

N° 360821  
M. H... et autres

1<sup>ère</sup> et 6<sup>ème</sup> sous-sections réunies  
Séance du 18 mars 2015  
Lecture du 8 avril 2015

## CONCLUSIONS

### M. Alexandre LALLET, rapporteur public

La présente affaire est de celles qui, par contraste, vous font apprécier les choses simples. Elle nous entraîne dans le labyrinthe du régime de pensions des fonctionnaires de l'Etat détachés dans des institutions de l'Union européenne.

En principe, les fonctionnaires en détachement restent affiliés au régime de pension dont relève leur administration d'origine, et ils ne peuvent être affiliés au régime de retraite de leur fonction de détachement. De longue date, les fonctionnaires détachés dans un organisme international, y compris une institution européenne, se sont toutefois vu reconnaître le droit, qui est souvent une obligation en vertu des règles propres à l'organisme, d'être affiliés au régime de retraite international correspondant, en sus de leur affiliation au régime national<sup>1</sup>. Jusqu'au milieu des années 90, ces fonctionnaires cumulaient en conséquence la pension française et la pension internationale. A la suite, semble-t-il, d'un changement de doctrine, facilité ou rendu possible par l'intensification des communications internationales, l'administration s'est mise à s'enquérir auprès des autorités internationales du montant de la pension qu'elles versaient au fonctionnaire, et à réduire la pension française à due concurrence, au motif qu'une même période de travail ne pouvait donner lieu à une double pension.

La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 a cherché à clarifier le cadre juridique applicable, dans un sens favorable aux fonctionnaires en détachement<sup>2</sup> :

- Par dérogation au droit commun, elle a d'abord mis fin à l'obligation dans laquelle se trouvaient les fonctionnaires de l'Etat détachés à l'international de maintenir leur affiliation au régime français pendant leur détachement (art. 46 bis de la loi du 11 janvier 1984, pour les fonctionnaires de l'Etat) ;

- Elle a toutefois prévu, à l'article 46 ter de la même loi, que l'agent pouvait, s'il le souhaitait, continuer à être affilié au régime français et cotiser à ce titre. Dans ce cas, le montant de la pension acquise au titre du régime français, toutes

---

<sup>1</sup> C'est même, très souvent, une obligation pour eux en vertu des règles régissant leur fonction de détachement.

<sup>2</sup> Cette loi a au passage étendu la possibilité de s'affilier au régime correspondant à la fonction de détachement à tout détachement à l'étranger, y compris, donc, dans une administration ou un organisme d'un Etat étranger.

périodes confondues, ajouté à celui de la pension acquise au titre du régime international pendant le détachement, est plafonné au niveau de la pension nationale qui aurait été la leur en l'absence de détachement. Le cas échéant, la pension nationale est écrêtée en conséquence<sup>3</sup>. Du point de vue de l'agent, cela revient à le faire bénéficier de la plus avantageuse des deux pensions<sup>4</sup>.

Ce dispositif de plafonnement est repris à l'article L. 87 du code des pensions civiles et militaires de retraite. L'article R. 74-1 du même code précise que l'option de double cotisation doit s'exercer dans un délai de 4 mois suivant la notification de la décision de détachement, et qu'elle ne peut être remise en cause qu'à chaque renouvellement du détachement, soit, en général, tous les 5 ans. Une circulaire du 18 décembre 2002 explicite la mise en œuvre de ce dispositif.

Les requérants, qui sont tous fonctionnaires de l'Etat détachés dans les fonctions de référendaire dans les juridictions de l'Union européenne, sont affiliés au régime de pension de l'Union, comme ils sont tenus de l'être en vertu des règles européennes. Ils ont en outre choisi de continuer à cotiser au régime spécial de retraite français, sur le fondement des dispositions que nous venons de mentionner. Or compte tenu de la générosité des pensions européennes, corollaire de celle des rémunérations, la règle de non-cumul aboutit à les priver, selon le cas, de tout ou au moins d'une grande partie de leur pension française, alors même qu'ils ont cotisé toute leur carrière dans le régime français. Ils ont demandé en vain l'abrogation du décret n° 2002-1391 du 21 novembre 2002 en tant qu'il a introduit l'article R. 74-1 dans le code des pensions civiles et militaires de retraite, et de la circulaire de 2002. Ils vous demandent à présent d'annuler ce refus d'abrogation.

Vous pourrez rejeter sans difficulté les conclusions relatives à l'article R. 74-1. Ce dernier se borne à encadrer les conditions d'exercice du droit d'option dont disposent les fonctionnaires détachés à l'international. Or ce que contestent les requérants, ce sont les conséquences de cette option et, plus précisément, la règle de plafonnement posée par la loi, et non les modalités d'exercice du droit d'option.

La contestation dirigée contre la circulaire, et plus particulièrement contre son point 2.4.2.1, est plus épineuse. Celle-ci décrit les conséquences de l'exercice de l'option sur la pension servie au titre du régime français.

Précisons d'abord que ces conclusions n'ont pas perdu leur objet, en dépit de la profonde réforme du dispositif résultant de l'article 84 de la loi n° 2013-1279 du 29 décembre 2013 de finances rectificatives pour 2013. Le décret d'application indispensable à la mise en œuvre des nouvelles dispositions, qui doit notamment préciser les modalités selon lesquelles le fonctionnaire détaché peut obtenir le remboursement de cotisations versées au régime français durant la période de détachement, n'a en effet pas été pris. Vous ne pouvez donc prononcer un non-lieu à raison de la modification des dispositions faisant l'objet de l'interprétation développée par la circulaire (CE, 12 novembre 2014, FHP-MCO, n° 360264,

---

<sup>3</sup> Cette règle de non-cumul a été remise en cause en 1<sup>ère</sup> lecture par le Sénat, mais, après rétablissement de son texte par l'Assemblée nationale, les sénateurs n'y sont pas revenus.

<sup>4</sup> En réalité, il reçoit, en général, deux pensions différentes, l'une du régime français, l'autre du régime international ou étranger. Ce n'est que lorsque la seconde pension excède la première que l'Etat français ne lui verse rien.

au Rec.). Par ailleurs, le caractère impératif du point 2.4.2.1. de la circulaire ne fait aucun doute.

Vous pourrez d'abord écarter comme inopérante l'ensemble de l'argumentation critiquant le nouveau dispositif issu de la loi de finances rectificative pour 2013.

Pour ce qui concerne le dispositif toujours en vigueur, les requérants soutiennent que la circulaire réitère une norme, l'article 46 ter ou l'article L. 87 du code, qui est elle-même contraire à des normes supérieures.

Evacuons d'une phrase les moyens tirés de la méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité, qui ne pourrait être invoqué qu'à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité ; du règlement n° 31 (CEE) 11 (CEEA) fixant le régime applicable aux autres agents des Communautés européennes, que la loi française n'affecte pas ; et, enfin du règlement n° 1408/71 du 14 juin 1971 sur la coordination des régimes de sécurité sociale, dont aucun article n'est mentionné par la requête, et qui a d'ailleurs été remplacé par le règlement 883/2004<sup>5</sup>.

L'invocation des articles 45 et 48 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui garantissent la libre circulation des travailleurs, est autrement plus délicate. La Cour de justice de l'Union européenne juge que ces stipulations font obstacle à toute disposition qui, sans justification d'intérêt général ou de manière non proportionnée à cette justification, empêcherait ou dissuaderait un ressortissant d'un Etat membre de le quitter pour exercer son droit à la libre circulation, quand bien même s'appliquerait-elle indépendamment de sa nationalité. Tel est le cas d'une réglementation nationale qui ne tient pas compte, pour le calcul d'allocations parentales, de périodes d'activité accomplies sous le régime commun d'assurance maladie de l'Union, puisqu'elle dissuade les ressortissants d'un Etat membre de le quitter pour exercer une activité au sein d'une institution de l'Union (CJUE, 16 décembre 2004, M... c/ Belgique, C-293/03, pt. 47). Il en va de même d'une réglementation qui pénalise le travailleur par rapport à ceux qui exercent la totalité de leurs activités dans l'Etat membre d'origine et aboutit purement et simplement au versement de cotisations sociales à fonds perdus (CJUE, 19 mars 2002, H... et autres, C-393/99 et C-394/99, pt. 51).

*A priori*, tel semble être le cas en l'espèce pour les fonctionnaires détachés dans une institution de l'Union pendant au moins 10 ans, durée minimale pour bénéficier d'une pension dans le régime européen, en application de l'article 77 du statut des fonctionnaires européennes, rendu applicable aux agents temporaires par l'article 39 du règlement relatif aux autres agents des Communautés européennes. La règle de non-cumul et d'écèlement de la pension nationale aboutit dans ce cas à réduire cette dernière à due concurrence de la pension européenne qui leur est versée. Les fonctionnaires détachés sur une longue période peuvent même ne recevoir que la pension européenne : compte tenu de la générosité des rémunérations européennes, il faut en effet beaucoup plus d'années de cotisations en France que dans une institution européenne pour parvenir au même niveau de pension. Dans ce cas, les intéressés auront versé des cotisations au régime national à fonds perdus. A s'en tenir à cette analyse, le dispositif apparaît incompatible avec le droit européen, ce que le ministre ne

---

<sup>5</sup> Il nous semble au demeurant que les dispositions de ce règlement relatives au droit à pension ne s'appliquent pas aux fonctionnaires nationaux détachés dans une institution européenne. Elles visent seulement à la coordination des régimes de sécurité sociale de plusieurs Etats membres.

conteste pas. C'est la raison pour laquelle il a entrepris sa modification, semble-t-il sous la contrainte de la Commission européenne.

Nous vous aurions sans doute proposé une solution d'annulation si le droit français faisait de la double cotisation une obligation. Mais comme on l'a dit, il n'en est rien. La situation dénoncée par les requérants procède de leur choix d'opter pour la double cotisation, alors qu'ils savaient que la règle de non-cumul pourrait les priver, *de facto*, de tout ou partie de leur pension nationale. En s'abstenant de cotiser au régime français, ils auraient bénéficié à la fois de la pension française, pour la période hors détachement, et de la pension européenne, pour la période de détachement, sous réserve de cotiser au moins 10 ans dans le régime européen. L'article L. 161-19-1 du code de la sécurité sociale prévoit même une prise en compte des services accomplis par les fonctionnaires de l'Etat au sein d'une institution européenne pour le calcul du taux de liquidation de la pension française, ce qui leur permet d'échapper à une éventuelle décote en raison de leur période de détachement.

Les requérants ont anticipé cette objection. Ils vous expliquent que leur choix était, en pratique, totalement contraint. Ils ont opté pour la double cotisation car ils ne savaient pas par avance s'ils exerceraient suffisamment longtemps au sein des institutions de l'Union pour prétendre à une pension d'ancienneté, soit 10 ans. Cette argumentation n'est toutefois convaincante que si les intéressés sont effectivement lésés lorsqu'ils exercent des fonctions d'une durée inférieure, sans cotiser parallèlement au régime français. C'est là que les choses s'obscurcissent<sup>6</sup>.

Lorsque la condition des 10 ans n'est pas remplie, l'article 12 de l'annexe VIII du statut des fonctionnaires européens, applicable aux agents temporaires, prévoit :

- En cas de service inférieur à 1 an, le versement d'une allocation de départ en capital, égale au triple des sommes retenues sur son traitement de base au titre de sa contribution à sa pension d'ancienneté. Compte tenu du montant très substantiel des cotisations versées dans le régime européen, corollaire de la générosité des rémunérations, cette allocation compense largement la perte de droits à pension dans le régime national au titre d'une unique annuité. L'un des requérants vous indique ainsi que, pour ce qui le concerne, deux années de cotisations dans le régime européen équivalent à 36 années de cotisations en France... ;
- Dans les autres cas, les plus fréquents, l'article 12 prévoit la possibilité d'un transfert de l'équivalent actuariel des droits à pension d'ancienneté acquis dans le

---

<sup>6</sup> Il est intéressant de relever, liminairement, que le problème ne se pose pas lorsque le fonctionnaire est détaché dans un autre Etat membre de l'Union, ou dans un Etat de l'Espace économique européen, ou en Suisse. En effet, l'article 57 du règlement 883/2004 fait obligation à tout Etat membre compétent de servir une pension dès lors que l'assuré a cotisé pendant au moins un an dans l'un de ses régimes nationaux ; et en cas d'exercice d'une activité inférieure à un an, cette durée intervient dans le calcul de la pension de retraite que l'Etat membre compétent doit lui servir. Plus exactement, cette durée est prise en compte pour le calcul de la « pension théorique » qui, une fois proratisée, est comparée au montant de la « pension autonome » (calculée en faisant abstraction des périodes cotisées à l'étranger). L'assuré se voit verser la plus élevée des deux. Les cotisations versées au régime étranger par le fonctionnaire français détaché qui n'opte pas pour la double cotisation ne le sont donc pas à fonds perdus.

régime européen soit à une assurance privée ou à un fonds de pension de son choix, soit à la caisse de pension d'une administration, d'une organisation nationale ou internationale ayant conclu un accord avec l'Union<sup>7</sup>. Un accord entre la France et les Communautés européennes a été conclu le 27 juillet 1992, approuvé et publié<sup>8</sup> en 1994. Il régit notamment le cas d'un agent temporaire européen titularisé dans la fonction publique française, qui peut valider dans le régime français les années passées au service de l'Union et, si le montant de l'équivalent actuariel excède ce qui est nécessaire à ce rachat, se voir reverser le surplus en capital<sup>9</sup>. Il n'est dit mot en revanche des fonctionnaires détachés, ce qui est logique puisqu'à l'époque, la double affiliation était obligatoire, de sorte qu'aucune coordination ne s'imposait. La circulaire litigieuse part toutefois de l'idée que l'accord leur est également applicable (V. dernier alinéa du point 1.2). Il y a là un premier élément d'incertitude. En tout état de cause, les fonctionnaires détachés conservent la possibilité de procéder au versement de l'équivalent actuariel à une assurance privée ou un fonds de pension. Les cotisations ne sont donc pas versées à fonds perdus. Et ils ne sont pas nécessairement pénalisés par rapport à leurs collègues non détachés, surtout compte tenu du montant des rémunérations qui leur sont versées, donc des cotisations qu'ils récupèrent. C'est plutôt au cas par cas que le caractère défavorable de la législation française devrait être apprécié, et il n'est pas certain, en l'absence de jurisprudence topique de la Cour de justice, que ces situations individuelles puissent justifier une remise en cause générale de la législation française.

A supposer qu'on considère que les intéressés ont tout intérêt à ne pas continuer à cotiser au régime français, on pourrait encore reprocher à la législation française d'induire en erreur les intéressés en leur ouvrant, avec le mécanisme de double cotisation, une fausse fenêtre, au mépris du principe de sécurité juridique. La Cour de justice a ainsi eu l'occasion de tenir compte de la particularité de la situation des agents temporaires, placés dans une situation d'incertitude quant à la durée de leur pension et, à cet égard, quant à l'éventualité qu'ils puissent bénéficier d'une pension européenne. Elle a annulé une décision de la Commission qui exigeait du fonctionnaire national recruté comme contractuel au sein d'une institution européenne qu'il choisisse dans un délai bref de transférer ses droits à pension acquis au plan national dans le régime européen. A cette occasion, elle a relevé que cet agent pouvait légitimement hésiter à décider d'un tel transfert, même si l'article 11 paragraphe 1 que nous avons mentionné lui permettait de procéder à un nouveau transfert de ses droits dans le régime national en cas d'interruption de fonctions avant 10 ans (CJCE, 29 juin 1988, G...-M... c/ Commission, 124/87, pts. 17 et 18). Ce précédent n'est pas totalement transposable,

---

<sup>7</sup> L'équivalent actuariel est le capital correspondant à la pension dont l'assuré a acquis le droit et auquel est appliqué, d'une part, un intérêt d'escompte en raison du caractère anticipé du versement par rapport à l'âge d'ouverture des droits à pension, et, d'autre part, un coefficient de réduction proportionné au risque de décès du bénéficiaire avant l'échéance.

<sup>8</sup> Loi n° 94-427 du 28 mai 1994 autorisant l'approbation d'un accord entre le Gouvernement de la République française et les Communautés européennes portant sur le transfert de droits à pension et décret n° 94-1062 du 6 décembre 1994.

<sup>9</sup> Du point de vue de la Commission européenne, il semble que cet accord de 1992 soit devenu caduc depuis l'entrée en vigueur du nouveau statut des fonctionnaires des Communautés européennes, le 1<sup>er</sup> mai 2004, et qu'elle ne souhaite pas en conclure de nouveaux en raison des difficultés liées à leur mise en œuvre (V. le rappel des faits de l'ordonnance du TFPCE du 15 juillet 2008, P... c/ Cour des comptes des Communautés européennes).

car est ici en cause non pas un double transfert potentiel, mais seulement, en amont, l'exercice d'un droit d'option que les agents n'ont pas forcément intérêt à utiliser compte tenu des conditions plus favorables offertes par le régime européen, et dont ils étaient d'emblée informés<sup>10</sup>. Mais, à défaut de vous avoir éclairés, nos conclusions vous auront peut-être au moins persuadés de la complexité du dispositif, donc de la difficulté pour les intéressés d'exercer en toute connaissance de cause leur droit d'option<sup>11</sup>.

Nous vous proposons donc d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne sur le point de savoir si la libre circulation des travailleurs garantie par l'article 45 du TFUE, lu à la lumière de l'article 48 et de l'article 4 du traité sur l'Union européenne, doit s'interpréter comme s'opposant à une réglementation nationale offrant le choix aux fonctionnaires d'un Etat membre détachés en tant qu'agents temporaires de l'Union européenne entre une affiliation exclusive au régime européen et une double affiliation assortie d'un mécanisme de plafonnement de la pension nationale au niveau de celle qui leur aurait été versée par l'Etat en l'absence de détachement.

Vous pourrez en revanche écarter, en tout état de cause, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 1<sup>er</sup> du 1<sup>er</sup> protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et de l'article 17 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne qui a la même portée, en vertu de l'article 52 de la même Charte. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'article 1P1 ne garantit pas un droit à une pension d'un montant déterminé. Dès l'instant que l'affiliation exclusive au régime européen n'aboutit pas à priver les intéressés de tout droit au titre de cotisations qu'ils ont versées, et où la double affiliation procède d'un choix, le droit au respect des biens ne saurait être méconnu.

**PCMNC au rejet des conclusions dirigées contre le décret de 2002, et à ce qu'il soit sursis à statuer sur le surplus des conclusions le temps que la Cour de justice de l'Union européenne se prononce sur la question préjudicielle proposée.**

---

<sup>10</sup> Comme l'indique l'avocat général dans ses conclusions sur cette affaire : « *Il faut certes reconnaître que l'article 11, paragraphe 1, de l'annexe VIII du statut prévoit également la possibilité, en cas de cessation des fonctions auprès de la Communauté, de faire transférer les droits à pension à une organisation nationale. Toutefois, compte tenu de la complexité du mécanisme de transfert, on ne saurait guère attendre d'un agent temporaire qu'il fasse procéder à plusieurs transferts, du régime national au régime communautaire puis inversement* ».

<sup>11</sup> Notre sentiment est que le mécanisme de double affiliation facultative prévu par le droit français s'adresse uniquement aux fonctionnaires détachés dans des Etats tiers dont le régime de retraite est très désavantageux par rapport au système français (par exemple, un enseignant détaché dans un pays en développement) et qui n'ont pas conclu d'accord de sécurité sociale prévoyant la prise en compte des services accomplis à l'étranger pour la liquidation de la pension française. Et même pour ces agents, le mécanisme n'est pas très avantageux car ils perdront tout de même l'équivalent des droits à pension constitués dans le régime étranger.