

N° 428626

Mme D...

4^{ème} et 1^{ère} chambres réunies

Séance du 11 décembre 2020

Lecture du 29 décembre 2020

CONCLUSIONS

M. Raphaël Chambon, rapporteur public

Au cours des années 1920, afin de favoriser la natalité après l'hécatombe démographique consécutive à la première guerre mondiale, divers avantages de pension ont été accordés aux mères de famille ou aux parents de familles nombreuses.

Outre la majoration de durée d'assurance accordée aux mères dès le premier enfant et la possibilité, réservée aux fonctionnaires, de partir de manière anticipée à la retraite, dès lors qu'ils justifiaient avoir accompli 15 années de services civils et étaient parents de trois enfants, cette panoplie de mesures inclut la majoration de pensions accordée aux parents ayant élevé au moins trois enfants, instituée pour les fonctionnaires dès 1924¹. Généralisée dès 1945, cette majoration existe tant pour les fonctionnaires que pour les salariés du secteur privé² et vaut aussi bien pour les pères que pour les mères³. Elle atténue partiellement les inégalités importantes de niveau de pension et de patrimoine entre les personnes retraitées ayant élevé au moins trois enfants et les autres⁴.

¹ Loi du 14 avril 1924 portant réforme du régime des pensions civiles et des pensions militaires.

² La majoration pour enfants concerne 6,4 millions de retraités, soit 40 % de l'ensemble des retraités, et représente en moyenne 3 % de la masse des prestations de droit propre (Rapport fait au nom de la commission spéciale chargée d'examiner le projet de loi instituant un système universel de retraite et le projet de loi organique relatif au système universel de retraite, sur le projet de loi instituant un système universel de retraite, 11 février 2020).

³ Au demeurant, en pratique et compte tenu de l'infériorité persistante des droits à pensions des femmes liés à leur activité professionnelle, elle-même résultant pour l'essentiel de trois facteurs que sont le recours plus fréquent au temps partiel, la pratique plus importante des interruptions d'activité et les écarts de salaire horaire, les majorations de pension pour les parents de famille nombreuse relèvent les retraites d'un montant en moyenne plus élevé pour les pères que pour les mères car elles sont proportionnelles à la pension. Ainsi pour les fonctionnaires civils, le montant annuel moyen de cette majoration pour leurs bénéficiaires était en 2019 de 3 248 euros pour les hommes contre seulement 2 325 euros pour les femmes (rapport sur les pensions de retraite de la fonction publique, annexe au projet de loi de finances pour 2021, p. 97).

⁴ Le montant moyen de la pension de droit direct des femmes ayant élevé au moins trois enfants représente seulement 70% de celui des femmes ayant élevé moins de trois enfants et le patrimoine global médian des

Pour les fonctionnaires, cette majoration est aujourd'hui prévue à l'article L. 18 du code des pensions civiles et militaires de retraite, dont le V prévoit que le taux de la majoration de la pension est fixé à 10 % de son montant pour les trois premiers enfants et à 5 % par enfant au-delà du troisième, sans que le montant de la pension majorée puisse excéder le montant du traitement mentionné à l'article L. 15, c'est-à-dire le traitement indiciaire brut afférent à l'emploi qu'il occupait depuis au moins six mois au moment de sa cessation de fonctions⁵, les montants de la pension et de la majoration étant réduits à due proportion en cas de dépassement. Cette disposition est, sur ce point, inchangée en substance depuis la loi n° 48-1450 du 20 septembre 1948 portant réforme du régime des pensions civiles et militaires.

Mme D..., inspectrice générale de l'administration dont la pension a été liquidée le 10 novembre 2017, ayant eu et élevé trois enfants, était en principe éligible à une majoration de 10% du montant de sa pension au titre des dispositions que nous venons d'évoquer.

Mais l'administration lui a refusé le bénéfice de cette majoration au motif que bénéficiant d'une majoration de pension au titre du mécanisme de surcote prévu par le III de l'article L. 14 du CPCMR, le montant de sa pension était équivalent à 104% de son traitement indiciaire de référence. Ce taux excédant 100%, Mme D... ne pouvait bénéficier de la majoration pour enfants. Mme D... se pourvoit en cassation contre le jugement par lequel le TA de Paris a, notamment, rejeté sa demande d'annulation de son titre de pension en tant qu'il ne comprenait pas la majoration pour enfants.

Elle soutient par un moyen unique que le TA a entaché sa décision d'erreur de droit en jugeant que la décision litigieuse ne méconnaissait par les stipulations de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, combinées à celle de l'article 1^{er} de son premier protocole additionnel.

Vous avez déjà jugé que le droit à majoration de pension pour enfants, qui n'est pas une prestation distincte de la pension de retraite mais un mode de calcul de celle-ci, destiné à en compléter le montant pour tenir compte des charges exposées par le pensionné qui a élevé au moins trois enfants, constitue un bien au sens de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la CESDHLF (9/10 SSR, 2 juin 2010, *Ministre de la défense c/ Zellal*, n° 314796, au Recueil). La privation d'une telle majoration peut donc méconnaître ces stipulations combinées avec celles de l'article 14 de la convention et vous jugez, plaçant vos

familles avec une famille de trois enfants ou plus (144000€) représente 73% de celui des retraités ayant eu moins de trois enfants (197000€). Source : *Les droits familiaux de retraite*, Rapport établi par Bertrand Fragonard, président du Haut Conseil de la famille, février 2015, p. 63.

⁵ Donc hors primes et rémunérations annexes, représentant environ un cinquième des rémunérations des fonctionnaires en moyenne (beaucoup plus pour certaines catégories de fonctionnaires).

pas dans la jurisprudence de la CEDH, qu'une distinction entre des personnes placées dans une situation analogue est discriminatoire, au sens des stipulations de l'article 14, si elle n'est pas assortie de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un objectif d'utilité publique, ou si elle n'est pas fondée sur des critères rationnels en rapport avec l'objet de la loi (Assemblée, 30 novembre 2001, *Ministre de la défense c/ M. Diop*, n° 212179, pour l'inconventionnalité de la loi dite de cristallisation des pensions servies aux nationaux ayant appartenu à l'Union française ou à la Communauté ou ayant été placés sous le protectorat ou sous la tutelle de la France, la différence de situation existant entre d'anciens agents publics de la France, selon qu'ils ont la nationalité française ou sont ressortissants d'Etats devenus indépendants, ne justifiant pas, eu égard à l'objet des pensions de retraite, une différence de traitement).

Le TA a jugé que le législateur, en prévoyant que la majoration pour enfants accordée aux titulaires ayant élevé au moins trois enfants ne saurait être supérieure à leur traitement indiciaire avait entendu maintenir un équilibre financier, qui est un objectif d'utilité publique, et s'était fondé sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi et en a déduit que la fixation d'un tel plafond n'instituait pas de traitement discriminatoire entre les fonctionnaires ayant élevé au moins trois enfants.

Même s'il se prononçait ainsi sur un moyen d'inconventionnalité et non d'inconstitutionnalité – signalons à cet égard qu'il avait par ailleurs refusé de vous transmettre une QPC, le TA pouvait pour ce faire se prévaloir de la décision n° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011 du Conseil constitutionnel, dans laquelle celui-ci a jugé incidemment que le législateur avait pu, sans méconnaître le principe d'égalité, soumettre à plafonnement le cumul d'une pension de retraite et d'une majoration de pension pour charges de famille. La décision du Conseil constitutionnel, qui ne portait pas réellement sur cette question, nous y reviendrons, n'est pas davantage motivée sur ce point ni éclairée quant à cette question par le commentaire aux Cahiers. Mais un tel plafonnement, instauré dès 1948, semble de bon sens dans la mesure où la pension est un revenu de remplacement, qui ne peut en toute logique excéder le revenu d'activité et, nous l'avons dit, vous avez déjà jugé que le droit à majoration de pension pour enfants n'était pas une prestation distincte de la pension de retraite mais un mode de calcul de celle-ci.

Cependant, la décision du Conseil constitutionnel n'envisageait nullement le point au cœur du présent litige, à savoir la combinaison des effets du mécanisme de surcote avec le plafonnement de la majoration pour enfants prévu par le V de l'article L. 18 du CPCMR.

Jusqu'à l'instauration de la surcote, le plafonnement instauré en 1948 n'avait vocation qu'à jouer à la marge dès lors qu'il n'écarterait la majoration pour enfants qu'à compter du 7^{ème} enfant⁶.

Le mécanisme de surcote instauré en 2003 permet au fonctionnaire comme au salarié ayant au moins atteint l'âge minimum légal de départ en retraite et dont la durée d'assurance retraite est supérieure à la durée d'assurance nécessaire pour obtenir une pension à taux plein, de majorer le montant de sa pension en surcotisant pendant les trimestres cotisés au-delà de l'âge de départ en retraite et en sus du nombre de trimestres nécessaires pour obtenir une pension à taux plein. Le coefficient de majoration de la pension est de 1,25 % par trimestre supplémentaire et si la majoration ne jouait initialement que dans la limite de 20 trimestres de surcotisation pour les fonctionnaires contrairement au régime applicable aux salariés, ce plafonnement a été supprimé par la loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites⁷. Mme D... ayant surcotisé pendant 24 trimestres, elle a bénéficié à ce titre d'une majoration de sa pension de 30 % ($1,25 * 24 = 30$). Compte tenu des bonifications de durée d'assurance dont elle bénéficiait au titre de ses enfants, sa pension de base était de 80 % de son traitement indiciaire, si bien que la majoration de 30% appliquée à ce taux conduisait à une pension équivalant à 104 % de son traitement.

On voit que c'est le législateur qui a lui-même rompu avec la logique de plafonnement de la pension de retraite au niveau du revenu d'activité ou d'un pourcentage de ce revenu en permettant que la pension d'un fonctionnaire excède, grâce à la surcote déplafonnée, son traitement indiciaire.

A la lecture des textes en vigueur comme de la doctrine administrative et des rapports disponibles, le mode de calcul de la surcote et de la majoration pour enfants quand le fonctionnaire liquidant sa retraite a droit simultanément aux deux types de majoration de sa pension, qui sont à n'en pas douter cumulables, ne nous apparaît pas entièrement clair. Doit-on appliquer la majoration de la surcote à la pension déjà majorée au titre de la charge d'une famille nombreuse ou au contraire appliquer la majoration pour enfants à la pension déjà majorée par l'effet de la surcote ?

Les textes ne prévoient pas explicitement l'articulation des deux dispositifs. Cependant le III de l'article L. 14 du code relatif à la surcote, figurant dans un paragraphe de ce code

⁶ Avec 6 enfants, la pension majorée pour charge de famille atteignait exactement le niveau du traitement indiciaire (80% du traitement indiciaire grâce aux bonifications pour enfants + majoration pour enfants de 25% = 100% du traitement indiciaire). En 2019, moins de 5000 pensionnés de la fonction publique civile de l'Etat bénéficiaient d'une majoration de pension pour avoir élevé 7 enfants ou plus (en flux annuel, moins de 100 nouveaux pensionnés étaient concernés).

⁷ La proportion du flux de nouveaux retraités civils de la FPE bénéficiaires de la surcote tourne autour de 30%. En 2019, cette proportion était de 32%, contre 31 % en 2018. Le montant moyen de la surcote était de 237 € par mois en 2019 (rapport sur les pensions de retraite de la fonction publique, annexe au projet de loi de finances pour 2021, p. 152). En 2018, le nombre moyen de trimestres de surcote parmi les nouveaux retraités de la fonction publique civile de l'Etat était de 8,2 (DREES, Les retraités et les retraites édition 2020, fiche 18 la décote et la surcote).

relatif au décompte et à la valeur des annuités liquidables, prévoit qu'« *un coefficient de majoration s'applique au montant de la pension liquidée en application des articles L. 13 et L. 15* », l'article L. 15 figurant dans un paragraphe relatif aux émoluments de base. Une telle rédaction laisse penser que la majoration de pension pour enfants prévue à l'article L. 18 figurant dans un paragraphe relatif aux avantages de pension de caractère familial ne s'applique qu'après le calcul de la surcote. Dès lors que c'est aussi le mode de calcul clairement retenu pour le régime général des salariés du privé, le dernier alinéa de l'article D. 351-1-4 du code de la sécurité sociale prévoyant que la majoration résultant de la surcote est calculée avant la majoration pour enfants⁸, et, semble-t-il, pour les salariés agricoles⁹, il semble logique de retenir cette interprétation pour les fonctionnaires.

L'interprétation inverse ne manquait pourtant pas de logique à nos yeux dès lors que le bénéficiaire de la majoration pour enfants ne peut conduire à jouir d'une pension supérieure au traitement d'activité alors que la surcote permet précisément de s'affranchir d'un tel plafond. Il paraît en outre étrange d'instaurer une surcote visant à inciter les fonctionnaires à cotiser plus longtemps, ce qui réduit la durée passée en retraite et donc le montant des prestations versées par le service des retraites de l'Etat et augmente les cotisations versées, avec un effet positif sur l'équilibre financier du système, et de supprimer ou du moins réduire fortement cette incitation pour les agents ayant élevé au moins trois enfants, ce qui constitue une part des nouveaux pensionnés supérieure à 20%¹⁰.

Nonobstant ces considérations relatives à la cohérence de l'œuvre du législateur, c'est bien cette interprétation qu'a retenue l'administration en l'espèce, ce qui a conduit à priver Mme D... de la majoration pour enfants.

C'est cette façon de procéder qui prive Mme D... de la majoration pour enfants et qui est à l'origine de la question juridique posée par le pourvoi.

⁸ Avant même que le décret n°2008-1509 du 30 décembre 2008 n'ajoute cet alinéa à l'article D. 351-1-4 du code de la sécurité sociale, c'était le mode de calcul décrit par un document de travail disponible sur le site du Conseil d'orientation des retraites mais n'engageant pas celui-ci : « Si l'assuré bénéficie d'une surcote, la bonification [pour enfants] est calculée sur la base du montant annuel de la pension, majoré par la surcote » (Catherine Bac, *Rappel sur l'historique des droits familiaux au régime général*, septembre 2008, document de travail produit à l'occasion d'une séance plénière du COR consacrée à l'évolution des droits familiaux).

⁹ Ainsi qu'en témoigne, si nous la comprenons bien, une circulaire de la caisse centrale de la Mutualité sociale agricole (circulaire n° CCMSA DRAR-2015-016 du 20 mai 2015 Surcote des salariés et des non-salariés agricoles, point 8.1).

¹⁰ Au 31 décembre 2019, 427175 pensionnés de la fonction publique civile de l'Etat bénéficient d'une majoration de pension pour enfants (525111 si on ajoute les anciens militaires), soit environ 40% des pensionnés, et en flux annuel le mécanisme concerne 11688 nouveaux pensionnés en 2018 (13221 si on ajoute les militaires), soit un peu plus de 20% des nouveaux pensionnés. Source : rapport sur les pensions de retraite de la fonction publique, annexe au projet de loi de finances pour 2021, p. 96-97.

Une partie de l'argumentation de celui-ci ne saurait certes en rien vous convaincre dès lors que Mme D... se borne à souligner que des agents au même parcours professionnel qu'elle mais n'ayant pas élevé d'enfants percevront une pension au montant identique à la sienne, sans que la différence de charge de famille soit prise en compte. Il est néanmoins de jurisprudence constante que le principe d'égalité n'oblige en rien à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes et aucune discrimination indirecte au sens de la jurisprudence de la CEDH n'est ainsi caractérisée.

Mme D... pointe toutefois également la rupture d'égalité, parmi les fonctionnaires ayant élevé au moins trois enfants, entre ceux, comme elle, bénéficiant d'une surcote telle qu'ils n'ont pas droit à la majoration pour enfants et ceux bénéficiant d'une surcote plus faible ou ne bénéficiant d'aucune surcote et pouvant par suite jouir d'une majoration pour enfants dès lors que le montant de leur pension majorée n'excède pas le montant de leur traitement d'activité.

La défense du ministre de l'action et des comptes publics, qui se borne à soutenir que l'écarternement à 100% du traitement d'activité s'applique de manière identique à l'ensemble des fonctionnaires bénéficiant déjà d'une pension leur permettant d'atteindre ce niveau et qu'aucune distinction n'est ainsi instituée entre les personnes placées dans une même situation, n'est nullement convaincante car il y a bien une différence de traitement entre les agents ayant élevé au moins trois enfants, selon qu'ils bénéficient ou non d'une surcote élevée.

On peine à identifier la justification de cette différence de traitement entre des agents ayant tous élevé au moins trois enfants au regard de l'objet de la majoration pour enfants, qui est, ainsi que vous l'avez jugé de compléter le montant de la pension pour tenir compte des charges exposées par le pensionné qui a élevé au moins trois enfants.

La décision par laquelle vous avez jugé que le plafonnement, pour les contribuables ayant des revenus excédant un certain montant, de l'avantage fiscal résultant des demi-parts additionnelles pour chacun des enfants à charges ne méconnaissait pas les stipulations combinées des articles 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 1^{er} de son premier protocole additionnel (3/8 SSR, 22 juillet 2015, *Union des Familles en Europe*, n° 380682) ne peut aucunement venir au soutien du dispositif ici critiqué¹¹.

¹¹ Alors que la requérante soutenait dans cette affaire que le plafonnement en question instituait, au détriment des contribuables ayant des enfants à charge dont les revenus excèdent un certain seuil, un traitement discriminatoire à raison de leur situation de famille, vous avez, après avoir relevé que la mesure de plafonnement avait été adoptée par le législateur afin de limiter l'avantage, croissant avec le niveau de revenus, correspondant à la réduction d'impôt résultant du système du quotient familial, jugé que si, ainsi que le soutenait la requérante, l'application du plafonnement avait pour effet de soumettre des contribuables dont le niveau de revenu excède

Cette décision n'est en rien transposable au cas qui nous intéresse. D'une part, n'était pas mise en cause par la requérante la différence de traitement entre des contribuables ayant tous la même charge de famille. D'autre part, le plafonnement était instauré à raison d'un niveau de revenus, en limitant l'avantage fiscal procuré aux foyers aisés, alors que la mesure ici en cause n'est en rien corrélée aux revenus. Un agent de catégorie C au revenu d'activité modeste mais bénéficiant de la surcote car ayant cotisé longtemps – c'est notamment le cas d'agents ayant commencé à travailler jeune – pourra par le biais du plafonnement critiqué se voir priver de la majoration pour enfants à laquelle il devrait avoir droit s'il a élevé au moins trois enfants.

Vous avez certes déjà jugé que l'équilibre financier d'un régime de protection sociale constituait un objectif d'utilité publique pouvant justifier la restriction du bénéfice d'une prestation sociale. Ainsi le législateur a-t-il pu subordonner à une condition de ressources le bénéfice des allocations familiales pour maintenir l'équilibre financier de la branche famille de la sécurité sociale sans méconnaître les stipulations combinées des articles 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 1^{er} de son premier protocole additionnel (Assemblée, 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, n° 194658, 196116, au Recueil). Mais c'était évidemment dès lors que le législateur s'était fondé sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi.

C'est bien ce dernier aspect qui nous semble douteux en l'espèce dès lors qu'ainsi que nous venons de l'indiquer la mesure ici en cause n'est en rien corrélée aux revenus. Certes il s'agit de pensions et la mesure visant à empêcher qu'une pension majorée pour charges de famille excède le traitement d'activité se conçoit très bien eu égard à l'objet de la pension. Mais nous ne comprenons pas pourquoi la surcote que le législateur a décidé d'instituer et dont l'effet est de permettre à un agent de voir sa pension excéder son traitement d'activité, dès lors qu'il a travaillé plus longtemps que nécessaire pour bénéficier d'une retraite à taux plein, devrait priver les agents qui devraient avoir droit à la majoration pour enfants de son bénéfice, dès lors bien entendu que la pension majorée à ce titre n'excéderait pas, hors application de la surcote, le traitement d'activité.

La décision n° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011 du Conseil constitutionnel nous semble apporter de l'eau au moulin de l'argumentation de Mme D.... Le juge constitutionnel était saisi de la constitutionnalité du dispositif résultant du plafonnement au niveau du traitement d'activité du cumul de la pension de retraite, de la rente viagère d'invalidité et de la majoration de pension pour les agents ayant élevé au moins trois enfants. Votre voisin a jugé

un certain seuil à un taux d'imposition moyen supérieur au taux d'imposition moyen de contribuables n'ayant pas d'enfants à charge à raison d'un même niveau de revenu déterminé en divisant le revenu du foyer fiscal par le nombre de parts de quotient familial, ces contribuables n'étaient pas placés dans des situations analogues, de sorte que la distinction opérée entre eux n'instituait aucun traitement discriminatoire.

que ni le plafonnement du cumul d'une pension de retraite et d'une rente viagère d'invalidité ni celui du cumul d'une pension de retraite et d'une majoration de pension pour charges de famille ne méconnaissent le principe d'égalité mais qu'en revanche, l'application combinée de ces deux plafonnements avait pour effet de créer une différence de traitement au regard de l'objet de la majoration de pension pour charges de famille entre les fonctionnaires pensionnés invalides ayant élevé au moins trois enfants et les fonctionnaires pensionnés qui ne sont pas invalides et ont élevé au moins trois enfants et que la différence de traitement ainsi créée n'était pas justifiée par l'objet de la loi.

Comme l'indique le commentaire aux Cahiers de cette décision, « lorsqu'est intégrée dans la comparaison la majoration familiale de pension, la différence de traitement entre pensionnés valides et pensionnés invalides est injustifiée » dès lors que « rien ne justifiait que la majoration familiale ne permette pas au fonctionnaire invalide de bénéficier pleinement de celle-ci ». Le commentaire ajoute que cette différence de traitement était d'autant plus injustifiée que le législateur, dans la loi du 26 décembre 1964, a entendu que les majorations pour enfants soient désormais « allouées sans restriction à tous les pensionnés ayant élevé au moins trois enfants »¹² en contrepartie des notions anciennes de « pension d'ancienneté » et de « pension proportionnelle ». Or l'argument tenant à l'objet d'une pension de retraite, dont le montant ne saurait dépasser le traitement d'activité, valait tout autant dans le cas censuré par le Conseil constitutionnel que dans celui qui nous occupe.

De façon analogue, on peut considérer que le plafonnement institué par le V de l'article L. 18 du CPCMR, qui n'est ni inconstitutionnel ni inconstitutionnel en lui-même, devient discriminatoire dès lors qu'il se combine avec le mécanisme de la surcote appliqué à la pension calculée avant la prise en compte de la majoration pour enfants, privant du bénéfice de cette majoration des agents ayant pourtant élevé au moins trois enfants.

En jugeant l'inverse, le TA de Paris a donc commis une erreur de droit et vous pourrez annuler son jugement, lui renvoyer l'affaire et mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros à verser à Mme D....

Tel est le sens de nos conclusions.

¹² Exposé des motifs du projet de loi, Assemblée nationale, IIe législature, n° 1044, 29 juin 1964, et M. Billotte, Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi portant réforme du code de pensions civiles et militaires de retraite, Assemblée nationale, 1ère session ordinaire de 1964-1965, 2 octobre 1964, commentaires sous l'article L. 17.