

N° 372426
M. A...

Assemblée du contentieux

Séance du 13 mars 2015
Lecture du 27 mars 2015

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, rapporteur public

A l'aube des années 2000, le code des pensions civiles et militaires de retraite comportait un certain nombre de dispositions réservant des avantages aux femmes, en qualité soit de fonctionnaires, soit d'ayants-droit de fonctionnaires de sexe masculin.

L'article L. 12, b), prévoyait ainsi, au bénéfice des femmes fonctionnaires, pour la liquidation de leur pension, une bonification pour chaque enfant, bonification que le pouvoir réglementaire avait fixée à un an.

Aux termes du 3° du I de l'article L. 24, les femmes fonctionnaires pouvaient prétendre, si elles quittaient l'administration, à la jouissance immédiate de leur pension sans condition d'âge, à la condition soit d'être mères de trois enfants, soit qu'elles-mêmes ou leur conjoint fussent atteints d'une infirmité ou d'une maladie incurable les plaçant dans l'impossibilité d'exercer une activité professionnelle.

Enfin, aux termes de l'article L. 38, « *les veuves des fonctionnaires civils (avaient) droit à une pension égale à 50 p. 100 de la pension obtenue par le mari* ». Le conjoint survivant d'une femme fonctionnaire n'avait droit, lui, qu'à une pension plafonnée, et sous réserve d'avoir atteint 60 ans.

Des dispositions analogues s'appliquaient aux fonctionnaires territoriaux et hospitaliers, ainsi qu'aux agents relevant d'un certain nombre de régime spéciaux.

Ces différences de traitement, qui remontaient à la première moitié du XXème siècle, ont volé en éclats.

Par une décision du 28 juillet 1999, G... (n° 141112, p. 248), vous avez saisi la CJCE d'une question préjudicielle portant sur la conformité de l'article L. 12 au droit communautaire. Un tribunal administratif a parallèlement saisi la Cour d'une question préjudicielle portant sur l'article L. 24.

La Cour de justice a statué sur l'affaire G... par un arrêt du 29 novembre 2001¹. Elle a jugé que l'article 119 du Traité de Rome, relatif à l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins², s'appliquait au régime de retraite des fonctionnaires, dès lors que la pension était versée en raison de la relation de travail entre l'intéressé et son ancien employeur. Elle a considéré que le mécanisme du b) de l'article L. 12 n'était pas lié au congé de maternité ou aux désavantages subis par les fonctionnaires féminins dans leur carrière du fait de leur éloignement du service pendant la période suivant l'accouchement, mais tendait, de l'aveu même du Gouvernement français, à compenser les désavantages subis par les intéressées du fait du rôle prépondérant qui leur était assigné, de facto, dans l'éducation des enfants. Cette compensation, la Cour de justice s'est refusée à l'entériner. Le droit communautaire ménageait – et le droit de l'Union européenne ménage toujours aujourd'hui – la possibilité « *de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la carrière professionnelle* ». Selon la Cour, ces dispositions autorisent des mesures nationales qui « *contribuent à aider les femmes à mener leur vie professionnelle sur un pied d'égalité avec les hommes* » ; or une bonification d'ancienneté au moment du départ à la retraite n'a pas cet effet. Il en découle que « *le principe de l'égalité des rémunérations est méconnu par une disposition telle que l'article L. 12, b), en ce qu'elle exclut du bénéfice de la bonification qu'elle instaure pour le calcul des pensions de retraite les fonctionnaires masculins qui sont à même de prouver avoir assumé l'éducation de leurs enfants.* » Ajoutons que la Cour a refusé de limiter dans le temps les effets de son arrêt³.

Quelques semaines plus tard, le 13 décembre 2001, la Cour rendait, à propos de l'article L. 24, l'arrêt Mouflin⁴. Était en cause, en l'espèce, la situation d'un fonctionnaire qui avait sollicité, en vain, le bénéfice d'une pension à jouissance immédiate pour faire soigner son épouse atteinte d'une maladie incurable, droit, on l'a vu, alors réservé aux femmes fonctionnaires. La Cour a jugé que les agents dont le conjoint était atteint d'une maladie incurable étaient placés dans la même situation, quel que soit leur sexe, d'où l'existence d'une discrimination. L'arrêt ne traite pas du cas des femmes fonctionnaires mères de trois enfants.

Est alors venu, en droit interne, le temps de tirer les conséquences de ces décisions, rôle qui vous est d'abord échu, et dont vous vous êtes acquittés selon des modalités qui méritent d'être rapidement évoquées.

Vous avez estimé, par une décision C... du 5 juin 2002 (n° 202667, p. 198), relative à la différence de traitement entre hommes et femmes au titre des pensions de réversion, que celle-ci n'était justifiée par aucune différence de situation et qu'il était inutile de saisir la Cour de justice d'une troisième question préjudicielle. La décision juge, en outre,

¹ Aff. C-366/99

² Devenu l'article 141 du TCE depuis le 1^{er} mai 1999 ; aujourd'hui article 157 du TFUE

³ Alors que le Gouvernement français faisait valoir qu'accorder rétroactivement la bonification à tous les fonctionnaires masculins retraités ayant eu des enfants aurait un coût compris entre 3 et 5 milliards de francs par an, il lui a été rétorqué que, selon une jurisprudence constante, les conséquences financières qui peuvent découler pour un Etat membre d'un arrêt rendu à titre préjudiciel ne justifient pas une telle limitation dans le temps...

⁴ Aff. C-206/00

« que dans la mesure où sont maintenues dans le code des dispositions plus favorables aux épouses survivantes d'un homme fonctionnaire en ce qui concerne la jouissance de la pension de réversion, l'autorité administrative (était) tenue d'en faire bénéficier » le demandeur. Vous avez donc engagé la jurisprudence, en la matière, dans une voie dont elle ne s'est pas écartée par la suite, une voie qui, pourtant, aurait pu ne pas être empruntée : celle consistant à étendre systématiquement aux hommes les avantages consentis aux femmes. Nous reviendrons sur ce point...

Quelques semaines plus tard, votre seconde décision G... du 29 juillet 2002 (n° 141112, p. 284) s'est inscrite dans la même logique d'extension mécanique aux hommes de l'avantage accordé aux femmes, en l'espèce la bonification de l'article L. 12. Pourtant, comme le relevait notre collègue F. Lamy en concluant sur cette affaire, la Cour de justice avait considéré que le b) de l'article L. 12 n'était problématique qu'en tant qu'il refusait le bénéfice de la pension aux « *fonctionnaires masculins qui sont à même de prouver avoir assumé l'éducation de leurs enfants.* » Or vous vous êtes bornés à relever que M. G... avait assuré la charge de trois enfants. Eclairée par les faits de l'espèce et par les conclusions du commissaire du gouvernement, la position que vous avez adoptée est simple : il suffit que les enfants soient nés dans le mariage pour que le père soit présumé en avoir assumé l'éducation. Comme l'observait notre collègue G. Goulard, concluant sur la décision L... du 26 février 2003 (n° 187401, p. 55) : « *Ce glissement est révélateur de l'incapacité où se trouve le juge administratif français de mettre en œuvre les appréciations subjectives qui inspirent les jurisprudences européennes (...). Ce faisant, c'est le juge français qui manque parfois de réalisme.* »

Vous avez enfin parachevé le dynamitage de l'édifice avec la décision B... du 29 janvier 2003 (n° 245601, T.) et la décision L... que nous venons de mentionner, qui ont jugé non conforme au droit communautaire le 3° du I de l'article L. 24, relatif à la jouissance immédiate de la pension.

Evidemment, du plus modeste au plus huppé des fonctionnaires, la perspective de profiter d'un effet d'aubaine inattendu a conduit nombre d'agents à solliciter le bénéfice d'avantages jusque-là réservés aux femmes, et auxquels vous leur aviez fort libéralement donné accès. Les bonifications de l'article L. 12 ont, en particulier, suscité une forte convoitise.

L'administration s'est alors agrippée à une bouée de sauvetage : l'article L. 55 du code des pensions. Aux termes de cet article, si les pensions peuvent être révisées à tout moment en cas d'erreur matérielle, elles ne peuvent l'être que dans le délai d'un an en cas d'erreur de droit. Le caractère tardif de leur demande de bonifications a donc pu être opposé à tous les pensionnés dont la pension avait été liquidée plus d'un an auparavant⁵. Mais cette ligne de défense ne s'est pas révélée inexpugnable. Il est en effet apparu qu'à une certaine époque, le service des pensions, lorsqu'il notifiait le titre de pension à l'agent, lui indiquait qu'il disposait d'un délai de deux mois pour le contester, mais omettait de préciser que cette contestation devait être portée devant le tribunal administratif. Or vous avez jugé que les dispositions de l'article R. 421-5 du code de justice administrative, selon lesquelles « *les*

⁵ A la condition que l'administration ait pensé à opposer cette prescription, laquelle, de même que toute prescription, n'est pas d'ordre public ; cf. CE, 20 juin 2007, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie contre G..., n° 288027, T.

délais de recours contre une décision administrative ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision », impliquent que cette notification précise si le recours contentieux doit être formé auprès de la juridiction administrative de droit commun ou devant une juridiction spécialisée (et, dans ce dernier cas, devant laquelle) (cf. CE, 15 novembre 2006, T..., n° 264636, T.). Conséquence imparable : les pensionnés, qui, dix ans plus tôt, n'avaient pas reçu une telle notification, ont pu contester directement leur titre de retraite initial, en tant qu'il ne comportait pas de bonifications⁶ ! Dans cette matière du droit des pensions, il n'aurait pourtant pas été inconcevable d'échafauder une solution différente, un peu plus pragmatique. A vrai dire, avec le recul, on reste un peu ébahi par l'enchaînement qui, de G... à T..., a conduit à faciliter toujours plus l'accès à de tels avantages.

Observons, incidemment, que vous pourriez vous pencher un jour sur les inconvénients qui s'attachent à la possibilité de faire jouer, sans limite de durée, la règle selon laquelle le délai de recours contentieux ne court pas en l'absence de notification des voies et délais de recours. D'une part, on ne saurait exiger des administrations qu'elles conservent jusqu'à la fin des temps la trace des notifications auxquelles elles ont procédé ; d'autre part, tant un souci de sécurité juridique que le simple bon sens militent pour qu'au delà d'un certain délai puisse jouer, par exemple, le mécanisme de la connaissance acquise.

Vous avez simplement atténué, dans une certaine mesure, la portée de la jurisprudence T..., en admettant que l'administration puisse opposer au demandeur, quand celui-ci conteste bien des années plus tard son titre de pension, la prescription de l'article L. 53⁷.

* * *

Parallèlement à ces péripéties contentieuses, le législateur s'est saisi du dossier.

Il l'a fait, en premier lieu, dans le cadre de la loi du 21 août 2003 portant réforme des retraites.

Le régime des pensions de réversion des veufs de femmes fonctionnaires a été purement et simplement aligné sur celui des veuves.

En ce qui concerne les bonifications de l'article L. 12, en revanche, le nouveau dispositif procède à une distinction selon que les enfants sont nés avant ou après le 1^{er} janvier 2004.

⁶ Du moins pour les pensions liquidées postérieurement au 17 mai 1990, car le principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes ne s'applique aux prestations servies en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale que depuis cette date ; cf. CE, 17 juin 2005, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ N..., n° 271779, p. 244.

⁷ Aux termes de cet article, « lorsque, par suite du fait personnel du pensionné, la demande de liquidation ou de révision de la pension est déposée postérieurement à l'expiration de la quatrième année qui suit celle de l'entrée en jouissance normale de la pension, le titulaire ne peut prétendre qu'aux arrérages afférents à l'année au cours de laquelle la demande a été déposée et aux quatre années antérieures. » La contestation d'un titre de pension en tant qu'il ne comporte pas le bénéfice des bonifications de l'article L. 12 a été assimilée à une demande de liquidation au sens de l'article L. 53 (CE, 24 juillet 2009, G..., n° 322806, T.).

Pour les enfants nés avant cette date, *« les fonctionnaires et militaires bénéficient d'une bonification fixée à un an, qui s'ajoute aux services effectifs, à condition qu'ils aient interrompu leur activité dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »*

Aux termes de l'article R. 13, dans sa rédaction issue d'un décret du 26 décembre 2003, cette interruption d'activité, d'une durée continue au moins égale à deux mois, doit être survenue dans le cadre d'un congé pour maternité, d'un congé pour adoption, d'un congé parental, d'un congé de présence parentale ou d'une disponibilité pour élever un enfant de moins de huit ans.

Ultérieurement, la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites a étendu le mécanisme aux agents ayant réduit leur activité.

Pour les enfants nés après le 1^{er} janvier 2004, l'article L. 12 bis dispose que *« les femmes, fonctionnaires ou militaires, ayant accouché postérieurement à leur recrutement, bénéficient d'une majoration de durée d'assurance fixée à deux trimestres. »* Un traitement distinct est donc maintenu pour l'avenir, mais il trouve son fondement dans des considérations d'ordre biologique. Il s'agit de compenser une interruption d'activité liée à l'accouchement. Cet article n'a pas été modifié depuis lors.

On le voit, qu'il s'agisse des enfants nés avant ou après 2004, la loi de 2003 institue des mesures « correctrices », qui visent à compenser les préjudices de carrière entraînés par les interruptions ou réductions d'activité professionnelle qu'emporte l'arrivée au foyer des enfants. Mais, pour les enfants nés à partir de 2004, l'effet correcteur a un champ beaucoup plus étroit. Ainsi, les fonctionnaires de sexe masculin, même s'ils interrompent ou réduisent leur activité, ne peuvent plus prétendre à l'octroi de bonifications.

En revanche, la loi du 21 août 2003 a modifié l'article L. 9 pour prévoir que les périodes d'interruption et de réduction d'activité, pour les femmes comme pour les hommes, peuvent désormais entrer en compte dans la constitution du droit à pension, dans certaines limites, via un mécanisme de validation à titre gratuit⁸.

Le Conseil constitutionnel, par sa décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003, a estimé que les nouvelles règles relatives aux bonifications n'étaient pas contraires au principe d'égalité.

En ce qui concerne le départ anticipé à la retraite avec jouissance immédiate de la pension, il a fallu attendre la loi de finances rectificative du 30 décembre 2004 pour que le sort des hommes soit aligné sur celui des femmes, mais avec, dans les deux cas, une condition tenant à une interruption d'activité similaire à celle exigée pour l'obtention de la bonification pour enfants (cf. l'article R. 37). Depuis l'intervention de la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, le mécanisme ne concerne plus, pour l'avenir, que les fonctionnaires parents d'un enfant atteint d'une invalidité égale ou supérieure à 80 %. Les fonctionnaires ayant accompli quinze années de services effectifs avant le 1er janvier 2012 et parents à cette date de trois enfants vivants conservent toutefois la possibilité de liquider leur pension par anticipation, à condition d'avoir interrompu ou réduit leur activité (cf. l'article 44 de la loi du 9 novembre 2010 ; l'assouplissement consistant à avoir subordonné le droit à une simple

⁸ Cf. également l'article R. 9 du code ainsi que l'article L. 9 ter pour la coordination avec l'article L. 12.

réduction d'activité résulte de cette loi).

Par ailleurs, le code des pensions prévoit une majoration de pension pour les fonctionnaires ayant élevé au moins trois enfants, sans condition d'interruption ou de réduction d'activité (cf. l'article L. 18). Ce dispositif n'a pas été affecté, dans son principe, par les modifications législatives récentes.

S'agissant des fonctionnaires et des régimes assimilés, le paysage a ainsi été largement remanié sous l'influence du droit communautaire, mais avec le souci du législateur de ne pas bouleverser la situation des agents par une remise en cause brutale d'avantages reposant sur des situations nouées antérieurement.

Le régime général a été, lui aussi, affecté.

Le code de la sécurité sociale, à son article L. 351-4, prévoyait, avant 2003, une majoration d'assurance au profit des femmes assurées sociales ayant élevé un ou plusieurs enfants.

Cet article L. 351-4 a été repris, dans son principe, au prix de quelques modifications par la loi du 21 août 2003. Il était désormais rédigé comme suit : *« Les femmes assurées sociales bénéficient d'une majoration de leur durée d'assurance d'un trimestre pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant, dans des conditions fixées par décret, dans la limite de huit trimestres par enfant. »*

Le législateur avait donc maintenu, au profit des femmes, une différence de traitement.

Dans sa décision du 14 août 2003, le Conseil constitutionnel, qui, nous l'avons indiqué, a validé les mesures relatives aux fonctionnaires, a estimé que si l'attribution d'avantages sociaux liés à l'éducation des enfants ne saurait dépendre, en principe, du sexe des parents, il appartenait toutefois au législateur *« de prendre en compte les inégalités de fait dont les femmes ont jusqu'à présent été l'objet »*, notamment le constat selon lequel elles avaient interrompu leur activité professionnelle bien davantage que les hommes afin d'assurer l'éducation de leurs enfants et justifiaient ainsi en moyenne d'une moindre durée d'assurance. Dès lors, *« 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 appelées à disparaître.⁹ »*

Ceci n'a pas empêché la Cour de cassation, par un arrêt en date du 19 février 2009, de juger que l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale méconnaissait les stipulations

⁹ Le commentaire « autorisé » de la décision relève que le dispositif est justifié par *« de puissants motifs d'intérêt général : la compensation de charges éducatives inégalement réparties dans le passé entre le père et la mère ; la réparation du traitement inégal de fait subi par les mères au cours des décennies antérieures, du fait d'une spécialisation des rôles héritée de notre histoire ; la confiance que les assurés peuvent légitimement faire au système de protection sociale ; une exigence de sécurité juridique (...) ; enfin, la protection des intérêts des moins fortunés de nos concitoyens, compte tenu de l'ampleur de la réduction du montant de la pension qui résulterait, pour les assurées du régime général, de la disparition de l'article L. 351-4. »*

combinées de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à cette convention. Citons l'arrêt : *« 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 ; en l'absence d'une telle justification, l'article L. 351-4 du code de la 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 »* (2^{ème} Civ., n° 07-20.668, Bull. 2009, II, n° 53).

C'est ainsi qu'une disposition législative conforme à la Constitution, car reposant, selon le Conseil constitutionnel, après un examen in concreto, sur un objectif d'intérêt général, a été neutralisée, sur le fondement d'une interprétation de la convention européenne des droits de l'homme assenée avec vigueur, mais concision.¹⁰

La loi du 24 décembre 2009 de financement de la sécurité sociale pour 2010 (article 65) est donc venue modifier le dispositif pour distinguer :

- une majoration de durée d'assurance de quatre trimestres 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 ;
- une majoration d'une même durée, au bénéfice de l'un des parents, attribuée au titre de l'éducation de chaque enfant pendant les quatre années suivant sa naissance ou son adoption.

Là encore, un régime spécifique a été prévu pour le « stock » : pour les enfants nés ou adoptés avant le 1er janvier 2010, les majorations prévues au titre de l'éducation des enfants sont attribuées à la mère sauf si le père de l'enfant apporte la preuve qu'il a élevé seul l'enfant pendant une ou plusieurs années au cours de ses quatre premières années ou des quatre années suivant son adoption.

* * *

Revenons au code des pensions civiles et militaires de retraite.

La réforme intervenue en 2003 a donné lieu à de multiples contestations devant le juge administratif. Certaines d'entre elles étaient relatives à l'application dans le temps de la norme nouvelle. Elles ont donné lieu à d'importantes décisions, sur lesquelles il n'est cependant pas utile de revenir aujourd'hui (cf. en particulier CE, 29 décembre 2004, Frette, n° 265846, T. ; CE, Assemblée, 27 mai 2005, Provin, n° 277975, p. 212 ; CE, 6 février 2006, W..., n° 268192, p. 59). Ce qui nous importe ici, c'est que vous avez été rapidement confrontés à la question de la conformité au droit communautaire et de la compatibilité avec le droit conventionnel, sur le fond, du nouveau dispositif. Or, cette question, vous y avez

¹⁰ Pour la Cour de cassation, l'enjeu immédiat consistait à entériner un arrêt de cour d'appel qui avait jugé que les hommes avaient droit aux mêmes majorations que les femmes ; il ne s'agissait pas de supprimer les majorations, mais de les étendre à tous, position différente de celle dans laquelle avait été placé Conseil constitutionnel.

répondu par l'affirmative, d'abord par votre décision d'O... du 29 décembre 2004¹¹ (n° 265097, p. 473), pour ce qui concerne le b) de l'article L. 12, puis, pour la jouissance immédiate de la pension bénéficiant aux fonctionnaires ayant élevé trois enfants, par la décision Fédération générale des fonctionnaires Force Ouvrière et M... du 6 juillet 2007 (n° 281147, T.).

Vous avez réitéré cette analyse à de multiples reprises depuis lors.

La cause pouvait donc être regardée comme entendue, d'autant plus que la Commission européenne, qui avait adressé un avis motivé à la France le 25 juin 2009 au sujet des conséquences qui avaient été tirées de l'arrêt G... pour les bonifications concernant les enfants nés avant le 1^{er} janvier 2004, avait fini par classer la procédure par une décision du 6 avril 2011.

Cela n'a pas empêché le tribunal administratif de Saint-Denis de la Réunion de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle, à propos de l'article L. 12 du code des pensions. L'affaire a donné lieu au prononcé de conclusions par l'avocat général, M. Jääskinen¹², mais a été rayée du rôle après l'annulation du jugement par la cour administrative d'appel de Bordeaux, le 29 novembre 2011¹³.

La cour administrative d'appel de Lyon a cru devoir saisir à son tour la Cour de justice d'une question préjudicielle, par un arrêt rendu le 3 avril 2013, dans le cadre d'un contentieux qui se présentait de la façon suivante. M. E..., ancien infirmier aux Hospices civils de Lyon, avait demandé, en 2005, à bénéficier d'une retraite anticipée avec pension à jouissance immédiate et bonifications, en se prévalant de la qualité de père de trois enfants. N'ayant interrompu son activité professionnelle pour aucun d'entre eux, il s'est heurté à un rejet, qu'il a contesté en vain. Il a alors, avec son épouse, engagé une procédure juridictionnelle tendant à voir reconnaître la responsabilité de l'Etat du fait des lois, pour méconnaissance des engagements internationaux de la France. Notons, au passage, que des conclusions indemnitaires ayant le même objet que des conclusions pécuniaires tendant à la révision d'une pension sont irrecevables, compte tenu de l'exception de recours parallèle (CE, 19 mai 2004, S..., n° 253425, T.) ; mais, en l'espèce, était en cause, à titre principal, le refus du bénéfice d'une retraite anticipée. Or vous avez admis que l'illégalité du refus opposé à une telle demande puisse déboucher sur la condamnation de l'administration à indemniser les troubles dans les conditions d'existence allégués par le requérant (cf. CE, 30 décembre 2009, Ministre de l'éducation nationale c/ M..., n° 319954, T.). Cette décision a été rendue précisément à propos d'un fonctionnaire père de quatre enfants auquel l'administration avait refusé une pension avec jouissance immédiate, et qui avait engagé un contentieux avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 décembre 2004, subordonnant son octroi à une interruption d'activité.

¹¹ « Dès lors que cet avantage est ouvert tant aux hommes qu'aux femmes, ces dispositions ne sont pas incompatibles avec le principe d'égalité des rémunérations entre hommes et femmes tel qu'il a été interprété par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt C366-99 du 29 novembre 2001 » ; en outre, « eu égard à l'objet de cette bonification, ce principe n'interdisait pas que le décret attaqué prévoie parmi les positions statutaires donnant droit à son bénéfice, le congé de maternité, alors même que de ce fait et en raison du caractère facultatif des autres congés, pour la plupart non rémunérés, le dispositif nouveau bénéficiera principalement aux fonctionnaires de sexe féminin. »

¹² Affaire Amédée, C-572/10

¹³ Le pourvoi formé contre cet arrêt n'a pas été admis.

La demande de M. E... a été rejetée en première instance, mais la cour, avant de statuer sur la requête d'appel, a donc saisi la Cour de justice, qui s'est prononcée le 17 juillet 2014 (aff. C-173/13)¹⁴. Un autre contentieux, pendant devant vous, vous donne l'occasion d'en apprécier la portée et les conséquences.

* * *

Quelques indications, tout d'abord, sur le cadre dans lequel cet arrêt a été rendu.

Le principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, qui figure depuis l'origine dans le Traité de Rome (article 119), avait initialement pour seul objet d'éviter des distorsions de concurrence entre les différents pays de la Communauté, liées aux bas salaires féminins¹⁵.

La Cour de justice lui a donné, au fil des années 1970, une portée juridique utile, notamment avec l'arrêt D... c/ S... du 8 avril 1976 (aff. C- 43/75), en affirmant que ce principe pouvait être invoqué devant les juridictions nationales. Une première directive a été adoptée en la matière le 10 février 1975¹⁶. D'autres ont suivi, relatives à l'accès à l'emploi, aux régimes légaux et professionnels de sécurité sociale, à la charge de la preuve dans le cas des discriminations fondées sur le sexe. Elles ont finalement été refondues par la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

Avec le Traité d'Amsterdam, qui fait de la promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes l'un des objectifs de la Communauté, la lutte contre les discriminations est devenue une politique autonome et élargie. Compétence a été donnée au Conseil pour prendre « *les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* » (article 13 du Traité instituant la Communauté européenne, devenu article 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

Le Traité de Lisbonne achève ce processus. La Charte des droits fondamentaux comporte un article 21 qui prohibe toute discrimination, avec une liste non limitative. L'article 23 est consacré spécifiquement à l'égalité entre les femmes et les hommes, qui « *doit être assurée dans tous les domaines* ».

Sur le fondement de l'article 13 du TCE, ont été édictées, au fil des années 2000, plusieurs directives assez contraignantes, notamment la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000

¹⁴ L'affaire est revenue devant la cour administrative d'appel de Lyon, devant laquelle elle est pendante

¹⁵ Sur l'évolution du droit communautaire en la matière, cf. notamment C. Aubin et B. Joly, « De l'égalité à la non-discrimination : le développement d'une politique européenne et ses effets sur l'approche française », Droit social 2007.1295

¹⁶ Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins

relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique¹⁷.

Ceci étant, voir dans le droit écrit, qu'il s'agisse du droit primaire ou du droit dérivé, le seul moteur de cette évolution, serait erroné. C'est la Cour de justice qui a forgé une partie des concepts que ces textes mettent en œuvre.

Celle-ci, depuis l'origine, promeut un principe de non-discrimination qui, vous le savez, ne coïncide pas avec le principe d'égalité, tel qu'il est entendu en droit interne. Pour la Cour, une discrimination est constituée non seulement lorsque sont traitées de manière différente des situations similaires, mais aussi lorsque sont traitées de manière identique des situations différentes (CJCE, 17 juillet 1963, Gouvernement de la République italienne c/ Commission, aff. 13/63). La Cour européenne des droits de l'homme a fait sienne cette analyse¹⁸. Vous jugez, pour votre part, que le principe d'égalité n'implique pas que des personnes se trouvant dans des situations différentes doivent être soumises à des régimes différents (CE, Assemblée, 28 mars 1997, Société Baxter, n° 179049, p. 114). Il en va de même du Conseil constitutionnel, pour lequel le principe d'égalité n'oblige pas à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes (cf. notamment la décision n° 2010-617 DC du 9 novembre 2010).

Cette différence d'approche entre principe d'égalité et principe de non-discrimination ne saurait être réduite à une question de technique juridique. Est en jeu un débat de philosophie politique, puisque la notion même de discrimination peut conduire à saisir l'être humain non individuellement, mais à travers le groupe auquel il appartient, et tend, pour ses promoteurs, à remettre en cause ce qui ne serait qu'une égalité formelle au bénéfice d'une égalité dite réelle...

Si le principe de non-discrimination avait débouché sur la seule prohibition des discriminations directes, l'écart entre la logique nationale et la logique européenne aurait pu demeurer raisonnable. Le droit français comporte, depuis longtemps, des dispositions qui interdisent des atteintes au principe d'égalité fondées sur l'appartenance. Il n'est que de citer l'article 3 du Préambule de la Constitution de 1946 (« *La loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ») ou encore l'article 6 de la loi du 13 juillet 1983 portant droit et obligation des fonctionnaires, aux termes duquel « *aucune distinction ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur sexe ou de leur appartenance ethnique.* »

Toutefois, même à s'en tenir aux discriminations directes, la jurisprudence de la Cour de justice a déployé très loin ses effets, y compris en ce qui concerne les discriminations entre les hommes et les femmes.

¹⁷ Citons aussi la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et la directive 2004/113 du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

¹⁸ Cf. 6, avril 2000, Thlimmenos c/ Grèce, n° 34369/97 : « *le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les Etats n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes.* »

Le droit des assurances en fournit des exemples notables, en particulier avec l'arrêt Association belge des consommateurs Test-Achats du 1^{er} mars 2011 (aff. C-236-09). Pour nous en tenir à l'actualité la plus récente, la Cour de justice a ainsi été saisie par un tribunal finlandais de la question de l'interprétation de la directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, à propos d'une réglementation prévoyant, en cas d'accident du travail, l'octroi d'un capital destiné à réparer le préjudice résultant de la diminution de la capacité fonctionnelle de la victime pour tout le reste de sa vie, capital calculé différemment pour les hommes et les femmes en fonction des différences d'espérance de vie entre les deux sexes. Le demandeur – un homme – réclamait le même montant que celui attribué à une femme, alors que le mécanisme prévoyait précisément un montant plus important pour les femmes puisqu'elles sont supposées vivre plus longtemps. Le gouvernement finlandais faisait valoir qu'une différenciation entre les sexes était nécessaire pour éviter de défavoriser les femmes par rapport aux hommes. La Cour de justice y a vu une inégalité de traitement, une inégalité ne pouvant trouver sa base dans aucune disposition de la directive, et a relevé, en outre « *que la prise en compte de données statistiques générales, selon le sexe, se heurte à l'absence de certitude qu'une assurée ait toujours une espérance de vie supérieure à celle d'un assuré du même âge placé dans une situation comparable* » (CJUE, 3 septembre 2014, X, aff. C-318/13)¹⁹. Au-delà du cas d'espèce, l'arrêt illustre un autre aspect de la jurisprudence sur les discriminations directes (également présent dans l'arrêt G...) : celles-ci ne peuvent pas être justifiées par un motif d'intérêt général en-dehors des cas où le texte l'a expressément prévu. Là encore, on s'éloigne des principes du droit national.

Quoi qu'il en soit, c'est avec la problématique des discriminations indirectes que l'on entre dans un univers juridique nouveau, un univers aussi désarçonnant, parfois, pour le juriste français, que la géométrie non-euclidienne pour le mathématicien néophyte.

Dès 1974, la Cour de justice a estimé que le droit communautaire prohibait non seulement « *les discriminations ostensibles, fondées sur la nationalité, mais encore toutes les formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinctions, aboutissent en fait au même résultat* » (CJCE, 12 février 1974, Sotgiu c/ Deutsche Bundespost, aff. C-152/73).

Le raisonnement n'allait cesser ensuite, d'être perfectionné et étendu à de nouveaux domaines.

S'agissant de la question de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes en matière de rémunération, le postulat constamment réaffirmé est que ce principe « *s'oppose non seulement à l'application de dispositions qui établissent des discriminations directement fondées sur le sexe, mais également à la mise en œuvre de dispositions qui maintiennent des différences de traitement entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins en application de critères non fondés sur le sexe, dès lors que ces différences de traitement ne*

¹⁹ On pourrait observer que le propre des données statistiques est précisément d'agrèger des données individuelles pour dégager des moyennes ; on pourrait même ajouter qu'il y a quelque paradoxe à écarter pour ce motif des éléments statistiques alors, on va le voir, que la Cour ne répugne pas à utiliser cet outil pour caractériser certaines catégories de discriminations.

peuvent s'expliquer par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe. »

Dès 1981 (CJCE, 31 mars 1981, J.P. Jenkins contre Kingsgate Ltd., aff. C-96/80), la Cour a estimé qu'une réglementation rémunérant le travail à temps partiel sur une base inférieure à celle applicable au travail à plein temps était susceptible de constituer une discrimination prohibée par l'article 119, s'il s'avérait qu'un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs féminins que de travailleurs masculins effectuait le nombre minimal d'heures requis pour pouvoir prétendre à un salaire à taux plein. La solution a été reprise par pour un régime complémentaire de retraite ouvert aux salariés à temps partiel à la condition qu'ils aient accompli au moins quinze ans de travail à plein temps sur les vingt dernières années (CJCE, 13 mai 1986, Bilka-Kaufhaus, aff. C-170/84).

Dans le droit fil de ces décisions, a été considérée comme susceptible d'instituer une discrimination indirecte une législation nationale prévoyant que, pour le calcul de l'ancienneté des fonctionnaires, les périodes d'emploi pendant lesquelles l'horaire accompli est compris entre la moitié et les deux-tiers de l'horaire de travail normal ne sont comptées qu'aux deux-tiers, dès lors que 87 % des travailleurs à temps partiels sont des femmes (CJCE, 2 octobre 1997, Hellen Gerster, aff. C-1/95 ; pour des cas comparables : CJCE, 10 mars 2005, Vasiliki Nikoloudi, aff. C-196/02 ; CJCE, 6 décembre 2007, Ursula Voß, aff. C-300/06, dans une hypothèse où 88 % des intéressés étaient des femmes).

Il en va de même d'un mécanisme d'augmentation exceptionnelle de pension susceptible de bénéficier à 75 % des hommes pensionnés, mais à 43 % des femmes (CJUE, 20 octobre 2011, Waltraud Brachner, aff. C-123/10).

Il faut et il suffit qu'au vu des données disponibles, un pourcentage considérablement plus faible de travailleurs de l'un des deux sexes soit en mesure de remplir la condition posée par le texte, pour que l'on soit en présence d'une différence de traitement (CJCE, 9 février 1999, Regina, aff. C-167/97)²⁰. Nul besoin, pour caractériser une discrimination indirecte, de rechercher un critère intentionnel.

Le constat factuel peut révéler une simple présomption de discrimination, qui tombera si la différence de traitement est légitime. Mais Cour ne se borne pas à indiquer que cette différence doit être justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe : encore faut-il que les moyens choisis répondent à un but légitime de politique sociale, soient aptes à atteindre l'objectif poursuivi et soient nécessaires à cet effet (CJCE, 13 juillet 1989, Ingrid Rinner-Kühn, aff. C-171/88). Elle utilise ainsi une méthode du triple test de proportionnalité proche de celle que vous avez acclimatée en droit interne par votre décision d'assemblée du 26 octobre 2011, Association pour la promotion de l'image et autres (n° 317827, p. 505) : lorsqu'il examine, dans le cadre du contrôle de proportionnalité, la légalité d'une mesure portant atteinte aux droits fondamentaux des personnes, le juge de l'excès de pouvoir examine successivement si la mesure en cause est adaptée, nécessaire et

²⁰ Et il peut en aller de même si les données statistiques révèlent un écart moins important, mais persistant et relativement constant au cours d'une longue période (même arrêt).

proportionnée à la finalité qu'elle poursuit²¹. Relevons simplement qu'exercer ce triple test sur une décision administrative restreignant l'exercice d'une liberté ne relève pas exactement de la même problématique que de l'exercer sur des dispositions, le cas échéant législatives, susceptibles de conduire à des discriminations indirectes.

On pourrait penser qu'il existe des critères qui, par construction, peuvent être regardés comme étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe, tels que la prise en compte de l'ancienneté, alors même que, dans un secteur donné, les femmes auraient une ancienneté moindre que celle des hommes. Ce n'est pas le cas. Certes, selon la Cour, ce critère est, en règle générale, apte à atteindre « *le but légitime de récompenser l'expérience acquise qui met le travailleur en mesure de mieux s'acquitter de ses prestations* », mais cette présomption tombe si le travailleur fournit des éléments susceptibles de faire naître des doutes sérieux à cet égard (CJCE, 3 octobre 2006, Cadman c/ Health & Safety Executive, aff. C-17/05).

Enfin, dernière étape, la Cour de justice estime que les moyens choisis par un Etat membre pour atteindre un objectif de politique sociale ne sont pertinents que « *s'ils répondent véritablement au souci de l'atteindre et s'ils sont mis en œuvre de manière cohérente et systématique* » (cf. par exemple l'arrêt Waltraud Brachner).

Les directives adoptées dans les années 2000 se bornent donc à reprendre la définition des discriminations indirectes fournie par la Cour de justice : il s'agit de « *la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des 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 but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but ne soient appropriés et nécessaires.* »

Ces directives ont été transposées en droit interne par la 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.

Avant même que n'intervienne cette transposition, il vous a fallu, sur le fondement du droit communautaire primaire ou de directives antérieures, faire usage de la notion de discrimination indirecte. Votre choix a été d'en cantonner le champ d'application, par la décision Union des familles en Europe du 20 avril 2005 (n° 266572, T.). Saisi d'un décret relatif aux pensions d'assurance-vieillesse, vous avez écarté le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité, au motif que si, en règle générale, il « *impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation, il n'en résulte pas pour autant qu'il oblige à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes ; (...) ainsi, alors même que les travailleurs féminins ont, en moyenne, une durée de cotisation inférieure à celle des travailleurs masculins, le décret pouvait, sans porter atteinte au principe d'égalité entre les hommes et les femmes, fixer des règles identiques pour le calcul des retraites des assurés dont la durée de cotisation totale est inférieure à 160 trimestres.* » En revanche, vous avez relevé que les dispositions de la directive du

²¹ Cf. également votre décision d'assemblée du 21 décembre 2012, Société Groupe Canal Plus et autres, n° 362347, p. 432, à propos du contrôle exercé par le juge sur les injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence

19 décembre 1978 relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale s'opposaient non seulement à des règles établissant des discriminations directement fondées sur le sexe, mais aussi à des règles aboutissant, en fait, à des différences de traitement non objectivement justifiées entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale. Vous avez cependant estimé qu'en l'espèce le mécanisme reposait sur un facteur objectif et étranger à toute discrimination fondée sur le sexe.

Votre jurisprudence n'est pas excessivement riche en la matière. Celle de la Cour de cassation l'est davantage. Sans nous étendre sur ce point, notons que nombre de ses arrêts appliquent scrupuleusement le mode d'emploi délivré par la Cour de justice (cf., pour une illustration récente, l'arrêt rendu par la chambre sociale le 30 septembre 2013, à propos de l'Opéra de Paris, et de l'usage qui veut que les techniciens de plateau, majoritairement masculins, bénéficient d'un âge d'ouverture du droit à pension à cinquante-cinq ans, tandis que les personnels des services habillement et perruques-maquillage, majoritairement féminins, partent, eux, à soixante ans²²).

La Cour européenne des droits de l'homme a également repris à son compte cette construction juridique (cf. en particulier l'arrêt de grande chambre D.H. c/ République tchèque du 13 novembre 2007, req. n° 57325/00²³).

* * *

Revenons à l'arrêt E.... Compte tenu des modifications apportées aux textes, ce n'est plus, comme dans les affaires G... et M..., au titre de discriminations directes qu'ils pouvaient prêter le flanc à la critique. La Cour de justice a donc manié, en l'espèce, la théorie des discriminations indirectes. L'arrêt porte sur le cas d'un agent relevant de la fonction publique hospitalière, mais, s'agissant des questions traitées, les règles sont identiques pour les trois fonctions publiques

Tentons de restituer le raisonnement de la Cour, en commençant par la question des bonifications.

Première étape : la cour relève que « *la condition d'interruption d'activité professionnelle de deux mois à laquelle le régime subordonne, en principe, l'octroi de la bonification, bien que d'apparence neutre sur le plan du sexe des fonctionnaires concernés, est, en l'occurrence, de nature à être remplie par un pourcentage considérablement plus faible de fonctionnaires masculins que de fonctionnaires féminins, de sorte qu'elle désavantage en fait un nombre beaucoup plus élevé de travailleurs d'un sexe que de travailleurs de l'autre sexe.* »

Sur le plan factuel, il est difficile d'en disconvenir, toutes les mères biologiques – ou presque – satisfont à la condition d'interruption d'activité de deux mois, via le congé de maternité. Sur le plan sémantique, les termes, en revanche, ne sont pas neutres. L'idée ainsi

²² Soc, n° 12-14.752, Bull. V n° 222

²³ L'arrêt juge que peut être considérée comme discriminatoire une politique ou une mesure générale qui a des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes, même si elle ne vise pas spécifiquement ce groupe, et qu'une discrimination potentiellement contraire à la Convention peut résulter d'une situation de fait

exprimée est qu'accorder un avantage à une catégorie revient nécessairement à désavantager la catégorie qui ne peut y prétendre. Cette approche nous paraît un peu simplificatrice : lorsqu'une réglementation accorde à une catégorie de personnes un avantage qui est supposé compenser une sujétion spécifique, cet avantage peut se révéler indu s'il se révèle inadapté à son objet, il ne s'ensuit aucunement que les personnes qui ne supportent pas une telle sujétion seraient désavantagées du fait qu'elles ne peuvent prétendre à un tel avantage. Si l'Etat décidait d'accorder aux fonctionnaires servant outre-mer une indemnité excédant manifestement le différentiel du coût de la vie avec la métropole, les fonctionnaires qui n'y servent pas ne seraient pas, pour autant, au sens strict, désavantagés. Au surplus, contrairement à ce que juge la cour, la prise en compte du congé de maternité n'établit pas une ligne de partage entre les femmes et les hommes, mais entre, d'un côté, les mères biologiques et, de l'autre côté, les mères non-biologiques et les hommes.

En concluant sur l'affaire Amédée, puis sur l'affaire E..., l'avocat général avait d'ailleurs rappelé que l'exigence d'une égalité des rémunérations présuppose que les travailleurs masculins et les travailleurs féminins se trouvent dans des situations comparables, ce qui n'était selon lui pas le cas, s'agissant des mères biologiques ; il n'est pas parvenu à convaincre la Cour. Celle-ci est demeurée fidèle à son approche habituelle : les hommes et les femmes doivent être regardés comme placés dans une situation comparables en droit, même s'ils ne le sont pas en fait, car le droit ne peut être conçu que comme l'instrument permettant d'aller toujours plus avant vers une égalisation réelle des conditions...

Quoi qu'il en soit, à partir du moment où la Cour a considéré que la réglementation désavantageait les hommes par rapport aux femmes, la mécanique était enclenchée. La cour le mentionne aux points 52 à 54 de son arrêt : il convient de vérifier si la différence de traitement entre les travailleurs féminins et les travailleurs masculins ainsi engendrée est, le cas échéant, susceptible d'être justifiée par des facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe ; ce n'est le cas que si les moyens choisis répondent à un but légitime de politique sociale, sont aptes à atteindre l'objectif poursuivi par la réglementation en cause et sont nécessaires à cet effet ; et de tels moyens ne sauraient être considérés comme étant propres à garantir l'objectif invoqué que s'ils répondent véritablement au souci de l'atteindre et s'ils sont mis en œuvre de manière cohérente et systématique.

L'arrêt rappelle que cette appréciation revient, in fine, au juge national, mais qu'elle est compétente pour donner des indications de nature à permettre à la juridiction nationale de statuer...

Avant de les examiner, arrêtons-nous un instant sur la portée de ce mode d'emploi. Il donne au juge le pouvoir de décider si un but de politique sociale est légitime, s'il est apte ou non à atteindre le but recherché, s'il est proportionné, si les moyens mis en œuvre répondent véritablement au souci de l'atteindre, de façon cohérente et systématique. Avec ce luxe d'adverbes et d'adjectifs, un nœud coulant est en place, prêt à être resserré. Permettant d'exercer un contrôle maximal, la règle tend à déposséder le pouvoir politique de la moindre once d'appréciation. Doté du droit, et même du devoir, de censurer une norme qui, par elle-même, ne comporte aucune discrimination directe, au motif que, selon lui, elle crée ou laisse perdurer une discrimination de fait, le juge peut ainsi contraindre l'auteur de la norme à agir dans un sens déterminé, afin de faire cesser cette discrimination. Comme le relève l'auteur d'une étude consacrée à cette thématique, publiée à la RFDA en 2013, *« à travers les discriminations indirectes, il s'agit de supprimer non seulement les règles de droit*

discriminatoires, mais bien encore toutes les lois produites par le corps social (...). Les discriminations indirectes n'impliquent pas seulement une extension du contrôle du juge ; elles en changent la figure et le sens : gardien du droit, le juge devient ingénieur social.²⁴ »

Vaste programme que celui qui lui est ainsi assigné, mais dont on voit les risques qu'il comporte dans un domaine qui laisse une large place à la subjectivité. Vous aurez compris qu'à notre sens, dans une société démocratique, le contrôle du juge sur les discriminations indirectes ne saurait être légitime que s'il s'astreint à conserver une certaine retenue, en ménageant à l'auteur de la norme, et au premier chef au législateur, une marge d'appréciation minimale. Et a fortiori quand n'est aucunement en cause une discrimination qui aurait trait à l'exercice de la citoyenneté de l'Union européenne ou à la libre circulation.

Quelles sont les indications données par la Cour ?

Celle-ci prend appui sur le fait que le dispositif a pour objet de compenser les désavantages professionnels subis par les fonctionnaires, tant féminins que masculins, ayant interrompu leur carrière aux fins de se consacrer à leurs enfants. Or elle relève :

- que le congé de maternité s'accompagne de l'acquisition des droits à pension et des droits à l'avancement ;
- que la durée de la bonification demeure fixée à un an ;
- que la bonification est également acquise aux femmes fonctionnaires ayant accouché au cours de leurs études avant leur recrutement dans la fonction publique, dès lors que ce recrutement est intervenu dans un délai de deux ans après l'obtention du diplôme nécessaire pour se présenter au concours, sans condition d'interruption d'activité ;
- que, s'agissant des enfants du conjoint du fonctionnaire, l'octroi de la bonification est subordonnée non seulement à une interruption d'activité, mais également à la condition que les enfants aient été élevés pendant au moins neuf ans.

Selon la Cour, il existerait donc des interrogations sur la capacité du mécanisme de bonification à atteindre l'objectif assigné, et sur son caractère cohérent et systématique.

Enfin, notons-le dès à présent, même s'il s'agit d'un élément qui concerne aussi bien l'article L. 12 que l'article L. 24, la Cour réitère l'interprétation du quatrième paragraphe de l'article 141 qu'elle avait déjà retenue dans l'arrêt G....

Vous l'aurez deviné, si nous avons inscrit cette affaire au rôle de votre formation de jugement, c'est que les interrogations exprimées par l'arrêt ne nous ont pas convaincu. Nous allons vous inviter à exercer pleinement la prérogative qui est la vôtre, en tant que juge chargé de l'application du droit de l'Union européenne, celle de déterminer si la différence de traitement dont la Cour a cru pouvoir déceler les indices est légitime.

Rappelons que, dans son arrêt G..., la Cour a jugé que « *la circonstance que les fonctionnaires féminins sont plus touchés par les désavantages professionnels résultant de l'éducation des enfants parce que ce sont en général les femmes qui assument cette éducation*

²⁴ X. Souvignet, « Le juge administratif et les discriminations indirectes », RFDA 2013.315

n'est pas de nature à exclure la comparabilité de leur situation avec celle d'un fonctionnaire masculin qui a assumé l'éducation de ses enfants et a été, de ce fait, exposé aux mêmes désavantages de carrière. »

L'arrêt doit être interprété comme ne mettant en cause le code des pensions qu'en tant qu'il n'étend pas la bonification aux fonctionnaires masculins qui démontrent un investissement dans l'éducation de leurs enfants susceptible d'avoir préjudicié à leur carrière. C'est d'ailleurs la formule que reprend son dispositif, qui condamne l'exclusion du bénéfice de la bonification pour les fonctionnaires masculins *« qui sont à même de prouver avoir assumé l'éducation de leurs enfants. »* Et l'on doit également observer que, pour écarter la demande du Gouvernement français tendant à la limitation dans le temps des effets de l'arrêt, la Cour relève qu' *« il n'est pas établi que le nombre de fonctionnaires masculins retraités en mesure de prouver qu'ils ont assumé l'éducation de leurs enfants est de nature à provoquer des répercussions économiques graves. »*

En jugeant que les bonifications devaient être accordées systématiquement aux pères de famille, avant que le législateur ne se saisisse de la question, vous êtes allés, selon nous, au-delà de ce qu'impliquait la jurisprudence de la Cour de justice.

Et c'est le législateur qui lui a restitué son exacte portée en subordonnant l'octroi de la bonification, pour les enfants nés avant 2004, à une interruption d'activité.

La Cour, dans l'arrêt Leone, critique désormais le dispositif au motif qu'il n'aurait pas pour véritable et unique objet de compenser les désavantages de carrière directement liés à une interruption d'activité. Dans cette perspective, elle observe que le fait de prendre certains des congés mentionnés par le texte, et notamment le congé de maternité, ne serait pas pénalisant en termes de déroulement de carrière.

Une telle vision nous paraît réductrice. Tout d'abord, la seule circonstance, pour prendre cet exemple, que, durant le congé de maternité, la femme fonctionnaire conserve ses droits à pension et ses droits à avancement, n'épuise pas le débat. En elle-même, l'interruption peut avoir d'autres incidences immédiates sur le déroulement de la carrière, par exemple en retardant, voire en supprimant, la possibilité d'accéder à un emploi convoité, de bénéficier d'une promotion, de présenter sa candidature à un examen ou à un concours... De plus, les effets sur une carrière administrative d'une interruption ou d'une réduction d'activité ne se mesurent pas mécaniquement à l'aune de sa durée et des dispositions statutaires qui la régissent.

Il est exact que, parmi les congés pris en compte, il en est un qui n'est ouvert qu'aux mères biologiques, le congé de maternité. Conséquence imparable : les mères biologiques bénéficient, par principe, des bonifications. Et donc, de facto, s'agissant des enfants nés avant 2004, le nouveau dispositif ne modifie en rien leur situation : elles tiraient le droit à bonification de leur qualité de femme, elles le tirent désormais de leur qualité de mère.

C'est le reproche qui était formulé par les époux Leone et qu'évoque l'arrêt : ce dispositif conserverait le même objet et la même cause que l'ancien, à savoir compenser les désavantages résultant du temps passé pour l'éducation des enfants, par le fonctionnaire, au cours de sa carrière, et il recourrait à cette fin à un critère artificiel tiré de l'interruption de carrière. Mais compenser les désavantages professionnels résultant du temps passé pour

l'éducation des enfants était et demeure un objectif légitime, dès lors que les hommes n'en sont pas exclus, tant du moins que ces désavantages persistent. Et le critère tiré de l'interruption d'activité n'est pas le moins mauvais ; il présente même l'avantage d'être réellement opérationnel.

En ce qui concerne spécifiquement le congé de maternité, son inclusion dans le champ ne soulèverait une difficulté que s'il était établi que les femmes fonctionnaires ne connaissent aucun désavantage de carrière du seul fait de la naissance de leurs enfants.

Qu'en est-il ?

Le ministre des finances et des comptes publics fait valoir qu'en 2013, si une femme fonctionnaire sans enfant perçoit à la fin de sa carrière une pension moyenne supérieure de 2,6% à celle des hommes également sans enfant, les femmes avec enfants perçoivent en moyenne des pensions inférieures à celles des hommes ayant le même nombre d'enfants. L'écart entre les pensions perçues par les femmes et les hommes s'accroît avec le nombre d'enfants. Les pensions des femmes fonctionnaires, rapportées à celles des hommes, sont ainsi inférieures de 9,8% pour un enfant, de 11,5% pour deux enfants, de 13,3% pour trois enfants et de 23% pour 4 enfants. Si la bonification par enfant était supprimée, les écarts passeraient à 12,7% pour un enfant, 17,3% pour deux enfants, 19,3% pour trois enfants et à près de 30% pour quatre enfants. L'accroissement de l'écart peut s'expliquer en partie, mais en partie seulement, par le fait que, plus le nombre d'enfants augmente, plus importante est la proportion de femmes qui interrompent ou réduisent leur activité, au-delà du congé de maternité. Le problème revêt d'autant plus d'acuité que la période où les choix de carrière sont les plus déterminant est précisément celle de l'arrivée des enfants dans la cellule familiale (le phénomène est particulièrement sensible pour les militaires.²⁵) Ajoutons qu'au-delà de ces éléments chiffrés, compte tenu de la répartition des tâches dans les couples telle qu'elle est régulièrement mesurée dans le cadre d'études menées par l'INSEE, il apparaît que le temps consacré aux enfants l'est, principalement, par les femmes, qui sont aussi davantage sollicitées lorsqu'un événement familial est susceptible d'interférer avec la vie professionnelle²⁶. Les enquêtes montrent une tendance progressive au rééquilibrage ; mais elle loin d'avoir abouti en 2015.

Au vu de ces considérations, nous estimons que le pouvoir réglementaire a pu légalement retenir, au nombre des interruptions d'activité ouvrant le droit à une bonification, le congé de maternité.

La Cour suggère que les dispositions contestées ne répondraient pas véritablement au souci d'atteindre l'objectif et ne seraient pas mises en oeuvre de manière cohérente et systématique. Mais, eu égard à l'objectif de la réglementation, il n'était pas hors de propos d'inclure dans le champ, comme l'a fait l'article L. 12 lui-même, « *les femmes fonctionnaires ou militaires ayant accouché au cours de leurs années d'études, antérieurement à leur recrutement dans la fonction publique, dès lors que ce recrutement est intervenu dans un délai de deux ans après l'obtention du diplôme nécessaire pour se présenter au concours, sans que puisse leur être opposée une condition d'interruption d'activité* » ; la circonstance

²⁵ Nous renvoyons notamment au rapport consacré en 2013, par le Haut comité d'évaluation de la condition militaire, aux femmes dans les forces armées françaises).

²⁶ Cf. INSEE, « *Femmes et hommes. Regards sur la parité* », 2012

que l'accouchement ait immédiatement précédé l'entrée dans la carrière a pu la retarder et ne neutralise pas l'existence de désavantages professionnels. Enfin, la Cour s'interroge également sur l'article L. 12, au motif que, pour les enfants qui ne sont pas les enfants biologiques ou adoptifs du fonctionnaire, mais qui sont accueillis dans son foyer, il est exigé, en outre, qu'ils aient été élevés pendant neuf ans au moins avant leur vingt et unième anniversaire. Cependant, là encore, ce critère est loin d'être absurde. Dans un système où la cessation d'activité est un indice de l'investissement dans l'éducation des enfants, et donc de possibles désavantages de carrière, il était logique que le législateur traite spécifiquement du cas dans lequel le lien avec l'enfant repose sur des éléments de fait ou de droit susceptibles d'évoluer dans le temps. Et encore, une fois, l'infinie variété des situations possibles, dont la norme ne saurait anticiper toutes les occurrences, ne doit pas conduire à remettre en cause son économie générale au motif que, marginalement, elle manquerait de cohérence ou de systématisme.

Parvenus à ce stade, vous jugerez, si vous nous suivez, qu'à supposer que les articles L. 12 et R. 13 instituent bien la différence de traitement indirecte entre hommes et femmes que la Cour a cru devoir identifier, elle est justifiée par des facteurs objectifs. Sont-ce des facteurs objectifs « *étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* », condition posée par la Cour de justice. Oui, dans la mesure où ils tiennent compte des désavantages de carrière rencontrés par les fonctionnaires qui interrompent ou réduisent leur activité pour élever leurs enfants.

En tout état de cause, c'est là qu'est susceptible d'intervenir le quatrième paragraphe de l'article 141 (aujourd'hui l'article 157) : « *Pour assurer concrètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle, le principe de l'égalité de traitement n'empêche pas un Etat membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par le sexe sous-représenté ou à prévenir ou compenser des désavantages dans la vie professionnelle.* »

Certes, comme nous l'avons indiqué, la Cour de justice a jugé dans l'arrêt G... que ces dispositions ne pouvaient s'appliquer à des bonifications de pension. Elle a réitéré cette affirmation dans l'arrêt Leone : selon elle, une bonification d'ancienneté n'entre pas dans les prévisions de cet article, car elle ne porte pas remède aux problèmes que les fonctionnaires peuvent rencontrer durant leur carrière professionnelle, elle n'apparaît pas comme étant de nature à compenser les désavantages auxquels ils sont exposés en les aidant dans leur carrière, et, par suite, elle n'est pas propre à assurer complètement une pleine égalité entre hommes et femmes dans la vie professionnelle.

Nous ferons, sur ce point, trois observations.

L'interprétation ainsi donnée par la Cour repose, comme c'est souvent le cas, sur une approche finaliste. Pour citer l'un des commentateurs de l'arrêt G..., « *le choix de la Cour s'inscrit dans une logique de conquête, davantage que de préservation. Il s'agit bien d'accepter des mesures favorables susceptibles de faire effectivement avancer la cause de l'égalité des sexes, mais pas de conserver celles qui traduisent une répartition traditionnelle des rôles, et qui peuvent être un frein aux progrès de l'égalité*²⁷. »

²⁷ A. Fitte-Duval, « L'arrêt G... : l'égalité sans concessions », AJFP 2002.11

Cette interprétation pourrait se voir reprocher, en l'espèce, un certain illogisme. Si la Cour de justice a attrait les pensions servies aux fonctionnaires retraités dans le champ de l'article 141, article qui ne concerne, rappelons-le, que les rémunérations, c'est parce que la pension leur est versée en raison de la relation de travail avec leur ancien employeur. Mais si la pension est ainsi une sorte de rémunération différée, il est pour le moins paradoxal de dénier par principe à l'employeur le droit de procéder à quelque compensation que ce soit via cette rémunération.

En tout état de cause, et c'est notre troisième observation, la lecture de l'article 141 effectuée par la Cour peut avoir une pertinence lorsqu'est en cause un mécanisme destiné à produire des effets futurs. Elle n'en a pas lorsqu'un Etat membre est confronté aux effets actuels d'une situation passée. Face à des désavantages dans la vie professionnelle dont sont aujourd'hui victimes des femmes en raison de situations de droit ou de fait antérieures, on ne peut plus prévenir ; on ne peut que guérir. Comme l'observait l'avocat général en concluant sur l'affaire Amédée, la conception retenue par la Cour « *revient à créer une obligation pour les Etats membres de pétrifier l'inégalité économique qui existe entre les femmes et les hommes y compris au cours de leur retraite.* »

Or, rappelons-le, le mécanisme dont nous vous entretenons aujourd'hui s'applique aux fonctionnaires dont les enfants sont nés avant le 1^{er} janvier 2004.

Au moins pour ce dernier motif, nous vous invitons à passer outre, sur ce point, à l'arrêt Leone : la mention selon laquelle le quatrième paragraphe de l'article 141 doit être interprété en ce sens qu'il n'autorise que des dispositions portant remède aux problèmes rencontrés par des travailleurs durant leur carrière professionnelle ne peut faire obstacle à ce que soient prévues des compensations en fin de carrière lorsque celles-ci constituent le seul instrument disponible.

Au cas contraire, les femmes fonctionnaires ayant eu des enfants avant 2004 seraient condamnées, virtuellement, à une double peine : non seulement il n'aurait pas été porté remède aux désavantages rencontrés en cours de carrière, mais en outre elles perdraient le droit d'obtenir les bonifications prévues par le code !

Nous serons plus bref sur l'article L. 24.

Une remarque liminaire : l'« avantage » consistant à pouvoir obtenir une retraite anticipée n'est pas comparable à celui attaché à la bonification. Le fonctionnaire qui l'obtient échange, si l'on peut dire, le maintien de sa rémunération jusqu'à l'âge normal de départ à la retraite contre la perception immédiate, et donc sur une plus longue durée, d'une pension moindre que celle qui lui aurait été accordée s'il avait attendu l'âge légal. D'un point de vue strictement financier, ce n'est pas nécessairement une bonne affaire.

Il est vrai, également, que le lien entre cet « avantage » et les désavantages professionnels liés à des interruptions ou réductions d'activité n'est pas aussi évident que pour le mécanisme de bonification. Vous pourriez donc être tentés de lui réserver un sort différent.

Nous ne vous y invitons pas. Le départ anticipé avec une liquidation immédiate de la pension ne compense pas les retards de carrière dont le fonctionnaire qui a eu trois enfants, et qui a interrompu ou réduit à ces occasions son activité, a pu subir ; mais il lui permet, s'il le

souhaite, et seulement s'il le souhaite, de procéder à un arbitrage entre la poursuite de sa carrière et la cessation de celle-ci assortie du versement d'une pension.

Bien sûr, le mécanisme est historiquement daté. L'origine en réside dans une loi du 14 avril 1924, dont les travaux préparatoires témoignent qu'elle se plaçait dans une perspective quelque peu paternaliste²⁸. A l'époque, d'ailleurs, le droit était ouvert même aux femmes sans enfant. Mais, si le texte reposait, au départ, sur des présupposés qui ne coïncident plus exactement avec nôtre manière de voir, c'est sa portée, aujourd'hui, dans sa rédaction contestée, qui est en cause. Or cette portée est simplement d'ouvrir un choix.

De plus, ce choix ne peut plus être effectué que par les fonctionnaires qui, avant le 1^{er} janvier 2012, justifiaient de quinze ans de services, avaient eu trois enfants et avaient cessé ou interrompu leur activité dans les conditions fixées par le décret. Ces fonctionnaires ont déjà subi les désavantages de carrière qui justifient le dispositif. Nombre d'entre eux ont même, sans doute, intégré ces contraintes et organisé leur vie professionnelle et familiale en fonction d'une telle faculté de départ anticipé. Nous ne croyons pas que la prohibition des discriminations indirectes doive conduire à les en priver.

* * *

Il est temps d'en venir à la situation de M. A....

L'intéressé, professeur certifié, est né en 1956. Père de trois enfants, il a demandé, le 14 décembre 2010, à bénéficier d'une admission anticipée à la retraite à compter du 1^{er} juillet 2011, date à laquelle il justifierait de trente-six années de services effectifs. Cette demande a été rejetée, au motif que son auteur ne justifiait pas avoir interrompu ou réduit son activité à l'occasion de la naissance de chacun de ses enfants dans les conditions fixées par l'article R. 37. M. A... a saisi le tribunal administratif de Limoges d'une demande tendant, à titre principal, à ce que la Cour de justice soit saisie d'une question préjudicielle et, à titre subsidiaire, à ce qu'il soit fait droit à sa demande d'admission anticipée à la retraite et à ce que sa pension soit assortie des bonifications prévues aux articles L. 12 et R. 13. Le tribunal a rejeté ces conclusions. M. A... a saisi la cour administrative d'appel de Bordeaux, qui vous a transmis à juste titre le dossier, s'agissant d'un litige de pension. Le pourvoi en cassation a été régularisé.

Notons qu'en stricte orthodoxie, vous pourriez, en ce qui concerne les conclusions tendant à l'octroi des bonifications de l'article L. 12, vous borner à confirmer le jugement, qui les a rejetées comme irrecevables. En effet, comme l'a relevé le premier juge, c'est seulement à l'occasion de la liquidation de la pension qu'il appartient à l'agent de faire valoir les droits qu'il estime être les siens (cf. par exemple votre décision B... de 2003 déjà mentionnée). Il est évidemment souhaitable que vous ne vous en teniez pas là.

²⁸ Le rapporteur du texte à la Chambre des députés relevait « *qu'ainsi, les femmes fonctionnaires, employées ou ouvrières, pourront rentrer dans leurs foyers – c'est là qu'est leur vraie place, la meilleure – si le mari le juge bon, s'il peut assurer son existence et celle de sa femme et s'il juge préférable qu'elle reste chez lui. Tout le monde n'aura qu'à y gagner, la femme aura plus d'enfants et elle les élèvera mieux si elle reste à son foyer que si elle reste employée ou ouvrière.* »

M. A... a déposé sa demande après l'entrée en vigueur de l'article 44 de la loi du 9 novembre 2010 et avant la publication du décret n° 2010-1741 du 30 décembre 2010 pris pour son application. En l'absence de toute disposition relative à l'entrée en vigueur de ces deux textes, il y a lieu de considérer que l'intéressé s'est retrouvé placé sous l'empire du nouveau régime, plus favorable pour les fonctionnaires ayant déjà trois enfants et quinze ans de service, puisqu'il leur permet de bénéficier d'une pension avec jouissance immédiate avec une simple réduction d'activité, et plus seulement une interruption. C'est ce qu'a jugé le tribunal administratif. Mais M. A... n'a pas davantage réduit son activité dans les conditions fixées par le décret qu'il ne l'a interrompue.

Si nous vous avons convaincus, et sans qu'il soit besoin de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle à laquelle elle a déjà répondu, vous écarterez le moyen tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise le tribunal administratif en se refusant à écarter les dispositions législatives et réglementaires qui faisaient obstacle à ce que M. A... bénéficie d'une pension anticipée assortie de bonifications ; avec ou sans prise en compte d'une simple réduction d'activité, ces dispositions ne méconnaissent pas le droit de l'Union européenne.

Si nous ne vous avons pas convaincus, et nous en terminerons par là, il ne s'en déduirait aucunement que M. A... devrait obtenir satisfaction.

Certes, le réflexe premier du juge consiste, souvent, lorsqu'il est confronté à une atteinte au principe d'égalité, à étendre à tous l'avantage dont certains ont été privés.

Rien de choquant à ce qu'il en soit ainsi lorsqu'une norme confère des droits subordonnés à des conditions dont certaines se révèlent sans rapport avec son objet, conditions qui privent alors indûment d'une prestation ou d'un avantage des catégories de personnes qui ont vocation à en être les destinataires. Pour rester dans le domaine de la fonction publique, une indemnité destinée à compenser une charge doit, logiquement, être attribuée à tous ceux qui, placés dans une même situation, la subissent, et la censure par le juge d'un critère sans pertinence doit aboutir à ce que la compensation soit accordée à ceux auxquels elle avait été refusée sur son fondement (tant, du moins, que l'auteur de la norme ne décide pas de la modifier).

Vous avez appliqué ce raisonnement en matière de discriminations avec votre décision de section S... du 11 juin 1999 (n° 167498, p. 174) : un texte ne peut légalement accorder le bénéfice d'un avantage aux élèves de certaines écoles et le refuser aux élèves d'écoles présentant des caractéristiques équivalentes, d'où l'annulation d'une décision de refus opposée sur son fondement. Le cas de figure est pourtant un peu différent du précédent. Rien n'obligeait le pouvoir réglementaire à accorder le bénéfice de cet avantage aux élèves de quelque école que ce soit. Constaté que le texte instituait une discrimination aurait pu vous conduire à le juger, dans son intégralité, illégal, à charge pour le pouvoir réglementaire de revoir sa copie, ce qui aurait conduit au rejet de la demande ; vous l'avez jugé illégal en tant qu'il créait une discrimination, et vous avez fait droit à la requête. Vous avez même été plus loin encore, avec votre décision d'assemblée V... du 28 juin 2002 (n° 220361, p.229) : alors même que des catégories de personnes sont placées dans des situations différentes, le principe d'égalité peut contraindre le pouvoir réglementaire à faire en sorte que la différence de traitement soit en rapport avec la différence de situation, et expose ainsi à l'annulation les décisions individuelle de rejet prises sur le fondement du texte non modifié, passé un certain délai.

La jurisprudence de la Cour de justice est, elle aussi, dans le sens d'un alignement par le haut : *« dès lors qu'une discrimination, contraire au droit de l'Union, a été constatée et aussi longtemps que des mesures rétablissant l'égalité de traitement n'ont pas été adoptées, le respect du principe d'égalité ne saurait être assuré que par l'octroi aux personnes de la catégorie défavorisée des mêmes avantages que ceux dont bénéficient les personnes de la catégorie privilégiée, régime qui, à défaut de l'application correcte du droit de l'Union, reste le seul système de référence valable »* (cf. par ex. CJUE, 22 juin 2011, Landtova, aff. C-399/09).

Faut-il en conclure que si le code des pensions devait être regardé comme maintenant une discrimination indirecte non justifiée, alors tous les fonctionnaires de sexe masculin auraient droit aux avantages sollicités par M. A..., quand bien même ils n'établiraient pas avoir interrompu ou réduit leur activité ? A notre sens, certainement pas, même si certaines cours d'appel ont déjà interprété en ce sens l'arrêt Leone à propos de régimes spéciaux dont le contentieux relève du juge judiciaire²⁹. La position de principe exprimée par la Cour de justice, si elle a vocation à jouer dans nombre d'hypothèses, ne peut être déclinée mécaniquement dans les circonstances très particulières auxquelles vous êtes confrontés. Si vous décidiez de vous rallier sur le fond à son analyse, vous jugeriez que le mécanisme des bonifications et de la jouissance anticipée de la pension n'est constitutif d'une discrimination indirecte qu'en tant qu'il prévoit, au titre des conditions d'attribution, le fait d'avoir pris un congé de maternité. Ce constat n'invaliderait pas le lien entre les autres modes d'interruption ou de réduction d'activité et le bénéfice de ces avantages. En d'autres termes, une extension induite à l'ensemble des femmes d'avantages qui auraient dû être réservés, dans cette optique, à une partie d'entre elles, ne saurait justifier que tous les hommes en bénéficient, alors que ces avantages sont la contrepartie de sujétions que, précisément, les hommes qui n'ont pas interrompu ou réduit leur activité n'ont pas subies. Il n'est pas interdit d'appliquer le principe de non-discrimination à la lumière de l'équité et du bon sens.

Au demeurant, telle a été l'analyse de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a jugé qu'un fonctionnaire masculin n'ayant pas interrompu son activité professionnelle ne pouvait prétendre avoir subi une discrimination au regard des dispositions de l'article L. 24 (cf. CEDH, 15 octobre 2013, M. Greneche c/ France, n° 34538/08).

Mais ce n'est pas sur ce terrain que nous vous proposons de vous placer.

Un dernier mot. Nous avons conscience que la solution qui a notre faveur n'est pas celle qui découle le plus directement des termes de l'arrêt Leone. Nous vous invitons à mobiliser les marges qu'il vous offre, et peut-être, à aller un peu au-delà, car la question dépasse le cas d'espèce qui vous est aujourd'hui soumis. L'enjeu, à la vérité, est de ménager la possibilité d'un réel débat démocratique sur les moyens à mettre en œuvre pour lutter contre les discriminations, hic et nunc. Il mérite bien que s'instaure, à ce propos, un véritable dialogue des juges.

Par ces motifs nous concluons au rejet du pourvoi.

²⁹ Cf. CA de Lyon, 21 octobre 2014, n° 14/00368 ; CA de Rennes, 28 janvier 2015, n° 13/05940