGES 69 À 97

ÉDITIONS **LA DOCUMENTATION FRANÇAISE**

ISSN 1167-4687

DOI 10.3917/rs.061.0069

Date de mise en ligne : 23/12/2011

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://shs.cairn.info/revue-retraite-et-societe1-2011-2-page-69?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour La Documentation française.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](http://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

# La philosophie des dispositifs de politique familiale et leur incidence sur les retraites

Marie-Thérèse Lanquetin, université Paris-Ouest Nanterre-La Défense,  
présidente du comité consultatif de feue la Halde





Lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 9 novembre 2010 portant « réforme des retraites », la question de la retraite des femmes a été très présente. Cela avait également été le cas, un an auparavant, lors de la remise en cause de la majoration de durée d'assurance (MDA) accordée aux mères au moment de leur départ en retraite, dans le régime général de sécurité sociale.

Les disparités de retraite entre les femmes et les hommes sont importantes et sont renvoyées le plus souvent aux inégalités de rémunération. Dans l'attente de la réalisation de l'égalité de rémunération, les avantages familiaux viendraient compenser les effets des interruptions de carrière des mères et les conséquences en termes de progression de carrière. Mais la véritable raison des inégalités de retraite ne tiendrait-elle pas d'abord au rôle traditionnel des femmes dans la famille et à la conception même de la politique familiale inscrite dans le système de protection sociale et à ses conséquences sur l'emploi ?

Le système français de protection sociale a été, dès l'origine, un système « familialisé » et nataliste participant d'une « vision démographique de l'avenir de la nation ». On peut même dire « maternaliste », car visant le retour de la mère au foyer. Il s'est construit sur un même modèle, qu'il s'agisse du régime général de sécurité sociale mis en place en 1945 ou des régimes spéciaux, et spécialement du régime de retraite des fonctionnaires, lequel remonte au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. Ce modèle « familialisé » est fondé sur le travail et garantit, selon l'article 1 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 créant le régime général de sécurité sociale, « le travailleur et sa famille » contre « les risques de toute nature, susceptibles de réduire ou supprimer leur capacité au gain, à couvrir les charges de maternité et les charges de famille qu'ils supportent ». Il correspondait à un état de la société qui refusait le travail des femmes et reposait sur une répartition des rôles entre les hommes et les femmes. Et même si ce modèle a connu des évolutions, comme l'a montré Pierre Strobel (1996), Madame pouvant être Gagnepain à la place de Monsieur, et Saint Joseph pouvant prendre le relais, le modèle initial est toujours fortement présent.

**Le système français de protection sociale a été, dès l'origine, un système « familialisé » et nataliste participant d'une « vision démographique de l'avenir de la nation ».**

La politique familiale s'est longtemps exprimée au travers de la rhétorique du « libre choix »<sup>1</sup> pour les femmes de travailler ou d'avoir des enfants (Lanquetin, Letablier, 2005). Des courants doctrinaux, des traditions philosophiques, des oppositions idéologiques traversaient ainsi la politique familiale (Martin, 1998), mais cette dernière était marquée d'une ambiguïté dans la mesure où des injonctions contradictoires étaient adressées aux femmes (Lenoir, 1985). La perspective était à la fois démographique (augmenter le taux de natalité) et solidaire (aider les familles nombreuses). Cependant, elle a progressivement intégré le modèle de la femme qui travaille. Et comme les femmes pouvaient avoir à s'arrêter de travailler professionnellement et qu'elles subissaient ainsi des retards dans leur carrière, des correctifs en matière de retraite ont été recherchés, afin de compenser la perte de salaire ou la faiblesse des durées de cotisation. La « familialisation » des droits garantissait les risques liés aux charges de famille au-delà des prestations attribuées pour les enfants et avait pour corollaire, à des degrés divers, la protection des mères.

**Les disparités de retraite entre les femmes et les hommes sont importantes.**

L'affirmation du principe d'égalité entre les hommes et les femmes dans tous les domaines, ne pouvait qu'interroger ces fondements, et notamment la « familialisation » des droits sociaux. Après le modèle hiérarchique de la famille, puis le modèle institutionnel, comment concevoir un modèle égalitaire participant d'une démocratie « familiale » pour reprendre les termes de Jacques Commaille et al. (2002)? Cette évolution impliquait une redéfinition des responsabilités familiales et la prise en considération des personnes composant la famille. La sémantique devait changer, car la situation des femmes dans la famille perçue comme naturelle n'était pas si « naturelle » et pouvait s'analyser en termes d'inégalités, voire de discriminations. Et pour cela, l'interdépendance des structures familiales, du droit de la famille, de l'emploi et de la fiscalité joue un rôle central.

**La politique familiale s'est longtemps exprimée au travers de la rhétorique du « libre choix » pour les femmes de travailler ou d'avoir des enfants.**

De plus, la façon de concevoir la maternité a évolué. D'une conception purement biologique avec un objectif d'abord nataliste impliquant la cessation d'une activité professionnelle, la dimension de soin aux enfants est apparue comme concurrente de l'activité professionnelle.

Mais la France a résisté à ces évolutions. À la question du contenu à donner à l'égalité entre hommes et femmes, elle a cherché à sauvegarder le modèle national. Elle a fait prévaloir une conception formelle de l'égalité assortie de mesures « protectrices ». Parce qu'il s'agissait de préserver la natalité et la famille, un certain nombre de dispositifs protecteurs des femmes et de leur rôle dans la famille ont été mis en place, sous couvert de protection de la natalité et de la famille. Le renouveau est venu du droit communautaire et, plus récemment, du droit européen. Ils apportaient des réponses plus exigeantes au droit fondamental de l'égalité entre hommes et femmes. Cette question s'est posée au sujet des bonifications réservées aux mères dans le régime de retraite des fonctionnaires, puis a logiquement porté sur les majorations de durée d'assurance en matière de retraite dans le régime général de sécurité sociale.

1 La rhétorique du libre choix s'est estompée à la fin des années 1990 lorsque les politiques familiales ont mis l'accent sur les responsabilités parentales et que la problématique des temps sociaux est devenue un objet d'attention des politiques. L'influence des conventions internationales est à noter également. La Cedaw date de 1979 et a été ratifiée en 1984. La convention de l'OIT n° 156 sur l'égalité de traitement des travailleurs ayant des responsabilités familiales date de 1981.

Mais si la politique familiale comportait et comporte toujours des avantages différés en matière de retraite, essentiellement pour les mères, un autre volet de la politique familiale a des conséquences, à l'heure actuelle, sur les retraites des mères, et même plus généralement sur celles des femmes. Depuis sa création, le congé parental d'éducation, tel qu'il a été conçu et malgré quelques évolutions, a une incidence indirecte sur les retraites. Sous couvert d'ouverture au père et à la mère, il est néanmoins discriminatoire compte tenu du lien entre la politique familiale et la politique de l'emploi.

## PARTIE I / LE CONGÉ PARENTAL : ENTRE POLITIQUE FAMILIALE ET POLITIQUE D'EMPLOI

La politique familiale a connu des évolutions dans les années 1970 dans un contexte de baisse de la natalité<sup>2</sup>. Elle avait jusque-là surtout une visée nataliste et même si la visée nataliste est toujours présente, la conception a quelque peu évolué, la dimension de soins aux enfants devenant concurrente de l'activité professionnelle (Fagnani J., Letablier M.T., 2011). La politique familiale devient alors connectée à la politique de l'emploi. Une série de lois vont être adoptées créant d'une part, un congé parental d'éducation relevant du droit du travail et d'autre part, une allocation parentale d'éducation, relevant du droit de la sécurité sociale. Ces mesures auront une incidence directe sur l'activité de nombreuses femmes et donc, sur le nombre de trimestres qu'elles pourront valider et les rémunérations à prendre en compte. Le congé parental concernera d'abord les mères et, à partir de 1978, sera ouvert au père mais à titre subsidiaire. Puis, sans condition, il sera ouvert au père et à la mère. Mais sa conception même fera que les mères seront majoritairement assignées à ce dispositif dans près de 98 % des cas. Cette mesure apparemment neutre ne constitue-t-elle pas, par sa conception même, une discrimination à l'égard des mères ?

### Le congé parental d'éducation à l'épreuve du principe d'égalité entre hommes et femmes

#### Un congé parental apparemment neutre

##### *Congé parental et allocation parentale d'éducation*

En 1977, pour faciliter la vie des familles, l'accent va être mis sur un renouvellement de la politique familiale qui se traduit par la création **d'un congé parental d'éducation**<sup>3</sup>. Les dispositions insérées dans le code du travail prévoient que, dans les entreprises de plus de 200 salariés et à l'issue du congé de maternité, la femme salariée qui justifie d'une ancienneté minimale d'un an à la date de la naissance, de l'adoption... a droit à un congé parental d'une durée maximale de deux ans, durée pendant laquelle le contrat de travail est suspendu. À l'issue de ce congé, la salariée retrouve « son précédent emploi

2 La volonté affichée à la fin des années 1970 est de favoriser le renouveau démographique, la natalité ayant atteint un niveau particulièrement bas en 1976 avec 720 000 naissances seulement. Quant au taux de fécondité, il a atteint son niveau le plus bas en 1983 avec 1,78 enfant par femme avant de remonter à 1,85 en 1986, ce qui est insuffisant pour renouveler les générations, c'est-à-dire 2,1 enfants par femme. Source : Raymond M., « La loi du 29 décembre 1986 relative à la famille : complexe, injuste et antinataliste », *Dr.soc.* 1987, n°4, p. 335.

3 Loi n° 77-766 du 12 juillet 1977.

ou un emploi similaire assorti d'une rémunération équivalente ». Ce droit sera, à titre subsidiaire, ouvert au père par la loi du 17 juillet 1978<sup>4</sup> s'il remplit les mêmes conditions et si la mère y renonce ou ne peut en bénéficier. Cette disposition sera modifiée par la loi du 4 janvier 1984<sup>5</sup> qui étend ce droit à « tout salarié ». Celui-ci peut également « soit bénéficier d'un congé parental d'éducation, soit réduire sa durée du travail à la moitié de celle qui est applicable dans l'établissement ». Ce congé non rémunéré sera complété par des dispositions du code de la sécurité sociale qui créent une **allocation parentale d'éducation (APE)** sous certaines conditions d'activité antérieure et de nombre d'enfants. Il s'agit de la sorte de garantir un minimum de revenu aux parents qui interrompent leur activité professionnelle pour élever leurs enfants de moins de trois ans (en congé parental). Il s'agit également de pallier le manque de place d'accueil pour les jeunes enfants. L'APE est créée par la loi du 5 janvier 1985. Cette prestation, contestée alors en raison de sa visée nataliste, est portée par la ministre Georgina Dufoix. Elle est versée pour chacune de personnes assumant la charge d'au moins trois enfants qui interrompt ou réduit son activité à l'occasion d'une naissance, d'une adoption... Cette allocation est subordonnée à l'exercice de deux années d'activité professionnelle dans une période de référence de 30 mois précédant la naissance... Les demandeurs d'emploi indemnisés ou non sont considérés comme interrompant leur activité professionnelle.

L'objectif était d'encourager les naissances rapprochées et d'inciter les familles à avoir un troisième enfant. La question du troisième enfant a en effet été récurrente au cours de ces décennies dans le débat sur la politique familiale. Elle avait été déjà présente sous la présidence de M. Giscard-d'Estaing avec la prime de 10 000 francs versée pour le troisième enfant<sup>6</sup>. Toutefois la loi du 29 décembre 1986 (n° 86-1307), dite loi Barzach, fait de l'allocation parentale un quasi-salaire maternel en assouplissant considérablement les conditions d'activité antérieure : deux ans d'activité professionnelle au cours des 10 ans précédant la naissance. Cette loi prévoit également un dispositif concernant la garde des enfants, dispositif qui sera réformé en 1994.

La loi Veil du 25 juillet 1994 (n° 94-629) ouvre le bénéfice de l'allocation dès la deuxième naissance. Pour la naissance de rang 2, la condition d'activité antérieure est de deux ans dans les cinq ans qui précèdent la naissance. Des APE à temps partiel sont également créées. Le dispositif vise une compensation de perte de salaire de 80 % pour

**La loi Veil du 25 juillet 1994 (n° 94-629) ouvre le bénéfice de l'allocation dès la deuxième naissance.**

un ménage bi-actif où chacun gagne 5 000 francs par an. Si chacun gagne 10 000 francs, la compensation est de 60 %. Pour les enfants de rang 3, la condition d'activité antérieure reste de deux ans dans une période de 10 ans.

Dès le premier bilan financier de la loi de 1994, cette nouvelle APE de rang 2 a représenté 2,1 milliards de francs, soit 8 millions de plus que prévu. Un certain nombre de femmes au chômage qui remplissaient les conditions pour percevoir l'APE ont profité de l'aubaine que représentait cette mesure. D'autres ont pu être incitées à modifier

4 Loi n° 78-753, article 21-II.

5 Loi n° 84-9.

6 HCF, 2011, « Architecture de la politique familiale : éléments de problématique », note adoptée le 13 janvier, p. 19.

leur comportement, et à anticiper une naissance. Le taux d'activité des mères de deux enfants qui augmentait régulièrement depuis plusieurs années, et qui était de 70 % en 1994, a chuté de 24 points en l'espace d'un an pour s'établir à 44 % en décembre 1995 ; alors que le taux d'activité des mères de trois enfants n'a pas varié. Cédric Afssa (Afssa, 1996 ; Piketty 2005) analysant ces données retient que le principal déterminant au retrait d'activité a été lié à la conjoncture économique. Et les femmes particulièrement incitées à se retirer du marché du travail se recrutent, en grande partie, parmi les chômeuses qui ont pu trouver un avantage financier non négligeable à échanger des indemnités de chômage contre l'APE sachant qu'à l'issue du congé, les droits aux indemnités de chômage reprenaient (Marc, 2004 ; Gosset-Connan, 2004). Mais la question était de savoir si le retrait du marché du travail était temporaire ou définitif.

### *La réforme de 2003 et l'allocation dite de « libre choix » : maintien de l'exclusion des femmes du marché du travail*

La réforme de 1986 avait créé un dispositif consacré aux modes d'accueil des enfants. Celle de 2003 (LFSS n° 2003-1199 du 18 décembre 2003) réorganise l'ensemble des prestations de garde des enfants. La prestation d'accueil du jeune enfant comprend trois volets qui constituent une sorte de « panier de droits » permettant d'attacher à la prestation un ensemble d'allocations<sup>7</sup>. Elle vise à introduire plus de cohérence dans un système complexe en structurant l'ensemble des aides autour d'une prestation unique centrée sur l'enfant, ainsi que sur les besoins et les préférences des parents sans définir pour autant un droit pour chaque enfant à un mode d'accueil. Le système consiste en une allocation de base par enfant et par mois sous condition de ressources : un complément de libre choix de mode de garde et un complément de libre choix d'activité (CLCA)<sup>8</sup>, sous condition de ressources, quand l'un des parents cesse ou réduit son activité professionnelle. Ce complément est offert dès le premier enfant pendant six mois sous condition d'une activité antérieure dans les deux ans qui précèdent la naissance. Pour le deuxième enfant, cette allocation est versée jusqu'aux trois ans de l'enfant à condition d'avoir travaillé deux ans dans les quatre ans précédant la naissance. Enfin, pour l'enfant de rang 3 et plus, la condition de durée d'activité est de deux ans dans les cinq ans précédant.

**Quel que soit le dispositif applicable, la question du comportement d'activité des mères se pose à l'issue d'un congé parental.**

Quel que soit le dispositif applicable, la question du comportement d'activité des mères se pose à l'issue d'un congé parental (Meurs *et al.*, 2010, spec. p. 121-122) d'un an, de trois ans ou plus, s'il y a plusieurs enfants. Le recours au travail à temps partiel et la réalité du retour dans l'emploi rencontrent les règles de droit du travail, la jurisprudence de la Cour de cassation ou les comportements des employeurs. Enfin, la situation n'est pas la même dans le secteur privé et pour les fonctionnaires pour lesquels il existe une sécurité de l'emploi. Le mode de calcul de la retraite est de plus différent. Alors que pour les fonctionnaires, il est fait référence à l'activité des six derniers mois, dans le secteur privé, les droits sont calculés par référence aux 25 meilleures années.

<sup>7</sup> Lanquetin M.-T., Letablier M.-T., 2005.

<sup>8</sup> Dont le montant est en 2011 de 560,40 euros par mois.

## Une politique familiale discriminatoire ?

Sous couvert de lien avec l'activité professionnelle antérieure, l'allocation parentale offre un demi Smic pour s'occuper du deuxième enfant jusqu'à ses trois ans. Mais 98 % des bénéficiaires sont les mères. Et même si le congé parental, régi par le code du travail, règle en apparence la question du retour dans l'emploi antérieur ou dans un emploi similaire avec un salaire au moins équivalent, la réalité n'est pas celle-là.

L'analyse en termes de discrimination est alors possible. Car le « neutre » ne suffit pas à garantir qu'une mesure est égalitaire. Le droit international des droits de l'homme permet ainsi d'interroger les dispositifs adoptés. L'analyse consiste à montrer les effets d'une mesure apparemment neutre qui aboutit en réalité au même résultat que si le dispositif s'adressait uniquement aux mères, l'existence d'un pourcentage de pères relevant de cette mesure ne changeant rien à l'analyse<sup>9</sup>.

En effet, ce dispositif n'est pas neutre à plus d'un titre. Certes, la durée du congé d'un an renouvelable deux fois donne une certaine souplesse aux parents. Mais ceux-ci confrontés au mode de garde, n'ont pas un véritable choix en raison du clivage qu'opèrent le manque de place de crèche et le coût des autres modes d'accueil. La rhétorique du « libre choix d'activité » est présentée comme si le choix était possible. La faiblesse de l'allocation servie va encore dans le sens d'un salaire maternel pour les femmes les moins qualifiées, la mère apparaissant en réalité comme la meilleure éducatrice de l'enfant (Pérvier, 2003 ; de Singly 2003 ; Letablier, Lanquetin, 2005). Au-delà de la question du financement du mode de garde de l'enfant, le non-respect par l'employeur de ses obligations à l'issue du congé de maternité et du congé parental reste la grosse difficulté. Les absences des mères constituent alors une trappe à inactivité. Enfin, la conception familialiste des droits en matière de sécurité sociale ne corrige pas les effets discriminatoires de la politique familiale. La réforme des retraites par la loi du 9 novembre 2010 ne change rien à la pertinence de l'analyse.

### La lente progression des sanctions relatives au retour dans l'emploi

Si en effet l'employeur ne remplissait pas ses obligations, les sanctions encourues ont été longtemps définies en termes de dommages et intérêts. Il aura fallu attendre 2003 pour que la Cour de cassation affirme que le licenciement en raison d'une grossesse est nul et ordonne la réintégration de la salariée dans l'emploi. Dans cet arrêt, la Cour de cassation, au visa de l'article L. 1225-4 du code du travail, décide que lorsque le « licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent » et « qu'en cas de licenciement d'une salariée en état de grossesse, en application de l'article L. 1225-4, sa réintégration doit être ordonnée, si elle le demande »<sup>10</sup>.

9 Cf. la jurisprudence de la CJCE, notamment l'arrêt Bilka du 13 mai 1986 (Aff. 170/84) et la définition reprise de la jurisprudence, notamment dans la directive « refonte » 2006/54 du 5 juillet 2006 : « une discrimination indirecte existe lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement les 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 objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ». Lanquetin M.T ; 2007, *Droit soc.* p. 875. Également la jurisprudence de la CEDH : Frédéric Sudre, 2008, « Rapport introductif » in Sudre F et Surret H., *Le droit de la non-discrimination au sens de la CEDH*, Éd. Bruylant, p. 17.

10 Cass. soc 30 avril 2003, n° 00-44811, Velmon/Association Promotrans, Avis de l'avocat général Jacques Duplat RJS juillet 2003, p. 557.

La Cour de cassation tire enfin les conséquences de la jurisprudence de la CJCE qui a analysé le licenciement d'une femme en raison de ses absences pour grossesse en termes de discrimination directe<sup>11</sup>. Cette qualification juridique est seule susceptible de faire respecter l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Cette jurisprudence considère alors la protection pendant la période de grossesse, non comme une exception au principe d'égalité, mais comme la condition même de l'égalité. Jusque-là, la jurisprudence française s'inscrivait dans une logique de protection du rôle de la mère sans lui laisser de choix au regard de son emploi.

Concernant le congé parental d'éducation, l'article L. 1225-55 du code du travail, prévoit que le salarié « retrouve son précédent emploi ou un emploi similaire assorti d'une rémunération au moins équivalente ». Des difficultés existent pourtant. Concernant la notion d'emploi similaire, la jurisprudence a dû dégager des critères opérationnels. La jurisprudence a considéré que l'emploi proposé n'était pas similaire lorsqu'il se traduisait par une modification du contrat, mais que tel n'était pas le cas dans l'hypothèse du changement des conditions de travail. Pour la jurisprudence, il est logique de se référer aux fonctions exercées par le salarié au moment du départ en congé pour déterminer l'emploi qu'il doit retrouver au retour. Les difficultés sont cependant réelles et il y a peu de saisine du juge<sup>12</sup>, seul susceptible de limiter le pouvoir de l'employeur.

La Halde a permis d'apporter une aide indépendante aux personnes se trouvant dans cette situation afin de les aider à monter leur dossier. Elle a contribué à faire connaître l'analyse en termes de discrimination.

### Les incidences des interruptions de carrière dues à l'éducation des enfants

Pendant les interruptions d'activité en raison d'un congé parental, l'assurance vieillesse des parents au foyer (AVPF) est prise en charge par la Caisse nationale d'allocations familiales (Cnaf) par référence à un salaire, le Smic. Ce dispositif a été mis en place en 1972 au profit des mères, au moment de l'allocation de salaire unique. Elle a été étendue en 1978 aux deux membres du couple dès lors que la personne isolée ou un membre du couple, bénéficiaire de certaines prestations familiales et disposant de ressources inférieures à un plafond, assume la charge d'enfants dont l'âge et le nombre sont fixés par décret<sup>13</sup>.

Si en termes de durée de cotisation, l'AVPF peut permettre de valider trois années à l'assurance vieillesse par enfant, en termes de niveau de cotisations, seules les mères rémunérées au Smic peuvent y trouver un avantage, si ces années font partie des 25 meilleures années<sup>14</sup>. Ce sont majoritairement les mères de situation modeste qui sont concernées, illustrant la familialisation des droits à la retraite.

La réforme des retraites d'octobre 2010 a d'une part, prévu l'inclusion des indemnités journalières de maternité dans le salaire annuel moyen servant de référence pour le calcul

11 Cass. soc 16 juillet 1998 Bull V n° 392 ; Dr. soc.1998, obs. Lanquetin M.T., RJS 1998, 713 n°1 171.

12 Lanquetin M.T., Maternité et discrimination dans la carrière (à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, 5 mai 2010), *D.Ouv.* septembre 2010 p. 475.

13 Voir pour plus de détail sur l'assurance vieillesse des parents au foyer l'article de C. Bac dans le présent numéro.

14 Le salaire porté au compte de l'assuré lors de la validation de trimestres au titre de l'AVPF correspond à un Smic annuel.

de la pension vieillesse<sup>15</sup>. Cette disposition sera applicable aux indemnités journalières versées dans le cadre de congés de maternité qui débiteront à compter du 1<sup>er</sup> mars 2012<sup>16</sup>.

Et d'autre part, la réforme introduit une dérogation au nouveau dispositif de recul de l'âge légal à la retraite<sup>17</sup>. Cependant, cette dérogation n'a pas une grande portée. Alors que l'âge de la retraite à taux plein sans décote est fixé à 67 ans, il demeure à 65 ans pour certaines générations d'assurés même s'ils ne justifient pas de la durée requise d'assurance<sup>18</sup> : il s'agit de ceux qui sont nés entre le 1<sup>er</sup> juillet 1951 et le 31 décembre 1955, qui ont eu ou élevé trois enfants et ont interrompu ou réduit leur activité professionnelle dans des conditions et un délai déterminé suivant la naissance ou l'adoption de leur enfant. Ceux-ci doivent avoir validé, avant cette interruption ou cette réduction de leur activité professionnelle, un nombre de trimestres minimum dans un régime de retraite légalement obligatoire d'un État membre de l'Union européenne, de l'AELE ou de la Confédération suisse<sup>19</sup>.

**La loi du 9 novembre 2010 maintient à 65 ans le droit à une retraite à taux plein pour les parents de trois enfants.**

L'article L. 351-8 IV du code de la sécurité sociale vise donc les assurés parents de trois enfants nés entre le 1<sup>er</sup> juillet 1951 et le 31 décembre 1955 inclus. Les assurés ? Ce sont évidemment les femmes qui sont concernées et leur nombre est relativement modeste, évalué à 25 000 par an

ou 130 000 environ pour l'ensemble de la période. Le rappel du dispositif législatif ne peut que conforter cette analyse. Cette disposition résulte d'un amendement présenté par le gouvernement le 7 octobre 2010, au Sénat, afin de donner quelque peu satisfaction aux opposants à la réforme. La dérogation n'affecte que très superficiellement un système qui génère de profondes inégalités et résulte dans une large mesure du caractère discriminant de certaines dispositions de la politique familiale.

Lorsque la loi du 9 novembre 2010 maintient à 65 ans le droit à une retraite à taux plein pour les parents de trois enfants, la mesure s'adresse d'abord et essentiellement aux mères qui auront interrompu leur activité, cotisé au niveau du Smic, auront des annuités supplémentaires de deux ans par enfant et acquis des droits propres au final égaux au minimum vieillesse.

15 Il ne sera pas traité de l'assurance veuvage que la loi du 21 août 2003 avait supprimée et que la loi de 2010 rétablit.

16 Article 98 de la loi. Ce qui devrait permettre de prendre en compte l'année du congé de maternité au titre des 25 meilleures années alors que jusque-là, elle en était exclue. Le financement de cette mesure est pris en charge par le Fonds solidarité vieillesse. Tout dépend en réalité du niveau de salaire.

17 L'âge légal de la retraite passe de 60 à 62 ans et l'âge de la retraite à taux plein sans décote de 65 à 67 ans. Cette évolution se fera progressivement de génération en génération, à l'horizon 2018. La première génération concernée par ces nouveaux âges sera celle née en 1956.

18 Article 20-IV de la loi modifiant l'article L. 351-8 du code de la sécurité sociale.

19 La loi prévoit une dérogation. « L'âge mentionné au 1<sup>er</sup> du dit article est fixé à soixante-cinq ans pour les assurés nés entre le 1<sup>er</sup> juillet 1951 et le 31 décembre 1955 inclus lorsqu'ils remplissent les conditions suivantes :  
– avoir eu ou élevé, dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article L. 351-12 du code de la sécurité sociale, au moins trois enfants ;  
– avoir interrompu ou réduit leur activité professionnelle, dans des conditions ou un délai déterminés suivant la naissance ou l'adoption d'au moins un de ces enfants, pour se consacrer à l'éducation de cet ou de ces enfants ;  
– avoir validé, avant cette interruption ou réduction de leur activité professionnelle, un nombre de trimestres minimum à raison de l'exercice d'une activité professionnelle, dans un régime de retraite légalement obligatoire d'un État membre de l'Union européenne ou partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse ».

On pouvait penser que les dispositifs de politique familiale successifs qui ont contraint certaines femmes de se retirer du marché du travail, faute de mode de garde, auraient été plus largement pris en compte afin d'adapter la réforme à la réalité des situations. Finalement, la dérogation de la loi ne vise en réalité que les mères de trois enfants, nées entre 1951 et 1955. Ces générations n'auront heureusement pas connu le droit d'opposition du mari à l'exercice d'une profession séparée, droit d'opposition exercé au nom de « l'intérêt de l'enfant » et qui a été supprimé en 1965 !

**Les femmes qui partent en retraite à 60 ou 62 ans ne sont ou ne seront pas les mêmes que celles qui attendront 65 ans.**

S'agissant du nombre de trimestres à valider et du niveau de retraite, peut-on considérer que les mères et les pères sont dans une situation comparable au regard des droits à la retraite dans le contexte d'une politique familiale discriminante ?

Lors des débats parlementaires, le ministre du Travail soutenait qu'une femme de 55 ans a autant de trimestres de cotisation pour sa retraite qu'un homme. Il reconnaissait cependant que le manque de trimestres concerne encore certaines générations, celles des femmes qui atteindront l'âge de la retraite dans les cinq ans à venir<sup>20</sup>. Dans une tribune publiée dans le journal *Le Monde*<sup>21</sup>, le ministre du Travail, conforté par d'autres ministres du gouvernement, revient sur cette question : « Les femmes ont aujourd'hui des carrières d'une durée équivalente à celles des hommes. L'une des raisons en est que notre système de retraite comporte de nombreux dispositifs de solidarité, notamment en faveur des femmes », et de faire référence à l'AVPF et aux majorations de durée d'assurance. Il précise encore que 60 % des salariés prennent aujourd'hui leur retraite à taux plein (demain ce sera 62 ans) et que « l'on se trompe lorsque l'on dit que passer à 67 ans conduit à pénaliser les femmes. Les femmes concernées ne sont pas celles qui travaillent à temps partiel, enchaînent les petits boulots ou ont commencé de travailler à 15 ans. En réalité, ce sont des femmes qui ont arrêté de travailler il y a longtemps et qui attendent 65 ans pour éviter toute décote... ce ne sont pas celles qui ont les revenus les plus modestes ». Il reste que les femmes qui partent en retraite à 60 ou 62 ans ne sont ou ne seront pas les mêmes que celles qui attendront 65 ans. Les premières percevront une retraite à taux plein et auront le nombre de trimestres nécessaires d'autres auront le minimum contributif après avoir cotisé au titre de l'AVFP, d'autres enfin auront le minimum vieillesse. En réponse, Françoise Milewski<sup>22</sup> fait observer que « l'argumentation actuelle des pouvoirs publics est que les écarts de durée d'assurance (les trimestres validés) entre les femmes et les hommes sont déjà en voie de résorption, qu'ils vont disparaître à l'avenir et que, en conséquence, seuls les écarts de salaires durant la vie active expliqueront les écarts de pensions. Cela permet de faire de ces écarts de salaires la question essentielle à traiter, en négligeant les autres ».

Françoise Milewski, faisant référence aux projections de la Caisse nationale vieillesse, note que les femmes n'ont pas le même nombre de trimestres que les pères : « En réalité, les femmes aujourd'hui âgées de 54 ou 55 ans (c'est-à-dire celles de la génération 1955) valideront 25 trimestres de moins que les hommes (génération 1965) à l'âge de

20 Débats Sénat, séance du 5 octobre 2010.

21 Woerth E., Berra N., Kosciusko-Morizet N., Morano N., Tron G., « Agir sur les écarts de salaire pour améliorer la retraite des femmes » : « Si nous voulons agir sur les vraies causes des inégalités de pension, nous devons encore combattre bien des idées reçues », *Le Monde*, 5 octobre 2010 p. 19.

22 *Le Monde* du 12 octobre 2010.

60 ans (comme à l'âge de 70 ans), tandis que celles nées 10 ans plus tard (génération 1965) valideront 20 trimestres de moins aux mêmes âges, si l'on s'en tient aux droits propres. » [...] « Il faut faire intervenir les compensations, telles que la majoration de durée d'assurance (MDA) par enfant et l'AVPF pour qu'un rapprochement s'opère (mais de là à obtenir 15 trimestres de plus...). »

## Des facteurs aggravants

Le congé parental d'éducation, mais aussi le dispositif concernant le droit à une retraite sans décote sont des mesures apparemment neutres. Cette dernière vise les « assurés » nés entre juillet 1951 et décembre 1955, et concerne majoritairement les mères, les pères n'étant guère éligibles à un congé parental d'éducation à l'époque.

Le neutre auquel fait référence tant le droit du travail concernant le congé parental, (« tout salarié ») à partir de 1984, que le droit de la sécurité sociale lorsqu'il vise les « parents de trois enfants nés entre le 1<sup>er</sup> juillet 1951 et le 31 décembre 1955 », ne suffit pas à garantir l'égalité entre hommes et femmes. Les conditions de la « réalisation » de l'égalité entre hommes et femmes (entendue comme sa mise en œuvre) sont décisives. Le droit international des droits de l'homme, et notamment la jurisprudence de la CJCE, et plus récemment de la CEDH nous ont appris qu'une mesure apparemment neutre peut en réalité cacher une discrimination indirecte et aboutir au même résultat que si la discrimination était directe<sup>23</sup>.

L'analyse de la situation comparée des pères et des mères au regard du congé parental, de l'APE, mais aussi du complément de libre choix d'activité (CLCA) et des difficultés rencontrées quant au mode de garde des enfants montre qu'il existe en réalité deux filières dans le système de protection sociale au regard des droits à la retraite : la filière « maman » et la filière « carrière »<sup>24</sup>, la première n'étant pas en apparence coupée totalement de l'activité professionnelle. En ce sens, elle est discriminante, car l'acquisition des droits sociaux ne respecte pas le principe d'égalité entre hommes et femmes. Elle est même discriminatoire. Il faut alors analyser les facteurs aggravants propres au système de protection sociale qui repose sur la familialisation des droits dont il convient d'examiner les effets pervers. De plus, les inégalités et discriminations entre hommes et femmes résultent en grande partie, en France, de l'instrumentalisation directe ou indirecte de certains dispositifs de la politique familiale par la politique de l'emploi. Jacques Commaille *et al.* parlent même d'une politique familiale « phagocytée » par la politique de l'emploi. La conception familialisée des droits sociaux a des répercussions sur l'emploi, les rémunérations et les retraites des mères mais aussi de toutes les femmes.

## La familialisation des droits à l'épreuve d'une conception plus égalitaire de la famille

Le système de sécurité sociale présenté comme un modèle contributif et familialisé a certes évolué et les femmes peuvent se constituer des droits propres. Une partie

23 Cf. note 9.

24 D'après le titre d'un article ancien d'Henri Pierre, *Le Monde*, 11 mai 1989. Voir également la terminologie de mères intrinsèques, centrées sur leur famille et les travailleuses intrinsèques, centrées sur leur carrière. Cf. Meurs D., Pailhé A., Ponthieux S., 2010, p. 118.

d'entre elles, souvent les plus qualifiées, n'est pas directement concernée par la familialisation des droits, sauf en matière de pension de réversion (Lenoir, 2003). Cette familialisation des droits reste à l'arrière-plan du système de sécurité sociale et a des effets pervers lorsque la conception de la famille est inégalitaire, hiérarchique. Les politiques publiques doivent être interrogées de nouveau dans cette perspective. Car loin d'être une solution, la familialisation des droits est un problème. Elle se retourne contre les femmes qui ne peuvent accéder à l'égalité en raison des charges de famille. Elle a pu représenter une forme de solidarité, car c'est le fait familial qui était pris en compte comme catégorie à part entière des politiques sociales, comme unité de base à protéger. Ce n'était pas l'individu citoyen membre de la famille qui était visé, d'autant que la femme a tardé à être considérée comme citoyenne.

Les droits dérivés instituent en effet une dépendance à l'égard du titulaire des droits à prestations. Ils dissuadent les femmes de se présenter sur le marché du travail en raison de la mise sous condition de ressources d'un certain nombre de prestations, mais aussi parce que des droits sont accordés sans nécessité de contribuer. Les droits dérivés permettent de bénéficier d'une pension calculée sur la base des cotisations du conjoint décédé. Des femmes qui n'ont jamais travaillé professionnellement perçoivent ainsi une pension qui peut être supérieure à la pension de personnes qui ont dû interrompre leur activité en raison de la charge de famille.

**Cette familialisation des droits reste à l'arrière-plan du système de sécurité sociale et a des effets pervers lorsque la conception de la famille est inégalitaire, hiérarchique.**

La conception française de l'égalité en matière de droits économiques et sociaux est en cause. Dans le cadre de la familialisation des droits, sont adoptés des dispositifs de protection de la cellule familiale visant d'abord en réalité le rôle des mères. Protection versus exclusion des mères du marché du travail si l'on considère la question de mise sous condition de ressources. Le familialisme autorise des mesures qui sont hors du droit de l'égalité entre hommes et femmes et qui sont justifiées par une logique de répartition des rôles (Commaille, 2000), alors que le droit européen ou le droit communautaire participent d'une autre conception de l'accès aux droits sociaux (cf. *infra*). Des mesures spécifiques sont possibles, mais doivent s'inscrire dans le droit de l'égalité, ce que le droit communautaire nomme des « actions positives »<sup>25</sup>. Il s'agit chaque fois de mesures temporaires dont il faut définir la finalité et analyser en termes de proportionnalité à l'objectif poursuivi : sont-elles aptes et nécessaires pour atteindre l'objectif d'égalité ?

Cette analyse des effets de la familialisation des droits sociaux remonte aux années 1980, l'Union européenne ayant préparé une proposition de directive du Conseil complétant la mise en œuvre du principe d'égalité entre hommes et femmes dans les régimes légaux et professionnels de sécurité sociale<sup>26</sup>. Cette proposition de directive dite « directive balai » était destinée à traiter des différentes dérogations autorisées dans les directives sécurité sociale adoptées et était relative à l'individualisation des droits sociaux. Les États membres ont refusé une telle directive au motif que la protection sociale relevait de leur seule compétence. Mais la question de l'égalité entre hommes et femmes est

<sup>25</sup> Cf. l'article 157 du Traité UE alinéa 4 (ancien article 141).

<sup>26</sup> Proposition de Directive de la Commission européenne, COM (1987) 494 final.

bien de la compétence communautaire et l'on sait l'étroite relation entre le travail et la protection sociale. Depuis lors, la Commission européenne associe cette question de l'individualisation des droits aux différentes politiques qu'elle peut impulser en associant l'égalité des sexes et l'avenir de la protection sociale<sup>27</sup>.

Elle a ainsi mis l'accent sur la nécessité d'une évolution des rôles dans la famille et donc sur la nécessité de la conciliation/articulation de la vie familiale et de la vie professionnelle considérée non comme le fait la France, comme le résultat d'un choix supposé des parents, mais entendue en droit communautaire, comme une exigence inhérente à l'égalité, comme « le corollaire de l'égalité de traitement »<sup>28</sup>. Or, la réforme des retraites n'apporte pas ici de réponse suffisante en termes de parentalité. La jurisprudence communautaire ou la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>29</sup> pourraient obliger à d'autres évolutions comme elles l'ont fait concernant les avantages familiaux en matière de retraite (*cf. infra*).

### Les discriminations en matière de rémunérations

La conception familialisée des droits sociaux a une répercussion sur l'emploi des femmes, leurs rémunérations et donc leurs retraites. Cette question apparaît comme le point de résistance à l'égalité entre hommes et femmes. C'est cependant à partir de la question de l'égalité des rémunérations que la construction du droit de l'Union européenne a pu poser plus largement la question de l'égalité entre hommes et femmes. C'est sur ce fondement que progressivement la légitimité de l'Union en ce domaine s'est construite.

En effet, l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes est au cœur du dispositif communautaire depuis l'origine. L'article 119 du Traité CEE (article 141 du TCE, article 157 TUE) a été le point de départ d'une importante jurisprudence de la CJCE (CJUE), de législations communautaires<sup>30</sup> et de politiques communautaires<sup>31</sup>. Mais les inégalités et les discriminations ont perduré.

27 Commission européenne, « Moderniser et améliorer la protection sociale dans l'Union européenne », COM (1997) 102 final.

28 CJCE, 17 juin 1998, Aff. C-243/95 Hill et Stapleton. Le droit communautaire a également adopté une directive en matière de congé parental. Après une première proposition de Directive de la Commission au Conseil relative aux congés parentaux et aux congés pour obligations familiales du 24 novembre 1983, proposition modifiée et présentée au Conseil le 15 novembre 1984, les États membres ont refusé d'adopter ce texte. C'est sur le fondement du protocole social annexé au traité de Maastricht qu'un accord a été signé par les protagonistes sociaux, accord repris par le Conseil en la forme d'une Directive n° 96/34 du 3 juin 1996. Un nouvel accord du 18 juin 2009 a modifié cette première Directive et a donné lieu à la Directive du 8 mars 2010. Également : CJCE 22 octobre 2009, Aff. C-116/08, Christel Meerts.

29 Sudre F., 2008, « Rapport introductif », in Sudre F. et Surrel H., *Le droit à la non-discrimination au sens de la CEDH*, n° 81, Némésis/Bruylant, collection Droit et justice.

30 Directive 75/117, Directive 76/207, Directive 86/378 modifiée 96/97, Directive 2002/73 et Directive refonte 2006/54.

31 Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen et au Comité de régions, *Une feuille de route pour l'égalité entre les hommes et les femmes 2006-2010*, SEC (2006) 275, COM (2006) 92 final ; *Rapport à mi-parcours sur l'état d'avancement de la feuille de route pour l'égalité entre les femmes et les hommes (2006-2010) du 26 novembre 2018* (COM (2008) 760 final ; Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité de régions, *Stratégie pour l'égalité entre les femmes et les hommes*, SEC (2010) 1079, SEC (2010) 1080.COM 52010) 491 final.

### Quelques données chiffrées

Selon l'Insee, le salaire net annuel moyen des femmes en 2008 dans le secteur privé et semi-public représente 79 % de celui des hommes pour les cadres, 89 % pour les professions intermédiaires, 95 % pour les employés et 83 % pour les ouvriers. Mais il y a une « impossibilité de donner UN chiffre de l'écart salarial » (Meurs, Ponthieux, 2006), lequel varie en fonction de la source de données. Selon l'enquête Emploi de l'Insee qui permet d'inclure les temps partiels, l'écart est de 29 %, mais il s'agit alors de salaires mensuels. Il est nécessaire en effet de tenir compte des écarts de temps travaillé.

Les inégalités de salaires entre hommes et femmes restent importantes et ne concernent pas seulement les femmes qui ont connu des interruptions de carrière. Selon la Dares (Moschion, Muller, 2010), les femmes qui ne se sont jamais arrêtées de travailler ont un salaire horaire brut inférieur de 17 % à celui des hommes au parcours continu. Et selon l'Insee, une année d'interruption se traduit pour les femmes par une baisse de 11 % de leur rémunération. Dans l'Union européenne, l'écart de taux d'emploi entre les femmes qui ont un enfant et celles qui n'en ont pas est de 12,4 points, alors que les pères voient augmenter leur taux d'emploi de 7,3 % par rapport aux autres hommes.

Outre la durée de carrière, le montant de la rémunération perçue pendant la vie professionnelle est un élément déterminant du montant de la pension. On l'a vu avec l'assiette de l'AVPF. Mais comme le rappelle l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 9 novembre 2010 : « Tout salarié a droit à une pension en rapport avec les revenus qu'il a tirés de son activité. »

### Retour sur le lien de la politique familiale et de la politique de l'emploi

Les inégalités et les discriminations entre hommes et femmes résultent en grande partie, en France, de l'instrumentalisation de certaines dispositions de la politique familiale par la politique de l'emploi. Certes, toutes les femmes ne sont pas concernées par les dispositifs de la politique familiale, notamment par le congé parental, mais certaines n'ont pas le choix. Or, un système de protection sociale devrait supprimer tout ce qui dissuade les femmes, ou les pénalise, d'entrer ou de rester sur le marché du travail afin d'accumuler des droits propres à une pension.

Il n'en est rien et la logique des agents économiques maintient un solide fond d'inégalités. Un agent économique, en effet, rationalise ses choix et préfère ne pas embaucher ou promouvoir des femmes en raison des risques de grossesse mais aussi de la prise en charge des enfants et des interruptions de carrière. Face à un recrutement, un employeur fonde son calcul sur ce qu'il sait en moyenne du groupe auquel appartient la personne concernée. « Préjugant de la probabilité d'une interruption de carrière, il affectera les femmes à des postes moins exigeants en acquisition de capital humain spécifique afin de pouvoir les remplacer plus facilement. »<sup>32</sup> La politique familiale est à l'arrière-plan du mode de gestion de la main-d'œuvre. Cette analyse est confortée par les derniers travaux d'économistes (Meurs *et al.*, 2010) examinant par classes d'âge, « l'effet enfant » sur la rémunération des femmes « que les femmes interrompent ou non

**Les politiques publiques et les stratégies des entreprises ont pesé sur le développement d'emplois « féminins » peu qualifiés.**

32 Meurs D., Ponthieux S., 2006.

leur activité professionnelle » : « Les employeurs privilégient *a priori* les hommes, car les femmes qui ne souhaitent pas se retirer du marché du travail n'ont pas de moyen crédible de les en convaincre. Ainsi, leur présence continue sur le marché du travail ne leur rapporte rien de plus qu'accumuler davantage d'expérience par rapport à celles qui choisissent de faire une parenthèse dans leur carrière, sans réussir à mettre leur rémunération à hauteur de celle des hommes. » Il n'en reste pas moins que l'écart des rémunérations qui persiste entre hommes et femmes est lié à la présence d'enfants. Plus que d'une discrimination statistique, au sens économique du terme, il s'agit d'une discrimination systémique au sens juridique du terme.

Les politiques publiques et les stratégies des entreprises ont pesé sur le développement d'emplois « féminins » peu qualifiés, sous-payés et à temps partiel dans une logique de force de travail d'appoint percevant des salaires d'appoint. Les déclarations du ministre du Travail sont venues rappeler à différents moments des débats que « plus une femme subit l'inégalité salariale, plus elle subit l'inégalité de retraite », mais aussi que « l'égalité salariale ne doit pas être un sujet d'impuissance politique ». La loi du 2006 devait supprimer les écarts de rémunération entre hommes et femmes en cinq ans (Lanquetin, 2006). Tel n'a pas été le cas. La loi du 9 novembre 2010 revient sur cette question. L'article 99 de la loi modifie les dispositions du code du travail, des décrets sont attendus<sup>33</sup>. Mais il n'est pas sûr, une fois de plus, que les bons leviers soient mis en œuvre.

## PARTIE II / AVANTAGES FAMILIAUX DE RETRAITE : ÉGALITÉ FORMELLE OU SUBSTANTIELLE ENTRE HOMMES ET FEMMES ?

La politique familiale a également prévu des aides différées en matière de retraite. Ces aides ou avantages familiaux étaient destinés à améliorer les droits à la retraite pour les personnes ayant élevé un ou plusieurs enfants. Mais ces aides sont de natures diverses. Lorsqu'il s'agit d'une majoration de 10 % et plus à partir de trois enfants pour l'un et l'autre des parents, disposition toujours en vigueur, sa finalité était, à l'origine de la mesure, de compenser la charge d'enfant et le manque d'épargne qui pouvait en résulter. L'un de ces avantages, dans le régime de la fonction publique, autorisait la cessation d'activité pour les mères de trois enfants après 15 ans d'activité pour qu'elles retrouvent leur foyer. Quant aux bonifications ou MDA accordées seulement à la mère dans le régime des fonctionnaires ou dans le régime général de sécurité sociale, leur finalité correspondait à l'idée qu'élever une famille impliquait pour la mère un éloignement de la vie professionnelle avec des incidences en termes d'annuités de cotisation et en termes de carrière.

Ces différents avantages familiaux ont été créés certes à des moments différents, mais dans un contexte de familialisation des droits, de répartition des rôles entre hommes et femmes. La construction d'un modèle familial plus égalitaire devait conduire à réinterroger leurs différentes justifications.

Ainsi les majorations de retraite assises sur les rémunérations antérieures et accordées au père comme à la mère à partir de trois enfants reproduisent les inégalités de rémunération entre hommes et femmes. Mais c'est la question des bonifications et des majorations de durée d'assurance qui a fait l'objet d'un véritable feuilleton tant la question est sensible et les enjeux pas toujours bien perçus. Les plus hautes juridictions sont intervenues

33 Cf. décret du 7 juillet 2011 adopté après la rédaction de cet article.

en la matière, qu'il s'agisse de la CJCE, de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) au plan européen, du Conseil d'État ou de la Cour de cassation au plan national.

Les évolutions au nom du principe d'égalité entre hommes et femmes suscitent de fortes résistances et ont été impulsées par le droit communautaire et le droit européen. Se rencontrent et se heurtent ici la conception française de l'égalité et la conception du droit international des droits de l'homme, c'est-à-dire des droits fondamentaux de la personne. L'action législative doit alors se conformer à deux types de contrôle, l'un immédiat par le Conseil constitutionnel, l'autre plus tardif qui est un contrôle du texte adopté au regard des engagements internationaux de la France. Il s'agit alors d'un contrôle de conventionalité qui prime sur le contrôle national. L'action du législateur est ainsi encadrée d'une manière qui n'est pas harmonisée entre ces deux types de contrôle lesquels reposent sur des conceptions différentes de l'égalité, le contrôle de conventionalité obligeant à modifier les dispositions en cause, même si le Conseil constitutionnel les a jugées constitutionnelles.

Il reste que les modalités du passage d'un modèle inégalitaire à un modèle égalitaire se posent.

---

## Les avantages familiaux en lien avec la retraite

---

Les avantages familiaux de retraite ont fait l'objet d'un double contentieux selon qu'ils étaient prévus dans le régime de retraite des fonctionnaires (et autres régimes spéciaux assimilés) ou dans le régime général de sécurité sociale (et assimilés). Ils participaient de la même finalité ou philosophie, mais reposaient sur des régimes juridiques nationaux différents. En effet, en 1946, lors de la mise en place du régime général de sécurité sociale, les régimes spéciaux de sécurité sociale, et notamment le régime de retraite des fonctionnaires créés antérieurement, ont choisi de coexister avec le régime général et de garder leurs spécificités. Le droit communautaire est venu perturber cette coexistence en opérant une distinction entre le régime juridique de ces régimes spéciaux et le régime général de sécurité sociale.

### Des régimes juridiques différents

#### *Dans le régime de retraite des fonctionnaires*

---

La question s'est posée à propos de la bonification d'un an par enfant prévu par le code des pensions civiles et militaires depuis la loi du 14 avril 1924, pour les mères à leur départ en retraite : « Les femmes fonctionnaires ou employées bénéficieront d'une bonification d'âge et de service d'une année pour chacun des enfants qu'elles auront eus. » Ces dispositions ont été modifiées en 1964 pour faire référence à la condition que les enfants légitimes, naturels ou reconnus « aient été élevés pendant neuf ans au moins avant leur vint et unième année ». En 1982, la condition s'applique en plus aux enfants adoptifs.

La jurisprudence Griesmar du 29 novembre 2001<sup>34</sup> a considéré que le régime spécial de retraite des fonctionnaires était un régime professionnel au sens du droit communautaire

---

34 CJCE 29 novembre 2001, Aff. C-366/99.

et donc que ses prestations constituaient une rémunération au sens de l'article 119 du Traité CEE, c'est-à-dire « un avantage payé directement ou indirectement par l'employeur au travailleur en raison de son emploi » devant respecter immédiatement le principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins. Et concernant la nature juridique de cette bonification présentée par la France lors de l'audience devant la CJCE comme une action positive, la Cour a fait observer que « si tel avait été le cas, la mesure en cause n'apparaît pas 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 en retraite, sans porter remède aux problèmes qu'elles peuvent rencontrer dans leur carrière professionnelle » (point 65). Cette jurisprudence a été très présente tout au long des débats parlementaires portant réforme des retraites en 2003. Et la loi du 21 août 2003 a fait une distinction selon que les enfants étaient nés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2004 ou après le 1<sup>er</sup> janvier 2004.

Pour les enfants nés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2004, dont les parents fonctionnaires prennent leur retraite à partir du 28 mai 2003 (date de publication du projet de loi), l'article L. 12 sous/b du code des pensions civiles et militaires régime des fonctionnaires a été modifié pour tenir compte de la jurisprudence Griesmar. La nouvelle disposition ouvre le droit à la bonification d'un an aux mères et aux pères fonctionnaires à une double condition d'avoir élevé pendant 9 ans au moins un enfant (légitime, naturel ou adopté) avant son 21<sup>e</sup> anniversaire et d'avoir interrompu leur activité d'une durée continue au moins égale à 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. Mais cette disposition a été considérée comme discriminatoire à l'égard des pères par la Commission

**La condition d'interruption d'activité est en effet automatiquement remplie par les mères, ce qui n'est pas le cas pour les pères.**

européenne qui a mis la France « en demeure » de reconsidérer cette disposition. La disposition ainsi adoptée pour les enfants nés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2004 ne répond pas aux exigences communautaires, puisqu'elle a retenu comme condition du bénéfice de la bonification une interruption de deux mois.

La Commission européenne considère que la disposition est indirectement discriminatoire à l'égard des pères qui prennent leur retraite après le 28 mai 2003. La condition d'interruption d'activité est en effet automatiquement remplie par les mères, ce qui n'est pas le cas pour les pères. D'autant plus que la disposition est rétroactive à la date de publication du projet de loi (le 28 mai). Alors que la France considère qu'il s'agit d'une action positive au profit des mères, la Commission européenne fait observer que la disposition n'est pas liée au congé de maternité puisque la bonification est accordée également pour les enfants adoptifs.

Enfin, la Commission européenne fait observer que les fonctionnaires masculins et féminins sont pourtant dans une situation comparable au regard de l'éducation des enfants alors que la mère a droit à cette bonification qu'elle interrompe ou non son activité mais le père qui n'a pas interrompu son activité ne bénéficiera pas de la bonification. Quant aux fonctionnaires dont les enfants sont nés après le 1<sup>er</sup> janvier 2004, la loi du 21 août 2003 prévoit une majoration de deux trimestres pour les seules mères fonctionnaires en lien avec leur maternité (*cf. infra*).

### La majoration de durée d'assurance (MDA) dans le régime général de sécurité sociale

Une majoration de durée d'assurance (MDA) participant du même objectif que la bonification existant dans les régimes spéciaux a été mise en place par les lois Boulin du 31 décembre 1971 et du 3 janvier 1972, afin d'améliorer les droits à pension des femmes et de leur permettre de partir plus tôt en retraite. Cette majoration représentait un trimestre par année d'éducation de l'enfant dans la limite de huit trimestres par enfant, soit deux ans, qu'elles aient ou non interrompu leur activité.

Mais s'agissant d'un régime légal de sécurité sociale, le contrôle de la Cour de justice est faible. Pour la Cour, un tel régime répond à un objectif de politique sociale<sup>35</sup> relevant de la compétence des États membres. Certes l'exigence communautaire en ce domaine est de veiller à l'absence de discrimination directe et indirecte entre hommes et femmes. Mais si la Cour de justice, à différentes reprises, a exercé son contrôle sur les discriminations directes à l'encontre des femmes, elle a été très critiquée pour ne pas exercer un contrôle suffisant sur les discriminations indirectes en matière de sécurité sociale. La CJCE en effet se montre souple, dans son examen du contrôle de proportionnalité, concernant les arguments auxquels ont recours les États membres pour justifier une discrimination indirecte. La Cour accorde ici une marge certaine aux États.

### La MDA accordée au titre de l'éducation des enfants constitue-t-elle une action positive ?

L'intérêt ou l'originalité du débat est qu'il fait intervenir des normes nationales et supranationales qui veillent au respect du principe d'égalité entre les hommes et les femmes et qui doivent s'articuler entre elles. Alors que la clarification de la nature juridique des régimes de sécurité sociale est venue du droit communautaire, celui-ci mettant en œuvre l'article 119 du Traité CE concernant les régimes spéciaux, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme s'est invitée dans le débat.

Le raisonnement tenu dans l'affaire Griesmar pouvait-il s'appliquer à la MDA du régime général ? Certes la directive 79/7 relative à l'égalité de traitement entre hommes et femmes<sup>36</sup> autorisait des dérogations concernant « les avantages accordés aux personnes qui ont élevé des enfants ; l'acquisition de droits aux prestations à la suite de périodes d'interruption d'emploi dues à l'éducation des enfants ». Ces dérogations devaient être reconsidérées périodiquement. Ce qui n'a pas été le cas.

**Le Conseil s'inscrit dans une démarche de « discrimination positive » à la française, au nom de l'intérêt général.**

Mais une autre différence importante existe entre le régime général relevant de la directive 79/7 et les régimes spéciaux considérés comme des régimes professionnels. Si pour ces derniers, en matière d'emploi et d'égalité de rémunérations, des actions positives sont prévues par l'article 157 du traité de l'UE (article 119 du traité CEE et article 141 du traité CE), ce n'est pas la même disposition qui s'applique en matière de régime général relevant

35 CJCE 25 mai 1971, Aff. 80/70, Gabrielle Defrenne.

36 Directive 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (dans un délai de sept ans à partir de la notification).

de la directive 79/7. En ce domaine, une action positive ne peut être prise qu'« en raison de la maternité »<sup>37</sup>.

Une grande confusion a été créée par la décision du Conseil constitutionnel du 16 août 2003 au sujet de la loi de 2003 portant réforme des retraites. Il semble opérer un raisonnement en termes d'action positive, mais les conditions n'en sont pas remplies. L'opposition parlementaire avait saisi le Conseil constitutionnel, le texte voté ayant maintenu la majoration pour les mères dans le régime général de sécurité sociale. Selon le recours, la loi aurait dû appliquer le principe d'égalité entre hommes et femmes. Le Conseil a fait observer : « Considérant que l'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre, en principe, du sexe des parents ; considérant qu'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 d'assurance était inférieure de 11 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 destinées à disparaître. »

En réalité, le Conseil s'inscrit dans une démarche de discrimination positive à la française, au nom de l'intérêt général. Il s'agit d'une mesure de protection, prenant acte de la répartition des rôles passée, rôles « destinés à évoluer ». Il ne s'agit pas pour autant d'une « action positive » au sens du droit communautaire qui, par définition, est proportionnée à l'objectif poursuivi, alors que pour le Conseil constitutionnel, l'article L. 351-4 s'inscrit dans la durée, l'évolution se faisant par elle-même !

Le Conseil ne donne pas d'injonction au gouvernement, puisque ce n'est pas son rôle, et ce dernier a ainsi cru sa position légitimée en faisant référence aux dérogations prévues par la Directive 79/7, 20 ans après l'entrée en vigueur de celle-ci.

### *L'appui de la Convention européenne des droits de l'homme...*

Cette position française n'a donc pas empêché les pères de revendiquer l'application de cette MDA et d'avoir gain de cause soit devant les juridictions, soit devant la Halde, laquelle a été fortement critiquée pour cette position. L'arrêt de la 2<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation du 19 février 2009 a relancé le débat en accordant la majoration à un père de six enfants, prenant sa retraite le 1<sup>er</sup> octobre 2003, qui estimait avoir élevé ceux-ci au même titre que la mère. L'originalité de l'arrêt est qu'il fonde son raisonnement, non sur le droit communautaire, mais sur l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et sur le protocole n° 1 annexé à cette Convention : « Une différence de traitement entre hommes et femmes ayant élevé des enfants dans les mêmes circonstances ne peut être admise qu'en présence d'une justification objective et raisonnable ; qu'en l'absence d'une telle justification, l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale qui réserve aux femmes le bénéfice

<sup>37</sup> Cf. exposé des motifs.

d'une majoration de carrière pour avoir élevé un ou plusieurs enfants, est incompatible avec ces stipulations. »

L'arrêt se fonde donc sur l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et sur l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1, lequel garantit le respect des biens, parmi lesquels figurent les prestations sociales contributives ou non contributives. Il s'agit d'un droit patrimonial, notion plus large que celle de la rémunération, qui permet de dépasser les lenteurs de mise en œuvre de la Directive 79/7. Le père, au regard de l'éducation des enfants, était victime d'une discrimination et la Cour de cassation s'appuie sur le mode de raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme : il n'y a pas de raison que la MDA accordée aux femmes qui ont élevé un ou plusieurs enfants, qu'elles aient interrompu ou non leur activité professionnelle, ne soit pas accordée au père des enfants. Au regard de l'éducation des enfants, la situation des pères n'est pas sensiblement différente de celle des mères et il n'existe pas en l'espèce de justification objective et raisonnable. Et, sans avoir à rentrer dans la distinction nationale entre les régimes juridiques de sécurité sociale, la Cour européenne des droits de l'homme rejette la jurisprudence de la CJCE.

### ...ou l'appui de la Convention de l'ONU ?

Est-il néanmoins possible d'envisager sur un autre fondement juridique des actions positives pour les femmes au moment de leur retraite ?

Certains s'appuient sur la Convention de l'ONU sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes (de son acronyme Cedaw) pour l'envisager puisque l'article 4-1 de la Convention autorise des mesures temporaires... : « L'adoption par les États parties de mesures temporaires spéciales visant à accélérer l'instauration d'une égalité de fait entre les hommes et les femmes n'est pas considérée comme un acte de discrimination tel qu'il est défini dans la présente convention, mais ne doit en aucune façon avoir pour conséquence le maintien de normes inégales ou distinctes ; ces mesures doivent être abrogées dès que les objectifs en matière d'égalité de chance et de traitement ont été atteints. » Cette Convention date de 1979 et fait clairement le partage entre les mesures protectrices liées seulement à la grossesse (article 7) et les mesures positives temporaires. Le débat a d'ailleurs eu lieu avec les États qui confondaient mesures de protection, entendues largement et mesures positives destinées à réaliser l'égalité. La MDA en référence à l'éducation des enfants et non de la grossesse, ne paraît pas s'inscrire dans une recherche d'égalité.

### De la référence à l'éducation à la référence à la maternité

Suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 19 février 2009, la loi de financement de la sécurité sociale de 2009 pour l'année 2010 a modifié l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale. La volonté politique était de maintenir la majoration de deux ans par enfant pour les mères, tout en espérant respecter les obligations communautaires et européennes. La solution retenue a donc été de prévoir une action positive en raison de la maternité. Le nouvel article L. 351-4.I du code de la sécurité sociale dispose qu'« une majoration de durée d'assurance de quatre trimestres est attribuée aux femmes assurées sociales pour chacun de leurs enfants, au titre de l'incidence sur leur vie professionnelle de la maternité, notamment de la grossesse et de l'accouchement ». Ici la majoration est donc de

**La volonté politique était de maintenir la majoration de 2 ans par enfant pour les mères.**

quatre trimestres. Mais parce que la maternité ne pouvait justifier une MDA plus longue, le point II de l'article L. 351-4 prévoit en référence à l'éducation des enfants, une majoration de quatre trimestres, attribuée pour chaque enfant mineur, au titre de son éducation pendant les quatre années qui suivent sa naissance ou son adoption. Les parents désignent le bénéficiaire de la majoration, ou la répartition de cet avantage, dans le délai de six mois à compter du quatrième anniversaire de la naissance de l'enfant ou de son adoption. Le texte prévoit également le désaccord des parents et l'attribution à celui qui établit avoir assumé à titre principal l'éducation de l'enfant pendant la période la plus longue. À défaut, la majoration est partagée par moitié. Enfin, le défaut d'option est réputé, en l'absence de désaccord exprimé, valoir décision conjointe implicite de désignation de la mère. Ce dispositif complexe, en référence à l'éducation des enfants, n'est-il pas destiné à réintroduire la règle antérieure d'attribution à la mère ? Par ailleurs, que faut-il entendre par mesure « en raison de la maternité » ? La jurisprudence de la CJCE a évolué sur cette question dans la mesure où le principe d'égalité entre hommes et femmes a lui-même évolué. Ainsi, des arrêts anciens de la CJCE peuvent être critiqués<sup>38</sup>. La Cour affirme désormais que la « conciliation de la vie professionnelle et de la vie familiale est un corollaire de l'égalité de traitement ».

Y a-t-il finalement une différence de conception concernant la MDA entre les mères fonctionnaires et les mères assurées sociales dans le régime général de sécurité sociale ? Pour les mères fonctionnaires, la loi du 21 août 2003 a distingué, on le sait, selon la date de naissance des enfants. L'article L. 12 bis du code des pensions civiles et militaires dispose désormais : « Pour chacun de leurs enfants nés à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2004, les femmes fonctionnaires ou militaires, ayant accouché postérieurement à leur recrutement, bénéficient d'une majoration de durée d'assurance fixée à deux trimestres. » La disposition est liée à la naissance, c'est-à-dire à la dimension biologique. La Commission européenne a interrogé la France sur la finalité d'une telle disposition qui excluait les pères fonctionnaires. La France a fait valoir que cette mesure avait pour objectif d'inciter les mères biologiques à utiliser pleinement leur congé de maternité, après l'expiration du délai légal de protection (huit semaines) en prévoyant une compensation automatique du retard de carrière pouvant en résulter. Elle estimait qu'hommes et femmes n'étaient pas dans une situation comparable et qu'ainsi, la mesure était justifiée. Ce qu'a finalement admis la Commission européenne.

### Des actions positives, mais dans l'emploi ou le travail

La référence à la maternité fournit-elle une réponse satisfaisante ? Elle ne permet pas de compenser les inégalités de fait subies par les mères tout au long de leur vie professionnelle. C'est en effet tout au long de la vie professionnelle que se joue l'égalité au moment de la retraite. C'est également tout au long de la vie professionnelle que doivent être adoptées des actions positives et que doit avoir lieu la lutte contre les discriminations, car il ne s'agit pas seulement d'inégalités mais d'un ensemble de discriminations qui peuvent être liées soit au sexe soit à la situation de famille, soit à ces deux critères articulés ou cumulatifs et qu'il faut analyser dans plusieurs domaines.

38 CJCE 12 juillet 1984, Aff. 284/83, Hofmann.

La politique familiale française favorise ainsi le maintien de discriminations au nom d'une vision démographique de la nation qui est toujours présente et de ses conséquences en termes de précarité. Il s'agit ici non seulement du congé parental de trois ans pris majoritairement par les mères, mais aussi des majorations perçues par les parents de trois enfants, en pourcentage de leur rémunération. La politique de l'emploi est également discriminatoire par ses encouragements au travail à temps partiel. Elle demande une lutte vigoureuse pour ne pas être discriminante.

Ce sont donc les politiques publiques qui sont en cause. L'exigence première est qu'elles soient véritablement favorables à l'emploi des femmes et non désincitatives, qu'elles ne s'appuient pas implicitement sur une répartition des rôles et cessent de faire référence au libre choix pour les mères. Il ne peut y avoir de libre choix sans égalité. Ce sont ces politiques publiques qui sont à revoir de manière urgente tant la situation des mères au regard de la retraite est inquiétante.

---

## **L'égalité entre hommes et femmes : divergence de conceptions entre l'Europe et la France**

---

Qu'il s'agisse de la garde des enfants et de l'APE, devenue allocation de libre choix, ou qu'il s'agisse de la majoration de durée d'assurance au regard de la retraite, c'est bien du rôle des mères ou des parents dans l'éducation des enfants qui est en cause. La conception familialiste des droits sociaux a été et demeure à l'arrière-plan de leur mise en œuvre. Cette conception familialiste va de pair avec une conception inégalitaire des droits, avec une conception inégalitaire des rapports dans la famille.

Les dispositions antérieures concernant tant les femmes fonctionnaires que les assurées du régime général de sécurité sociale visaient explicitement l'éducation des enfants, puisqu'il allait de soi que la mère était celle qui assurait cette éducation. Naissance et éducation étaient assimilées. Le gouvernement français soutenait encore cet argument lors des débats en 2001, devant la CJCE dans l'affaire Griesmar (point 51). Dès l'instant où les pères ont fait valoir leur rôle dans l'éducation, des avantages pouvaient certes être reconnus aux mères, mais en lien avec la maternité. L'inclusion des indemnités journalières perçues pendant le congé de maternité comme participant à la détermination des 25 meilleures années peut s'inscrire dans cette logique.

Il n'en demeure pas moins que la difficulté existe entre l'impopularité de la suppression de la MDA attribuée jusque-là seulement aux mères, alors qu'elle est considérée comme un « avantage acquis », la recherche d'un fondement juridique qui permette de considérer la mesure comme justifiée objectivement et raisonnablement, et la difficulté de faire évoluer les textes de façon plus égalitaire.

### **La conception française de l'égalité**

En droit français, le principe d'égalité est au cœur du système juridique. Il a été converti en règle de droit sous l'effet de la jurisprudence administrative. Puis, le Conseil constitutionnel a érigé le principe d'égalité en principe de valeur constitutionnelle à partir de 1971 lorsqu'il s'est engagé dans le contrôle de constitutionnalité des lois, incluant dans l'ensemble des textes constitutionnels de référence, c'est-à-dire dans « le bloc de

constitutionnalité » non seulement la Constitution de 1958 et son Préambule, mais aussi le Préambule de la Constitution de 1946, les lois de la République et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Le Conseil constitutionnel interprète selon une jurisprudence constante le principe d'égalité de manière essentiellement formelle, comme signifiant qu'à situations semblables il soit fait application de solutions semblables, tout en précisant également que « le principe d'égalité ne s'oppose pas 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 ». Ainsi, le législateur peut traiter différemment des situations différentes, et l'intérêt général permet de déroger à l'égalité formelle de traitement, mais il n'en fait pas une obligation.

En 2003, le Conseil constitutionnel a donc admis, au nom de l'intérêt général, le maintien de la MDA que la loi de 2009 a remis en cause sous l'influence du droit de la Cour européenne des droits de l'homme. Le maintien de la MDA était fondé en 2003 sur « l'intérêt général ». Mais en 2009, « l'intérêt général » justifiant objectivement et raisonnablement le maintien de la mesure n'est plus invoqué en raison de la multiplication de risques de contentieux de pères pouvant se fonder sur la Convention européenne des droits de l'homme, et également du coût pour la Sécurité sociale.

Par ailleurs, en 2010, le Conseil constitutionnel considère que le législateur n'est pas obligé de tenir compte de la situation différente des femmes. Il constate que le législateur prévoit une dérogation pour une génération de parents et que l'on ne peut l'obliger à aller plus loin. S'il était allé plus loin, au nom de l'intérêt général, le Conseil pouvait tout aussi bien valider la disposition sur les mêmes bases que celles de sa décision de 2003. Sur le fondement de la Déclaration des droits de 1789, « la loi est la même pour tous », il n'y a pas lieu de distinguer entre hommes et femmes<sup>39</sup>. Cette décision n'est pas non plus satisfaisante, car elle retient une conception formelle de l'égalité, alors que les femmes et les hommes ne sont pas dans des situations comparables quant à l'acquisition de leurs droits à retraite. La génération de femmes concernées par la dérogation est définie de façon trop étroite. Or, ces droits se construisent, par définition, dans la durée et les mères ont pu être concernées par des congés parentaux inégalitaires, voire contraints.

Le familialisme à la française rencontre une autre conception du droit, celle de l'égalité dite substantielle au sens du droit communautaire. Le familialisme s'inscrit en effet dans une logique de « protection des mères » : protection versus exclusion si l'on considère la question de mise sous conditions de ressources alors que la question de l'égalité entre les femmes et les hommes n'est pas au centre du dispositif.

### Les difficiles relations du droit français et du droit européen

Le rapport du Conseil d'orientation des retraites (COR)<sup>40</sup> fait observer que la Cour de justice dans l'arrêt Griesmar « s'est refusé à considérer les éléments d'ordre sociologique étayés par des statistiques et s'est intéressée au cas par cas ». L'exemple donné en référence

39 Le contrôle de constitutionnalité implique simplement la conformité à la Constitution.

40 Sixième rapport du COR, 17 septembre 2008, consacré aux droits familiaux et conjugaux.

à la note 194 du rapport porte sur « l'utilisation plus fréquente du congé parental par les femmes qui auraient des conséquences sur le montant de la pension et la durée de la carrière plus courte en moyenne que celle des hommes ; l'accès plus difficile aux postes de cadre, etc. ». Un peu plus loin le rapport fait référence, à propos des MDA, à « une législation avantageuse pour les femmes dans le régime général "ébréchée" par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et l'interprétation de la Cour de cassation ». Le COR adopte une position critique et paraît ignorer les principes à l'œuvre dans cette construction du droit de l'égalité entre hommes et femmes. Il légitime une conception familialiste des droits, contraire à ce principe. Or, la conception familialiste est antinomique avec la conception égalitaire. En effet lorsque la loi organise, conforte la répartition des rôles, on ne peut en même temps invoquer les données statistiques pour légitimer ainsi des mesures discriminatoires. C'est bien le système lui-même qui est en cause. Les données sociologiques ne sont bien sûr pas absentes du droit anti-discriminatoire. Mais elles permettent de questionner le système et ainsi de supposer l'existence d'une discrimination.

L'interprétation du traité de l'UE est fixée par la CJCE (désormais depuis la ratification du traité constitutionnel « CJUE »). Cette interprétation s'incorpore au traité et constitue « l'acquis communautaire ». Elle a ainsi la même valeur juridique que le traité, supérieure aux directives qui constituent du droit dérivé et résultent de compromis entre les États. La CJCE peut même obliger à la modification de dispositions de directives.

De même, l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme s'impose aux États qui ont ratifié la Convention, ce qui explique pourquoi, même en présence de décisions du Conseil constitutionnel, le gouvernement français s'incline devant les interprétations tant de la CJCE que de la CEDH. D'autant plus que le Conseil constitutionnel n'opère pas un contrôle de conventionalité. Il ne contrôle pas la conformité des lois aux engagements internationaux de la France. Or, le droit, c'est plus que la loi<sup>41</sup> !

Le juge communautaire ne rend pas des décisions au « cas par cas ». La décision rendue est susceptible d'avoir une incidence sur un grand nombre de personnes. Il examine d'une part si la discrimination est directe, auquel cas celle-ci ne peut être justifiée. D'autre part, la jurisprudence communautaire ou européenne examine les discriminations indirectes, c'est-à-dire des différences résultant de dispositions apparemment neutres, qui produisent les mêmes effets qu'une discrimination directe. Dans ce cas, la dimension plus collective est présente, ainsi de la situation des femmes par rapport à celle des hommes. Dans ces hypothèses, le recours à des éléments statistiques est possible, mais alors, la différence de traitement doit être justifiée objectivement et doit être proportionnée à l'objectif d'égalité entre hommes et femmes. Si en matière des droits à la retraite, la discrimination indirecte était invoquée au sujet des majorations, passerait-elle le stade de la justification objective et raisonnable ?

**Le COR adopte une position critique et paraît ignorer les principes à l'œuvre dans cette construction du droit de l'égalité entre hommes et femmes.**

## Le passage d'un modèle inégalitaire à un modèle égalitaire

Comment passer d'un modèle inégalitaire à un modèle égalitaire ? En matière d'égalité des rémunérations, le constat de la discrimination implique une correction immédiate

<sup>41</sup> Ce que précise bien le traité UE lorsqu'il définit le rôle de la CJCE.

« la rémunération supérieure est substituée à la rémunération inférieure »<sup>42</sup>. Cette règle s'applique, y compris en matière de régimes professionnels de sécurité sociale. Mais certains dispositifs de la politique familiale, telles l'allocation parentale d'éducation ou les majorations de durée d'assurance, s'inscrivent dans une autre logique. Le passage à un modèle égalitaire conduit à condamner les mesures inégalitaires et sans justification, sauf si les femmes sont dans une situation différente de celle des hommes, en cas de grossesse et de maternité.

Le droit international des droits de l'homme dans une logique de respect des droits fondamentaux a reconsidéré les dispositions protectrices du début du XX<sup>e</sup> siècle pour les limiter à la grossesse et prendre en compte désormais les « responsabilités familiales ». Cela étant, le passage d'un modèle à un autre, notamment en matière de retraite, se construit dans la durée (Masse-Dessen, 2011). C'est pourquoi la directive 79/7 a pour objectif la mise en œuvre progressive de l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Elle a prévu des dérogations, les États membres devant reconsidérer régulièrement celles-ci. Mais tel n'est pas le cas de la France qui considère son système comme supérieur et se retrouve régulièrement dans une position défensive.

La Cour européenne des droits de l'homme fait observer que « le développement de la parité dans les vies professionnelles des hommes et des femmes est un processus graduel au sujet duquel les autorités nationales sont les mieux placées pour émettre une appréciation ». Pour autant, les États sont-ils les mieux placés pour apprécier leur évolution ? La question s'est posée concernant l'âge différent des hommes et des femmes pour l'accès à la retraite.

Une affaire a donné lieu à deux arrêts, l'un devant la CJCE<sup>43</sup> l'autre devant la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH)<sup>44</sup>, qui ont conclu à l'absence de discrimination fondée sur le sexe. Au Royaume-Uni, une prestation en espèces était versée aux salariés victimes d'accident du travail ou de maladie professionnelle : le gouvernement a modifié ses conditions d'attribution, l'a supprimée lors du départ en retraite et remplacée par une majoration moins avantageuse. Or, au Royaume-Uni, l'accès à la retraite est différencié. Il est fixé à 65 ans pour les hommes et à 60 ans pour les femmes. Des salariées ont donc estimé être victimes d'une discrimination fondée sur le sexe.

**Le passage d'un modèle à un autre, notamment en matière de retraite, se construit dans la durée.**

La CJCE a considéré que la modification de la prestation, intervenue en 1986, postérieurement au délai de transposition de la directive, entrait en cohérence avec la dérogation relative à la différence d'âge, ce qui ne permettait pas de conclure à une discrimination. Les salariées n'ont donc pas obtenu gain de cause. Elles ont alors saisi la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), laquelle a considéré qu'il n'y avait pas de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du protocole n° 1 annexé à la Convention et donc pas de discrimination. Les deux jurisprudences se rejoignent ainsi, sans doute parce qu'une divergence serait

42 Article L. 3221-7 alinéa 2 du code du travail.

43 CJCE 23 mai 2000 Aff. C-196/98, *Regina Virginia Hepple, Anna Stec*.

44 CEDH 12 avril 2006, *Affaire Stec et autres c. Royaume-Uni* (requêtes n° 65731/01 et 65900/01 ; dans le même sens CEDH 17 février 2011, n° 6268/08, *Andrlé c., République Tchèque*).

facteur de difficultés<sup>45</sup>. La CEDH fait observer qu'« il n'était pas déraisonnable pour le gouvernement, une fois qu'il avait décidé d'entamer un processus d'égalisation, de mener un processus de consultation et de contrôle et que l'on ne peut blâmer le Parlement pour avoir décidé en 1995 d'introduire un processus de réforme lent et par étapes. Compte tenu de leurs implications extrêmement importantes et graves pour les femmes comme pour l'économie en général, ces questions relèvent clairement de la marge d'appréciation de l'État » (point 65). Les faits se sont déroulés à la fin des années 1980. Dès 1986, il était illégal pour un employeur de prévoir des âges de départ en retraite différents pour les hommes et pour les femmes. L'arrêt de la CJCE est rendu en 2000 et celui de la CEDH en 2006 et la période d'évolution est prévue entre 2010 et 2020 (point 49 de l'arrêt).

Si l'on peut penser que ce processus est particulièrement long, l'attitude positive de gouvernement du Royaume-Uni est mise en avant. Mais tel n'est pas le cas de la France qui, concernant les MDA, n'a pas reconsidéré sa législation et ne tient pas compte des critiques adressées au régime actuel du congé parental. Elle ne s'est pas inscrite dans une démarche évolutive. Le maintien de la MDA par le Conseil constitutionnel au nom de *l'intérêt général* a été suivi par une remise en cause de cette MDA sept ans après, sans réflexion particulière.

## Conclusion

La politique familiale française est imprégnée d'un modèle de répartition des rôles entre les femmes et les hommes. Ce modèle résulte de dispositions historiquement construites qui n'ont pas été véritablement adaptées aux changements sociaux, et notamment ceux concernant la diffusion d'une logique égalitaire. Ce modèle fait système, induit des comportements et s'alimente lui-même. Les critiques de ce modèle sont connues et ont été au cœur du débat sur les retraites en 2009 concernant les MDA et en 2010 face à la situation faite aux femmes dans le régime de retraite en raison de la politique familiale qui reste nataliste et familialiste et a des conséquences sur les rémunérations de toutes les femmes. La conception formelle de l'égalité a été mise en cause, car les femmes ne sont pas directement ou indirectement dans une situation comparable à celles des hommes, en raison même de ce modèle. Au lieu de prendre en compte les droits fondamentaux de la personne, comme le rappellent tant la jurisprudence de la CJCE (CJUE) que celle de la Cour européenne des droits de l'homme, la philosophie qui sous-tend le modèle français reste crispée sur des fondements aujourd'hui dépassés. La question est bien celle du changement de modèle. La difficulté demeure cependant celle d'une conception solidaire des droits, rôle qu'a pu jouer la « familialisation » des droits sociaux parce que le modèle était inégalitaire.

Les États ont refusé l'individualisation des droits sociaux au nom de leur compétence nationale. Mais la force du principe d'égalité entre hommes et femmes, l'affirmation que l'articulation/conciliation de la vie familiale et de la vie professionnelle est un « corollaire » de l'égalité de traitement entre hommes et femmes est de nature à obliger les États à faire évoluer leur système soit par voie politique soit par voie judiciaire.

45 Martin D., 2007, « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : Influences croisées ou jurisprudence sous influence ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, janvier, p. 107-134 (spec. p. 119), Éd. Bruylant.



## Bibliographie

**Afsa C., 1996**, « L'activité des femmes à l'épreuve de l'allocation parentale d'éducation », *Recherches et prévisions*, n° 48, p. 1-8, décembre.

**Commaille J., 2000**, « Ordre familial, ordre public : quelles mesures ? », in Chauvière M. et al. (dir.), *Les implicites de la politique familiale. Approches historiques, juridiques et politiques*, Paris, Dunod, collection Action sociale, 292 p.

**Commaille J., Strobel P., Villac M., 2002**, *La politique de la famille*, La Découverte.

**Fagnani J., Letablier M.T., 2011**, « L'enjeu démographique dans les débats et la mise en place des réformes des politiques familiales en France et en Allemagne : 1960-2008 », in Gouazé S., Salles A., Prat-Erkert C. (dir.), *Les enjeux démographiques en France et en Allemagne : réalités et conséquences*, Paris, Presses universitaires Septentrion, 316 p.

**Gosset-Connan S., 2004**, « Les usages des bénéficiaires de l'APE attribuée pour le deuxième enfant », *Recherche et prévisions*, n° 75, p. 39-48.

**Lanquetin M.T., 2006**, « L'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes réalisée en 5 ans ! », *Droit social*, n° 6, p. 1-13, juin.

**Lanquetin M.T., Letablier M.T., 2005**, Concilier travail et famille en France : approches sociojuridiques, *Rapport de recherche*, CEE n° 22.

**Lenoir R., 1985**, « La politique familiale et la femme depuis 1945 », *Les Cahiers de l'APRE* n° 1, CNRS, Paris, p. 40-68.

**Lenoir R., 2003**, *Généalogie de la morale familiale*, Paris, Éditions du Seuil, collection Liber, 588 p.

**Marc C., 2004**, « L'influence des conditions d'emploi sur le recours à l'APE : une analyse économique du comportement d'activité des femmes », *Recherches et prévisions*, n° 75, p. 21-38.

**Martin D., 2007**, « Strasbourg, Luxembourg et la discrimination : influences croisées ou jurisprudence sous influence ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Éditions Bruylant, p. 107-134 (spec. p. 119), janvier.

**Martin J., 1998**, « Politique familiale et travail des mères de famille : perspective historique 1942-1982 », *Population*, vol. 53, n° 6, p. 119-154.

**Masse-Dessen H.**, « Existe-t-il des marges de manœuvre s'agissant des pensions de retraite des femmes du point de vue du droit communautaire ? » *Revue française des affaires sociales*, à paraître.

**Meurs D., Ponthieux S., 2006**, « Quand la variable "femmes" ne sera plus significative dans les équations de gains », *Travail, genre et sociétés*, n° 15, p. 51-67, avril.

**Meurs D., Pailhé A., Ponthieux S., 2010**, « Enfants, interruptions d'activité des femmes et écart de salaire entre les sexes », *Revue de l'OFCE*, n° 114, p. 114-133, juillet.

**Moschion J., Muller L., 2010**, « Interruptions de carrière professionnelle et salaires des hommes et des femmes en 2006 », *Premières synthèses*, Dares, n° 11, février.

**Périvier H., 2003**, « Emploi des mères et garde des jeunes enfants : l'impossible réforme », *Droit social*, n° 9/10, p. 795-804, septembre-octobre.

**Piketty T., 2005**, « L'impact de l'allocation parentale d'éducation sur l'activité féminine et la fécondité en France 1982-2002 », in Lefèvre C., Filhon A. (dir.), *Histoires de familles, histoires familiales*, *Cahiers de l'Ined*, n° 156, p. 79-109.

**Singly F. de, 2003**, « Le trompe l'œil de l'allocation de libre choix », *Droit social*, n° 1, p. 128, janvier.

**Strobel P., 1997**, « Les mésaventures de Monsieur Gagnepain », in Ronsin F., Le Bras H. et Zucker-Rovillois E., *Démographie et politique*, Éditions universitaires de Dijon, p. 175 et spéc. p. 183-184, note 27.