

### FONCTIONNAIRES PERES DE TROIS ENFANTS RETRAITE ANTICIPEE ET BONIFICATION POUR ENFANTS

**REBONDISSEMENT en 2013 :** Depuis avril 2013, deux éléments nouveaux essentiels **permettent de nouveau de prévoir une future nouvelle condamnation de la France en 2014 :** Un nouveau renvoi préjudiciel devant la Cour de Justice Européenne de Luxembourg ordonné par la Cour Administrative de Lyon par un arrêt rendu en chambres réunies, et une probable « procédure pilote » en cours d'ouverture devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans le cadre d'un certain nombre d'affaires ouvertes depuis 2008.

Ainsi, l'invalidation du dispositif adoptée **en 2003 pour les bonifications pour enfants et en 2004/2005 pour la retraite anticipée** devient hautement probable, malgré l'espoir déçu de l'affaire AMEDEC, au terme de cette véritable « épopée judiciaire » de près de dix années. Les fonctionnaires qui auront fait leur demande et qui auront un recours engagé dans certaines conditions pourront en **bénéficier de manière rétroactive** lorsque la solution sera acquise, soit **dans le courant du premier semestre 2014 au plus tôt.**

En cas de nouvelle condamnation de la France par la C.J.E. pour la retraite et la bonification, la même question demeure posée pour toutes les demandes/recours engagé(e)s après le 06.11.2010.2010 (entrée en vigueur du décret n°2010-1741 le 31.12.2010) en raison de l'« assouplissement » de la condition d'interruption en « réduction d'activité » introduit par la dernière réforme des retraites. Par ailleurs, un certain nombre de clients se sont regroupés sous forme de COLLECTIF EGALITE RETRAITE pour engager des négociations avec les pouvoirs publics issus des urnes de mai-juin 2012 afin de proposer une mise à plat des avantages familiaux pour la retraite Privé/Public qui respecte les principes d'Égalité sans ignorer la réalité des discriminations subies par les femmes sur le marché du travail.

La présente note a pour objet les informations principales concernant **les fonctionnaires pères de trois enfants** victimes de discrimination (à l'envers) subies en tant qu'hommes pour leurs droits à la retraite après la « Loi Fillon » de 2003 et la loi de finance rectificative du 30 décembre 2004 et leurs décrets d'application modifiant les articles L.12 et L.24 du code des pensions civiles et militaires de retraite (C.P.C.M.R.).

Les fonctionnaires concernés sont, pour la retraite anticipée, les pères de trois enfants nés avant le 1er janvier 2005 ayant plus de quinze ans d'ancienneté, et pour la bonification, ceux qui ont été admis à la retraite (avant ou après soixante ans), dont les enfants sont nés avant le 1er janvier 2004, et dont la notification des droits à pension est intervenue depuis moins d'un an.

Les fonctionnaires concernés peuvent faire respecter leur **droit à une égalité de traitement, et bénéficier des mêmes avantages que les femmes pour leur retraite** à la condition de saisir les tribunaux, au besoin en allant jusque **devant les juridictions européennes**, notamment par des recours mutualisés afin d'en diminuer les coûts et augmenter leurs chances.

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

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

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

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

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

## 1/ CHRONOLOGIE :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2/ SITUATION JURIDIQUE :

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Paradoxalement, l'égalité « stricte » rappelée par l'arrêt GRIESMAR pour le régime professionnel de retraite des fonctionnaires a été étendue par la Cour de Cassation au régime général de la sécurité sociale, donc « non-professionnel » au sens des articles 141 du Traité et de la directive 79/7/CEE par un arrêt de février 2009 sur un tout autre fondement, à savoir l'article 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, de même que cette égalité « stricte » a été réaffirmée par l'Union Européenne par la Directive 2006/54 (modifiant et reprenant notamment les directives 96/97 et 97/80) sur laquelle la jurisprudence administrative est restée muette.

Elle peut être condamnée une nouvelle fois **par la Cour de Justice Européenne** (C.J.C.E. à Luxembourg) sur le fondement de l'article 141 du Traité C.E. (U.E.), ou par la **Cour Européenne des Droits de l'Homme** (C.E.D.H. à Strasbourg) sur le fondement de l'article 14 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel (C.E.S.D.H.). D'ailleurs, la Commission Européenne, saisie de plaintes de fonctionnaires français, peut décider, de sa propre initiative, d'engager **un recours en manquement contre la France** pour violation indirecte du principe d'égalité professionnelle entre hommes et femmes, ce qu'elle a d'ailleurs implicitement prévu de faire par une procédure d'infraction ouverte en 2004, relatée dans les médias à l'automne 2009, donc prévisible courant 2010.

### **3/ CONCLUSION**

Tant pour la retraite anticipée que pour la bonification pour enfant(s), les fonctionnaires font leur demande eux-mêmes auprès de leur administration de rattachement, de préférence à l'aide d'un modèle fourni par le cabinet. Depuis la réforme de 2010, les conditions de naissance et de décote ont été modifiées comme rappelé ci-dessus, ce qui invite à une prudence particulière **pour la RETRAITE ANTICIPEE**. Pour la **BONIFICATION POUR ENFANTS**, il suffit d'en faire la demande dans les deux mois de la mise en paiement du titre de pension, ou dans l'année qui suit la liquidation des droits si le délai de deux mois n'a pas été précisé. La suite s'articule en trois types de recours ou trois étapes qui sont les suivantes :

#### **3.1. Recours interne(s) :**

**Pour la retraite anticipée elle-même**, les fonctionnaires dont les demandes ont été déposées postérieurement au 31 décembre 2004, doivent saisir le tribunal administratif d'un recours en annulation dans les deux mois de la notification du rejet (sauf absence de mention sur le délai de recours), ou sans délai particulier en cas de rejet implicite.

**Pour la bonification pour enfants**, les fonctionnaires ont la même possibilité de recours devant le Tribunal administratif, dans les deux mois suivant la notification de leur montant de pension lorsque ce délai est expressément mentionné ou du rejet explicite de leur demande de révision, ou dans le délai d'un an après la liquidation de leur retraite.

Le fonctionnaire qui n'aura pas déposé de **recours individuel dans le délai d'une année suivant la liquidation** de sa pension s'exposerait à en perdre définitivement le bénéfice en application des dispositions de l'article L.55 du CPCMR., sauf à engager le contentieux sur un fondement purement indemnitaire dans le délai de prescription quadriennale (soit quatre années après la liquidation de pension) selon les circonstances.

Ce délai peut même être **ramené à deux mois** suivant la déclaration de mise en paiement de la pension lorsqu'il est mentionné sur ce document au visa de l'article R.421-1 CJA, selon une jurisprudence du Conseil d'Etat. Alors même qu'il s'agit d'un délai de nature réglementaire et général du code de justice administrative, il a été retenu contre le délai de nature légale et spéciale du code des pensions, ce qui témoigne de l'hostilité de la jurisprudence.

Ce recours sera systématiquement rejeté par le Tribunal Administratif, sans saisir la Cour de Justice Européenne d'une question préjudicielle, selon une jurisprudence désormais constante et aux termes d'un jugement ou d'une simple ordonnance stéréotypé(e).

Ce jugement de rejet devrait en principe être frappé **d'un appel devant la Cour Administrative d'Appel** en matière de retraite anticipée, ou de **pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat** en matière de bonification pour enfants, pour satisfaire la règle l'épuisement des voies de recours internes. Mais comme le Conseil d'Etat rejette l'ensemble des pourvois au stade de la recevabilité (sans examen au fond) et sans davantage saisir la C.J.C.E. malgré son obligation en vertu de l'article 234 du Traité C.E., **ces recours sont désormais abandonnés** comme inutile et coûteux, sauf dans des cas particuliers (notamment pour erreur du tribunal administratif ayant négligé la jurisprudence « WESSANG » dérogoratoire lorsque la demande de retraite et bonification était antérieure au 28.05.2003 et le recours engagé avant le 22.08.2003).

### **3.2. Recours européen :**

Dans le délai maximal de six mois suivant la notification du jugement/ordonnance du tribunal administratif ou de l'arrêt du Conseil d'Etat devenu(e) définitif, le cabinet engage un recours direct devant **la Cour Européenne des Droits de l'Homme** (C.E.D.H.) sur le fondement des articles 6, 13 et 14 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (C.E.S.D.H.) et de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel à ladite convention.

Ce recours est recevable même en l'absence de pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat, car la Cour Européenne des Droits de l'Homme admet le **non-épuisement effectif des voies de recours internes** lorsque le requérant apporte la preuve que ce recours ne présente aucune chance de succès, ce qui est bien le cas dans ces affaires (article 35 de la CESDH et jurisprudence OZTÜRK).

Cette Cour Européenne située à STRASBOURG n'est pas celle qui a rendu les arrêts *GRIESMAR* et *MOUFLIN* de 2001, mais saisie sur la base d'autres textes cités ci-dessus (respectivement le droit à un procès équitable, droit à un recours effectif, droit à la non-discrimination, protection de la propriété privée), ce recours est nécessairement long et technique. Toutefois, les recours individuels seront regroupés par la Cour qui est déjà saisie depuis 2006, et qui, après plusieurs décisions d'irrecevabilité de 2007 à 2009, peut encore sanctionner la France sur la base de plusieurs violations de la C.E.S.D.H.

En mars 2009, la Cour a déclaré plusieurs recours irrecevables en application d'une décision antérieure de 2007 prise dans une affaire similaire et appliquée « *mutatis mutandis* » (ce qui signifie en substance application à l'identique) sur le seul fondement du Protocole Additionnel, mais sans examiner les autres fondements invoqués, à savoir les articles 6 (procès équitable et tribunal impartial), 13 (recours effectif) et 14 (principe de non-discrimination) de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Cette décision sans recours pour ces affaires témoigne davantage d'une décision d'opportunité ou de « gestion de stock » tant il est vrai que la Cour de Strasbourg est largement engorgée, qu'elle n'est pas la juridiction « naturelle » de ce contentieux, et elle demeure contraire à la jurisprudence même de la Cour Européenne sur des affaires comparables en matière de discrimination en matière de retraite, mais aussi aux jurisprudences conjointes de la Cour de Cassation et même du Conseil d'Etat, de sorte que **ces rejets ne sont qu'une étape qui ne clôt pas ce levier procédural** en présence d'autres recours toujours en cours d'examen à Strasbourg.

Parallèlement, une plainte est/sera déposée à la **Commission Européenne** (à BRUXELLES) qui pourra, de manière facultative, saisir la **Cour de Justice Européenne** située à LUXEMBOURG qui a rendu les arrêts *GRIESMAR* et *MOUFLIN* d'un recours en manquement contre la France. Une procédure est ouverte depuis 2004 à la Commission qui a donné jusqu'à la fin du mois d'octobre à la France pour répondre à la dernière mise en demeure avant d'engager éventuellement ce recours



en manquement qui opposerait la Commission contre la France. L'analyse de la Commission est aujourd'hui la même que celle des fonctionnaires, à savoir de constater l'existence d'une discrimination indirecte.

Que ce soit devant la Cour de Justice Européenne de Luxembourg ou la Cour Européenne des Droits de l'Homme de Strasbourg, l'objectif est d'obtenir la condamnation de la France ou, éventuellement, de négocier les conditions d'un **règlement transactionnel** satisfaisant pour les « deux » parties, c'est-à-dire l'Etat d'un côté, et les Clients de l'autre.

### **3.3. Recours indemnitaire :**

Pour augmenter les chances de succès, et resserrer l'étau autour des pouvoirs publics qui « *jouent la montre* » en misant sur le découragement des fonctionnaires masculins peu procéduriers, ainsi que pour certains cas touchés par la prescription, un recours « purement indemnitaire » est désormais intégré à la stratégie de défense des fonctionnaires victimes de cette discrimination indirecte.

Bien que la jurisprudence en vigueur rejette par principe toutes les demandes d'indemnisation parallèles concomitantes aux recours classiques, l'Etat peut voir engagée sa responsabilité pour violation du droit communautaire du fait de la discrimination indirecte aussi bien par le législateur que par ses juridictions. Le principe de cette responsabilité est admis classiquement pour les manquements du législateur, plus récemment pour les violations du droit communautaire par les juridictions internes elles-mêmes, en vertu de la jurisprudence KÖBLER de la Cour de Justice Européenne (C.J.C.E. KÖBLER c/ Autriche 30.09.2003 Aff.C/22401).

Compte tenu de la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat, la nouvelle stratégie consiste à engager la **responsabilité de l'Etat pour la violation du droit communautaire par l'Etat législateur (responsabilité du fait des lois) voire par les juridictions administratives françaises**, à commencer par le Conseil d'Etat lui-même du fait de sa jurisprudence rappelée ci-dessus.

Le fondement est différent et les modalités le sont aussi : ce recours doit être précédé d'une demande préalable d'indemnisation circonstanciée établie par le cabinet, et adressée **au Ministre de la Fonction Publique et du Budget (voire au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice)**. Cette demande sera rejetée, implicitement ou explicitement, pour être contestée devant le **tribunal administratif** puis, en cas de rejet, devant la **Cour Administrative d'Appel** et enfin le cas échéant, devant le **Conseil d'Etat**. La particularité de ce recours est que, la juridiction administrative saisie, le Conseil d'Etat en dernier lieu, ne pourra pas statuer objectivement et en toute impartialité puisque c'est sa propre jurisprudence qui est attaquée, de sorte que, conformément aux dispositions de l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, il sera **contraint de saisir la Cour de Justice Européenne** d'une question préjudicielle, Cour Européenne qui elle, a rendu les arrêts *GRIESMAR et MOUFLIN* et que les juridictions françaises se sont toujours refusées de saisir.

Ainsi, au terme de ces recours, la Cour de Justice Européenne située à Luxembourg serait enfin amenée à statuer sur le contournement de sa jurisprudence par les pouvoirs publics français, y-compris le Conseil d'Etat. Contrairement aux autres recours mentionnés ci-dessus, ce recours sera mené **de manière collective**, c'est-à-dire au nom de l'ensemble des fonctionnaires qui, au fur et à mesure, auront confié leur défense à Me MADIGNIER.

### **3.4. PRECISIONS :**

**Chaque recours est individuel**, et la décision qui interviendra ne vaudra que pour ceux qui auront engagé la procédure, ce qui signifie qu'il est prudent de saisir les tribunaux des différents recours décrits ci-dessus si l'on souhaite pouvoir se prévaloir d'un arrêt européen de condamnation. En effet, lorsque/si la France est condamnée par l'une ou l'autre Cour européenne,

les fonctionnaires qui n'auront pas engagé le contentieux risquent de ne pouvoir se prévaloir de la jurisprudence ainsi obtenue.

**La durée prévisible** de ces procédures est de deux à quatre années pour l'ensemble (à l'exception du recours indemnitaire engagé seulement courant 2008). En effet, une nouvelle intervention législative et/ou réglementaire ne peut être exclue, puisqu'elle est même annoncée courant 2013, de sorte que toute procédure en cours conservera le bénéfice de l'annulation éventuelle et rétroactive des décisions individuelles contestées.

**Les chances de succès** ne peuvent être évaluées dans ce type de recours, tout à fait exceptionnel, difficile, et nécessairement aléatoire. Me MADIGNIER considère que ces chances sont élevées devant une juridiction européenne pour des raisons de bon sens, au-delà des aspects de technique juridique fort complexes. Mais les obstacles ne manquent pas, jusqu'au stade de l'exécution de la décision européenne de condamnation de la France.

**Les honoraires** demandés par Me MADIGNIER pour ces trois étages de prestations s'établissent de la manière suivante :

- Une partie fixe comprise **entre 1.500€ et 3.000€**, selon les cas et les « degrés » de juridiction effectivement compris dans la prestation propre à chaque dossier, soit **2.500€** en situation « classique » pour la bonification pour enfants, et **3.000€** pour la retraite anticipée.
- Une partie variable dite **honoraire de résultat**, uniquement en cas de succès, dans des conditions fixées par une convention d'honoraires préalablement acceptée et signée par le Client.
- Les Clients qui ont dû passer par le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat verront leur forfait diminué pour le nouveau recours indemnitaire décrit ci-dessus.

**En raison du renvoi préjudiciel ordonné par un tribunal administratif dans le cadre d'un recours indemnitaire en cours, ce forfait est ramené à 1.500€ pour un seul recours au tribunal administratif devant profiter de la décision de la C.J.E. pour tous les Clients de Me MADIGNIER. En conséquence, les autres étages procéduraux (Cours européennes de Strasbourg et Luxembourg ainsi que le recours indemnitaire) ne seront pas engagés pour les Clients bénéficiant de ce forfait réduit.**

