



## Observatoire de la parité entre les femmes et les hommes

### Egalité Professionnelle Retraites

Paris, le 17 Septembre 2009

## NOTE JURIDIQUE

sur

### « Le maintien et la refondation de la majoration de durée d'assurance (MDA) octroyée aux femmes » (Avis exploratoire)

Document transmis le 17/09/09, à :

- Marie-Jo Zimmermann, Présidente de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité entre les femmes et les hommes de l'Assemblée nationale.
- Michèle André, Présidente de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité entre les femmes et les hommes du Sénat ;
- Françoise Vilain, Présidente de la Délégation aux droits des femmes et à l'égalité entre les femmes et les hommes du Conseil Economique, Social et Environnemental ;

Réalisé avec la collaboration juridique de :  
Annie Junter et Michel Miné

Considérant les données relatives aux inégalités en matière de retraites entre les femmes et les hommes présentées par le rapport du Conseil d'Orientation des Retraites (COR)<sup>1</sup> et l'étude des dispositions juridiques internationales<sup>2</sup>, communautaires<sup>3</sup> et nationales<sup>4</sup> relatives à l'égalité de traitement ;

Considérant les dernières décisions du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation établissant que les bonifications et majorations de durée d'assurance (MDA) réservées aux seules femmes par les régimes légaux et spéciaux<sup>5</sup> de retraites seraient contraires au principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes au motif que :

« (...) il résulte de l'article 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'Homme, que, d'une part, dès lors qu'un Etat contractant met en place une législation prévoyant un versement automatique d'une prestation sociale, que l'octroi de celle-ci dépende ou non du versement préalable de cotisations, cette législation engendre un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel n°1, que d'autre part, 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 sécurité sociale qui réserve aux femmes le bénéfice d'une majoration de carrière pour avoir élevé un ou plusieurs enfants, est incompatible avec ces stipulations (...) » - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 février 2009, pourvoi n°07-20.668.

Considérant que la MDA conserve une utilité publique permettant de compenser les inégalités de retraite entre les femmes et les hommes ;

**Il s'avère que la formulation juridique de la majoration de durée d'assurance pour les mères doit être refondée sur un principe d'égalité substantielle.**

## **Rappel historique**

---

Les dispositions incriminées - art. L.12 du code des pensions civiles et militaires des retraites et L.351-4 du code de la sécurité sociale, ont été adoptées dans des contextes historiques différents.

En 1924, dans l'entre-deux-guerres, l'adoption de bonifications dans le secteur public répondait à des préoccupations natalistes et familiales<sup>6</sup>. Il s'agissait de permettre aux femmes fonctionnaires d'interrompre leur activité pour élever leurs enfants et de se constituer des droits propres à retraite.

En 1971, la loi Boulin traduit, pour le secteur privé, les nouvelles aspirations à l'égalité entre les femmes et les hommes portées par les mouvements féministes, en cours de transcription dans le code civil et le code du travail. Cette loi a pour objectif notamment de compenser les désavantages de carrière subis par les femmes, liés à la prise en charge des responsabilités familiales, avec ou sans interruption d'activité.

---

1 In *Deuxième partie : Le contexte : la situation des femmes, des couples et des familles et l'évolution du cadre juridique*, Conseil d'Orientation des Retraites, *Retraites : droits familiaux et conjugaux*, Sixième rapport adopté le 17 décembre 2008, pp.65-168.

2 Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 18 décembre 1979 et, ratifiée par la France le 14 décembre 1983.

3 Articles 2 et 3§2 du Traité sur l'Union européenne ; Articles 137 et 141 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; Directives 75/117/CE du Conseil du 10 février 1975, 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976, 79/7/CEE du Conseil du 19 décembre 1978, 86/78/CE du Conseil du 13 décembre 1986, 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 et Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 (refonte).

4 Article premier de la Constitution française ; Lois n° 83-635 du 13 juillet 1983 - dite loi Roudy, n°2001-397 du 9 mai 2001 - dite loi Génisson, n°2006-340 du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes...

5 S'agissant des régimes spéciaux, les arrêts Griesmar de la Cour Européenne des Communautés Européennes du 29 novembre 2001, C-366/99 et du Conseil d'Etat du 18 novembre 2002, req. n°247224 avaient conduit aux mêmes conclusions sur la base de l'article 141 du Traité d'Amsterdam.

6 En 1924, les femmes n'ont ni la capacité civile, ni civile et, sont soumises, dans le cadre du mariage, au devoir d'obéissance et à l'autorité maritale. Elles doivent notamment demander l'autorisation de leur mari pour travailler.

## Evolution de la norme juridique

---

Le droit de l'égalité s'est enrichi au fil du temps, de législations et de jurisprudences qui en ont profondément modifié l'approche sous-jacente et les principes fondateurs : à une approche d'égalité formelle, fondée sur une justice individuelle, centrée sur l'égalité pour et entre les personnes, s'est ajoutée une logique d'égalité substantielle, plus centrée sur la recherche de résultats effectifs à partir de l'étude des impacts sur les groupes et de données précises permettant de caractériser les avantages et désavantages.

Ces modèles d'égalité cohabitent dans les systèmes juridiques occidentaux, y compris dans le système français qui éprouve des difficultés à articuler égalité formelle et égalité substantielle. Face à ces compilations successives, la France est régulièrement confrontée à la mise en conformité de sa législation avec ses engagements européens (1988, 1991).

Aujourd'hui, le droit communautaire privilégie de plus en plus, avec l'appui de la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE), cette approche de l'égalité réelle, affirmant dans la dernière directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 que :

« L'égalité entre les hommes et les femmes est un principe fondamental du droit communautaire en vertu de l'article 2 et de l'article 3, paragraphe 2, du traité, et la jurisprudence de la Cour de justice. Selon lesdits articles du traité, l'égalité entre les hommes et les femmes constitue une «mission» et un objectif de la Communauté et elle a l'**obligation positive de la promouvoir dans toutes ses actions.** »

En outre, elle précise à l'article 3 :

« Les États membres peuvent maintenir ou adopter des mesures au sens de l'article 141, paragraphe 4, du traité, pour **assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle.** »

En France, le conseil constitutionnel s'est engagé dans cette voie dans sa Décision n°2003-483 DC du 14 août 2003, relative à la loi portant réforme des retraites, reconnaissant que :

« (...) l'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre, en principe, du sexe des parents ; considérant, toutefois, qu'il appartenait au législateur de prendre en compte les inégalités dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet ; qu'en particulier, elles ont interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants ; qu'ainsi, en 2001, leur durée moyenne d'assurance était inférieure de onze années à celle des hommes : qu'en raison de l'intérêt général, (...), le législateur pouvait maintenir, en les aménageant, des dispositions destinées à compenser des inégalités normalement appelées à disparaître ; Considérant que les requérants demandent au Conseil constitutionnel de juger qu'une mesure analogue (...) devra intervenir pour les hommes comme pour les femmes ; (...) qu'au demeurant, la mesure demandée ne ferait, en l'état, qu'accroître encore les différences significatives déjà constatées entre les femmes et les hommes au regard du droit à pension » (§24-26)

La modification de l'article premier de la Constitution, par la loi du 23 juillet 2008, constitue au plus au niveau un signe de l'engagement français dans cette direction :

« La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales ».

Toutefois cette orientation ne sera complète qu'après l'adoption de lois relatives à la mise en œuvre de ce principe. Dans l'attente, les risques d'un conflit de logiques d'égalité perdurent entre les dispositions particulières de la législation française et celles plus concrètes du droit communautaire. Ce sont les raisons qui conduisent l'Observatoire de la Parité à recommander la reformulation et la refondation de la MDA.

## Une nécessaire refondation

---

A ce jour, les enquêtes disponibles sur les budget-temps établissent que, quelle que soit la configuration du ménage et quels que soient les modes d'exercice de l'activité professionnelle, les temps sociaux consacrés par les femmes à tout ce qui touche, de près ou de loin, aux enfants pèsent de manière dominante sur les femmes et constitue un obstacle au déroulement de leurs carrières à égalité avec les hommes<sup>7</sup>.

Conscients de ce déséquilibre et de l'injustice d'une remise en cause de la MDA pour les femmes actives, les pouvoirs publics recherchent un compromis pour, à la fois, se conformer au principe d'égalité et lutter contre les inégalités en matière de retraites. Le scénario envisagé semble s'organiser autour d'une répartition de la majoration en deux parties : 1) Une moitié de la MDA serait réservée aux femmes en se fondant sur leur condition biologique (grossesse, accouchement, allaitement). Cette spécificité féminine est juridiquement protégée par tous les instruments juridiques nationaux et internationaux<sup>8</sup> ; 2) L'autre moitié pourrait être partagée entre les femmes et les hommes en contrepartie de la participation à l'éducation des enfants.

Au regard du principe d'égalité entre les femmes et les hommes, l'Observatoire attire l'attention du gouvernement et du législateur sur les difficultés induites par ce mode de résolution :

### 1) Protection de la maternité :

→ De manière générale, le rattachement de la majoration à la condition biologique des femmes (grossesse, accouchement et maternité) permet de se prévaloir juridiquement de la logique de protection mais entraîne une rupture d'égalité, entre les mères adoptives et biologiques.

→ D'autre part, elle entretient les stéréotypes fondés sur la nature différente des femmes qui justifierait un traitement inégal par le droit. L'ensemble des travaux en sciences humaines et sociales<sup>9</sup> démontre comment l'entretien de ces stéréotypes conduit à justifier l'assignation des femmes à la sphère privée et familiale et à alimenter les processus de discrimination systémique dans le domaine notamment de la vie professionnelle.

### 2) Partage de la MDA entre pères et mères :

→ Par ailleurs, le partage entre pères et mères d'une partie de la MDA ne résout pas la question des inégalités de carrières, de salaires et de niveaux de retraites entre les femmes et les hommes et est susceptible de nourrir des recours en discrimination indirecte<sup>10</sup>. En effet : « constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, (...) » - Article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008<sup>11</sup>.

→ Comme le rappelle le Rapport établi par Brigitte Gresy<sup>12</sup>, les différences de traitement entre les femmes et les hommes persistent dans le monde du travail, tant relativement aux conditions d'accès et de maintien dans l'emploi, du recours croissant aux temps partiels ou encore des inégalités salariales. En l'occurrence, prévoir les mêmes dispositions pour les femmes comme pour les hommes, à savoir le partage de la MDA, conduit donc à maintenir voire à renforcer les inégalités professionnelles subies par les femmes.

**Ces discriminations induites, directes ou indirectes, seront jugées contraires au principe d'égalité et condamnées par les tribunaux nationaux et internationaux.**

---

7 "Les usages du temps : cumuls d'activités et rythmes de vie", Alain Degenne, Marie-Odile Lebeaux et Catherine Marry, enquête « emploi du temps des ménages » Économie et Statistique - 352-353 - septembre 2002.

8 C3 Convention sur la protection de la maternité (révisée) adoptée le 28 novembre 1919 - Entrée en vigueur le 13 juin 1921 - Ratifiée par la France le 16 février 1950 - C103 (1952) et C183 (2000) : non ratifiées par la France ; Directives 86/613/CEE du Conseil du 11 décembre 1986 sur la protection de la maternité et l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante et 92/85/CEE du Conseil du 19 Octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail.

9 Cf. par exemple : P. Bourdieu, « La domination masculine », 1998, F. Héritier « Masculin/Féminin », 1996-2007.

10 « La retraite des femmes ou l'égalité mal comprise », par Antoine Lyon-Caen et Hélène Masse-Dessen, Le Monde, 11/09/09.

11 Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

12 « Rapport préparatoire à la concertation avec les partenaires sociaux sur l'égalité entre les femmes et les hommes », Brigitte Gresy, 8 juillet 2009

## Procédure alternative

---

Sur la base des engagements internationaux et nationaux de la France, il est possible de maintenir la MDA actuelle, au profit des femmes, en la refondant juridiquement sur l' « *obligation positive* » de promouvoir l'égalité (Directive 2006/54).

Ces textes considèrent qu'il n'y a pas manquement des Etats dès lors que le maintien a pour objectif de « *prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle* » et devraient au regard de la situation, « *viser avant tout à améliorer la situation des femmes dans la vie professionnelle* ».

Ils autorisent et même encouragent les Etats à adopter des mesures pro-actives reposant, comme le droit communautaire et national le prévoit, sur des mesures d'actions positives.

Cette approche est souhaitée par le Président de la République qui rappelait dans sa Déclaration devant le Parlement réuni en Congrès le 22 juin 2009 :

« (...) Je ne veux pas rouvrir le débat sur le terme de discrimination positive dont j'ai conscience qu'il renvoie à des histoires, à des traditions différentes des nôtres. Mais je veux dire que pour atteindre l'égalité, **il faudra savoir donner plus à ceux qui ont moins, il faudra savoir compenser les handicaps de ceux auxquels la vie a donné d'emblée moins de chances de réussir qu'à tous les autres.** »

Cette approche est préconisée par l'Union européenne dans son corpus juridique et rappelons qu'elle est au cœur de la Stratégie européenne de l'emploi<sup>13</sup>.

Dès lors, pour que la MDA, ainsi refondée, soit valide, il est indispensable qu'elle :

- ➔ soit temporaire : « tant que durent les inégalités »
- ➔ soit fondée sur des données précises, régulièrement actualisées : les données et études réalisées par le Conseil d'Orientation des Retraites.
- ➔ poursuive un objectif précis, raisonnable et justifié<sup>14</sup> : « compenser les désavantages dans la carrière professionnelle »
- ➔ fasse l'objet d'un suivi et d'une évaluation réguliers, piloté par le gouvernement et les partenaires sociaux

Afin que la nouvelle rédaction de l'article soit conforme en totalité avec les engagements français en faveur de l'égalité réelle, il est nécessaire d'assortir un alinéa supplémentaire concernant les pères. Pour pouvoir bénéficier de cette MDA, les pères devront :

- ➔ avoir élevé des enfants dans les mêmes circonstances que les femmes : à savoir que l'exercice de ces responsabilités familiales a conduit à un désavantage dans sa carrière. La Cour de cassation, dans sa décision du 25 juin 2009, a d'ailleurs relevé que le fait pour M. X d'avoir élevé seul plusieurs enfants constituait un désavantage et a déduit à bon droit qu'il pouvait bénéficier de la majoration de carrière<sup>15</sup> ;
- ➔ en apporter la preuve<sup>16</sup>.

**Le débat engagé sur la MDA offre aux pouvoirs publics une opportunité, à budget constant, de lutter de manière efficace contre les inégalités professionnelles entre les femmes et les hommes et de s'engager résolument dans une dynamique d'égalité effective, centrée sur la recherche de résultats collectifs.**

---

13 Cette démarche programmatique s'inscrit dans la Stratégie Européenne pour l'Emploi (Lisbonne) et des Plans d'Action Nationaux pour l'Emploi, tant sur le fond que sur la forme. En effet, même si les politiques d'emploi demeurent un champ de compétence national, des outils et une méthode ouverte de coordination (MOC) ont été mis en place pour coordonner les politiques des Etats membres vers des objectifs communs, au nombre desquels figurent l'égalité entre les femmes et les hommes. Sont alors mis en place des procédures de surveillance (données statistiques, rapports nationaux et européens), d'objectifs précis (définition de lignes directrices) et un programme détaillé pour y parvenir.

14 CEDH, Affaire STEC et autres c. Royaume Uni, req. n°65731/01 et 65900/01, 17 avril 2006.

15 « (...) Mais attendu qu'ayant exactement rappelé que l'avantage accordé en matière d'assurance vieillesse par l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale constituant un bien au sens de l'article 1er du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il entre dans le champ d'application de l'article 14 de ladite convention, de sorte qu'aucune différence de traitement entre les hommes et les femmes ayant élevé des enfants ne peut être admise en l'absence d'une justification objective et raisonnable, et relevé que M. X... avait élevé plusieurs enfants, la cour d'appel en a déduit à bon droit que celui-ci pouvait prétendre au bénéfice de la majoration de carrière prévue par l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale » -Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 juin 2009, pourvoi n°08-18195.

16 Cette disposition serait conforme à l'arrêt Griesmar du 29 novembre 2001, C-366/99 de la C.J.C.E. : « Nonobstant les stipulations de l'article 6, paragraphe 3, de l'accord sur la politique sociale, le principe d'égalité des rémunérations est méconnu par une disposition telle que l'article L.12, sous b), du code des pensions civiles et militaires de retraite, en ce qu'elle exclut du bénéfice de la bonification qu'elle instaure pour le calcul des pensions de retraites les fonctionnaires masculins qui sont à même de prouver avoir assumé l'éducation de leurs enfants. »