

Retraite des mères : et si légiférer et juger étaient des choses sérieuses ? (Actualisé**)

Article rédigé par Jacques Bichot*, le 03 septembre 2009

Chacun est au courant du danger qui menace la retraite des mères de famille (**): la Cour de cassation ayant fait du zèle à propos de l'égalité homme/femme, l'État se trouve obligé de modifier le code de la Sécurité sociale pour que la branche famille n'ait pas à faire face à un défilé de millions de pères de famille venant lui réclamer leurs deux années de majoration de durée d'assurance (MDA) par enfant élevé.

Nous n'allons donc pas expliquer ici les raisons pour lesquelles il faut trouver une solution pour les mères, et particulièrement pour celles dont le profil ne correspond pas à l'image d'Épinal de la femme qui interrompt son activité professionnelle pour élever ses enfants : celles qui ont mis au monde des enfants avant de travailler professionnellement, et celles qui ne se sont arrêtées que le temps du congé de maternité. En revanche, il nous paraît utile de réfléchir, à partir de ce problème, sur ce qui a provoqué son apparition : le manque de sérieux qui affecte hélas parfois le travail judiciaire et législatif.

Un peu d'histoire : les majorations familiales AGIRC

Puisqu'il est question des droits familiaux à la retraite, j'évoquerai d'abord un ancien souvenir : celui des procès AGIRC relatifs à la diminution des majorations de pension pour famille nombreuse. Les partenaires sociaux avaient cru pouvoir décider, par un avenant à la convention collective AGIRC (accord du 9 février 1994), que désormais le taux de la bonification ne serait plus de 10 % pour trois enfants, plus 5 % par enfant supplémentaire (dans la limite de sept enfants au total), mais 8 % et 4 %, cela y compris pour les personnes ayant déjà mis au monde leurs enfants, et pour les retraités. La CGT, des associations de retraités, et la fédération familiale dont j'étais alors président, portèrent l'affaire devant les tribunaux. Déboutés en première instance et en appel, ces organisations obtinrent en 1999 un succès partiel en cassation : les retraités furent rétablis dans leurs droits. Mais il se passa une chose qui me stupéfia.

L'arrêt de la Cour jugeait simplement illégal l'avenant litigieux, ce qui revenait à accorder le bénéfice des taux les plus élevés (10 %, 15 %, etc.) à tous les cadres ayant liquidé leur pension entre la signature de l'avenant devenu caduc (1994) et la signature d'un nouvel avenant ne concernant que les futurs retraités, lequel aurait été signé en 1999. Deux ou trois semaines après, la Cour nous informa qu'une erreur matérielle s'était glissée dans le texte de l'arrêt. La nouvelle mouture déclarait l'avenant illégal uniquement en ce qu'il portait non seulement sur les pensions futures, mais aussi sur les pensions déjà liquidées. Du coup, tous les cadres pères ou mères de famille nombreuse ayant liquidé leurs pensions pendant les cinq années de procédure, qui auraient dû récupérer leurs taux de bonification élevés d'après la première version de l'arrêt, les perdaient d'après la version corrigée.

Nous ne saurons dans doute jamais s'il y eut réellement erreur matérielle, ou si la Cour présenta sous une forme mensongère une modification très substantielle de sa première décision, mais dans l'un et l'autre cas une chose est certaine : cette péripétie rocambolesque ne correspond guère au sérieux que l'on est en droit d'attendre de la plus haute juridiction judiciaire.

Rétroactivité des lois relatives aux droits à pension

De plus, et surtout, les pouvoirs publics ne se préoccupèrent en aucune manière du problème juridique de fond sous-jacent à cette triste histoire, lequel peut s'énoncer ainsi : les droits à pension sont-ils acquis lors du fait générateur (en l'espèce, l'éducation des enfants) ou lors de la liquidation ? L'arrêt de la Cour de cassation établit en jurisprudence, dans le cas de l'AGIRC, et sans doute plus largement, que seule la liquidation fixe exactement les droits à pension : celle-ci ne se limite pas à *constater* les droits existants, on peut presque dire qu'elle les *crée*. En tous cas, c'est la législation (ou – en l'espèce – la convention collective) en vigueur au moment de la liquidation qui s'applique rétroactivement à des événements datant, pour certains, de plusieurs décennies.

Cela signifie que les droits à pension que l'on s'imagine avoir acquis, par son travail ou par l'éducation de ses enfants, ou à tout autre titre, du fait que les lois en vigueur à l'époque du fait générateur (l'activité professionnelle, l'éducation des enfants, le versement de sommes destinées à racheter des trimestres, le chômage, etc.) peuvent être remis en question à tout moment, jusqu'à la liquidation. Tant que celle-ci n'a pas été effectuée, le législateur ou les partenaires sociaux peuvent vous dire : vous pensiez avoir acquis tant de trimestres, ou le droit à tel pourcentage de majoration, du fait que vous aviez fait ce que la loi prévoyait pour acquérir ces droits. Vous rêviez ! Et bien regardez la réalité maintenant : la norme en vigueur à l'époque ne l'est plus, ce sont de nouvelles dispositions qui s'appliquent ; tant pis si, dans votre cas, elles sont moins favorables. La loi sur laquelle vous avez compté pour préparer votre retraite n'était destinée qu'aux

personnes liquidant leur pension ; on vous a fait croire qu'elle s'appliquerait à vous : c'était une promesse de l'espèce qui n'engage que ceux qui les écoutent.

Dans un récent article [1] j'ai suggéré que l'encyclique *Caritas in veritate* incite les chrétiens à détricoter les mensonges qui, hélas, parasitent notre protection sociale. Je donnais cinq exemples de tromperies : en voici un sixième. Sa condamnation, on va le voir, n'est pas le fait de la seule doctrine sociale de l'Église.

Une situation contraire aux déclarations des droits de l'homme

La gravité laïque, républicaine et européenne, de la tangibilité [2] des droits à pension non encore liquidés, est extrême. Elle va à contre-courant de l'esprit du Protocole n. 1 de la Déclaration européenne des droits de l'homme et du citoyen dont l'article 1er stipule : Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Elle est également en contradiction avec l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, texte à valeur constitutionnelle dans notre pays, selon lequel La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

Concrètement, quand une mère de famille a élevé un enfant dans le cadre de lois disposant que cette éducation lui ouvre droit à validation de huit trimestres d'assurance vieillesse, elle estime logiquement être en possession d'un bien, cette durée d'assurance. En revanche, pour le père de famille se trouvant dans la même situation, la loi en vigueur ne lui accordait rien : si sa pension est calculée sans les deux annuités, on peut le regretter, comme on peut regretter qu'il ait à l'époque été indemnisé en tant que chômeur plus modestement que les chômeurs d'aujourd'hui, ou que son salaire n'ait pas été plus important compte tenu de la pénibilité de son travail, mais cela ne porte pas atteinte à sa propriété, puisque la loi ne prévoyait pas qu'il acquière des droits du fait de ses fonctions paternelles.

Une situation inextricable

Le problème est que la Cour de cassation dit en substance : Vous pensiez que la loi réserve les deux annuités par enfant aux seules mères de famille ; mais moi je juge que, lue à la lumière des principes européens d'égalité entre les hommes et les femmes, cette loi attribue en fait les dites annuités aux pères comme aux mères. Certes, cela n'est pas dit explicitement dans le texte ; mais comme la loi française ne peut déroger aux conventions internationales, et comme l'une de celles-ci, européenne, stipule que ce qui s'applique aux hommes s'applique également aux femmes, et vice-versa, il suffit que le législateur français l'ait écrit pour les femmes : c'est dès lors automatiquement valable également pour les hommes.

Si nos normes en matière de protection sociale respectaient le principe du fait générateur, c'est-à-dire en l'espèce si les droits à pension étaient constitués au moment où l'on cotise, selon la loi en vigueur à cet instant, et au moment où l'on élève ses enfants, par application des règles valables à cette époque, il n'y aurait pas de problème : le caractère exclusivement féminin des majorations de durée d'assurance (MDA) pourrait certes être remis en cause pour l'avenir, mais non pour le passé. Les pouvoirs publics modifieraient la loi, ce qui signifierait qu'à l'avenir les MDA seraient rigoureusement les mêmes pour les hommes que pour les femmes, sans pour autant bouleverser les droits de propriété antérieurement acquis (attribution de MDA à des quantités d'hommes, et diminution des MDA pour certaines femmes, pour des enfants déjà élevés). Malheureusement, le caractère anticonstitutionnel et antieuropéen d'une partie importante de notre droit social (l'aspect patrimonial) met nos responsables politiques dans une situation impossible :

- Ou bien ils respectent les droits de propriété, et dans ce cas il leur faut désavouer la Cour de cassation et affronter l'ire de diverses instances européennes ;
- Ou bien ils accordent l'égalité homme/femme sans léser aucune femme, accordant ainsi, aux frais des cotisants, ou au prix d'un déficit accru, un joli *windfall profit* à quantité d'hommes ;
- Ou bien ils bricolent une formule pseudo égalitaire qui ouvrira le droit aux MDA à quelques hommes, le refusera à quelques femmes, et respectera formellement le principe d'égalité tout en en violant l'esprit.

Les pouvoirs publics français sont d'autant plus à blâmer de s'être laisser enfermer dans ce piège qu'ils avaient déjà eu à gérer un problème analogue suite à l'arrêt Griesmar.

Nouveau retour en arrière

M. Griesmar, magistrat de son état, avait élevé trois enfants. Il demanda à bénéficier, comme les femmes, de l'annuité de MDA pour chaque enfant qui était de droit pour les fonctionnaires de sexe féminin. Après consultation de la Cour de justice des communautés européennes (questions préjudicielles), le Conseil

d'État lui attribua fin 2001 les annuités réclamées. Menacés de voir des foules de fonctionnaires pères de famille nombreuse emboîter le pas à ce précurseur, ce qui aurait coûté très cher au budget, les pouvoirs publics décidèrent d'inclure des modifications des dispositions en matière de MDA pour la fonction publique dans la loi retraites en préparation – la loi Fillon, qui fut promulguée le 21 août 2003 [3].

Ces nouvelles dispositions ne se sont pas révélées satisfaisantes aux yeux des légistes européens. En effet, la Commission européenne a adressé en juin dernier un avis au gouvernement français, lui demandant de répondre d'ici fin octobre à ses interrogations quant à la conformité des dispositions du code des pensions de la fonction publique au regard d'articles des traités européens relatifs à l'égalité homme/femme.

Autrement dit, le bricolage réalisé par l'État français pour essayer de concilier avec ses engagements européens la MDA des fonctionnaires mères et pères de famille semble ne pas tenir la route. Avait-il été préparé avec le sérieux requis ?

On peut en douter à la lecture du compte-rendu d'une audition de Jean-Paul Delevoye, ministre de la Fonction publique, directement en charge du problème, par la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée nationale, en date du 4 février 2003. Voici l'une des précisions apportées, selon ce CR, par le ministre : La réflexion doit se poursuivre quant aux conséquences à tirer de l'arrêt Greismar relatif à la bonification du montant de la pension pour les femmes fonctionnaires ayant élevé au moins trois enfants, alors que les hommes fonctionnaires ne peuvent en bénéficier.

Ou bien le rédacteur du CR a écrit n'importe quoi, et personne n'a pris le soin de relire le texte, ou bien le ministre a fait étalage d'une ignorance crasse concernant le code des pensions des fonctionnaires de l'État et l'arrêt Greismar en confondant la majoration de durée de service attribuée aux femmes pour chaque enfant (et non aux seules mères de famille nombreuses) avec la majoration du montant de la pension accordée tant aux pères qu'aux mères de trois enfants et plus (et non aux seules femmes). Dans l'un et l'autre cas, une exclamation monte aux lèvres : Pauvre France !

À quand la hauteur de vue et la compétence nécessaires pour résoudre correctement et durablement le problème des droits familiaux en matière de retraite ?

On pourrait citer bien d'autres exemples de l'incompétence et du manque de hauteur de vue manifestées dans le traitement des problèmes. Je parlerai peut-être à une prochaine occasion des suites législatives qui ont été données aux arrêts Quarez (Conseil d'État, 1997) et Perruche (Cour de cassation, 2000) : on y retrouve la même propension à se prendre les pieds dans le tapis en essayant de bricoler à la hâte des solutions aux problèmes qui résultent de lacunes fondamentales de notre système juridique en matière de naissance des droits, de fait générateur et de rétroactivité des lois. Mais il est temps de passer, en conclusion de ce déjà trop long papier, de l'analyse critique aux propositions constructives.

Notre droit positif a besoin de principes. C'est particulièrement vrai du droit de la protection sociale, dont les errements viennent en grande partie de ce que l'on construit un Palais du facteur Cheval, en y incorporant au fur et à mesure des dispositions hétéroclites, et non pas un édifice répondant à une logique et à un plan d'ensemble.

Le premier principe devrait être, en accord avec le droit européen, de considérer les droits sociaux comme des biens, des créances sur certains organismes. Cette conception patrimoniale des droits à prestations est particulièrement nécessaire en ce qui concerne les retraites par répartition. Depuis plusieurs décennies, les économistes considèrent les droits à pension (en répartition) comme une créance sur les jeunes générations, via les Caisses de retraite, et calculent l'équivalent patrimonial de ces droits, qui constituent pour la plupart des gens, passé la cinquantaine, la composante majeure de leur patrimoine. Pourquoi le législateur ne se décide-t-il pas à respecter cette réalité économique ?

Dès lors que serait acquise la nature patrimoniale des droits à pension, il deviendrait possible de poser des principes relatifs à la naissance de ces droits. À cet égard, le législateur devrait s'inspirer de Jacques Rueff. Ce grand économiste opposait vrais droits et faux droits :

- Est vrai le droit dont la naissance est liée à des actes qui préparent sa mise en oeuvre. Par exemple, quand un salarié a travaillé pour une entreprise, il naît une créance salariale, qui est un vrai droit car le travail du salarié prépare les ventes, et donc les recettes, de l'entreprise, lesquelles lui permettront de

percevoir son dû.

- Est faux le droit qui naît du fait d'une action ne préparant en rien sa mise en oeuvre. Par exemple, la plupart de nos droits à la retraite sont de faux droits, car ils nous sont attribués lorsque nous versons des cotisations au profit de nos aînés, ce qui ne prépare en aucune manière l'activité économique future, grâce à laquelle nous pourrions percevoir des prestations et disposer de biens et de services en les dépensant.

Notre droit positif est tellement éloigné de ce bon sens qu'il appelle contributifs les droits à pension obtenus en échange des cotisations vieillesse que nous versons, et non contributifs les droits familiaux, ceux qui correspondent à la mise au monde et à l'éducation d'enfants, c'est-à-dire à la préparation des futures retraites. Que faire d'un droit daltonien, qui vous dit vert en présence du rouge, et rouge en présence du vert ? Je ne vois pas d'autre solution que d'en changer pour un droit respectant la réalité. Le premier principe est de n'instaurer que de vrais droits au sens de Jacques Rueff.

Un deuxième principe relatif à la naissance des droits concerne leur date de naissance. Il convient que le droit naisse, que la créance soit certaine et protégée de toute insécurité juridique, dès lors qu'a été accompli l'acte auquel ils doivent leur naissance. Ainsi le dicton tout travail mérite salaire nous rappelle-t-il que la créance salariale prend naissance dès que le travail a été réalisé. Il devrait en aller de même pour les droits à pension attachés à la mise au monde et à l'éducation des enfants : l'accouchement ne serait pas seulement la naissance de l'enfant, mais celle d'un droit à pension, amené à grossir à l'issue de chaque année (ou chaque mois...) durant lequel l'enfant aura été élevé. Dès lors il ne serait plus question de tangibilité, il ne serait plus possible de modifier après coup la MDA liée à l'éducation de l'enfant.

Un troisième principe résulte de la nature patrimoniale des droits à pension. En général les couples sont mariés sous la communauté réduite aux acquêts, ce qui veut dire que tous les gains réalisés durant l'union, et non immédiatement dépensés, viennent grossir le patrimoine de la communauté. Il serait logique que, sauf cas particuliers, il en aille de même pour les droits à pension. Dès lors le problème de l'égalité homme/femme ne se poserait plus : les droits seraient attribués au couple, aussi bien ceux découlant de l'éducation de ses propres enfants que ceux résultant du paiement à l'État et à la sécurité sociale de sommes destinées aux millions d'enfants du pays (une partie des impôts, finançant l'Éducation nationale ; une partie des cotisations maladie, couvrant les mineurs ; et les cotisations à la branche famille). Les parents non mariés, ou divorcés, ainsi que les parents mariés qui le souhaiteraient, feraient le choix d'un mode de répartition entre eux.

Nous n'irons pas plus loin ici dans la description d'un système de retraites par répartition juridiquement moins absurde que l'actuel : le lecteur intéressé pourra se reporter à nos publications [4]. Qu'il suffise ici d'indiquer que la voie existe.

Voie escarpée, certes, car il ne s'agit pas des réformettes que nos hommes politiques montent volontiers comme des opérettes à grand spectacle, ni des incessants ravaudages auquel est soumis notre patchwork législatif et réglementaire, mais d'une refondation, comme disait jadis le Medef – sans avoir, hélas, jamais beaucoup poussé à la roue pour y parvenir.

Mais voie dont on connaît le point de départ, puisque le législateur a eu le courage de commander au Conseil d'orientation des retraites un rapport [5] sur l'intérêt et la faisabilité d'un passage aux points de nos retraites par annuités – passage qui serait fort utile, et même probablement indispensable, pour mettre en œuvre les principes évoqués ci-dessus, peu compatibles avec la formule des annuités.

***Jacques Bichot** est économiste, professeur émérite à l'université Lyon III, vice-président de l'Association des économistes catholiques.

**** NDLR** : Xavier Darcos, le ministre du travail, a annoncé le 19 septembre que le gouvernement avait "décidé de sauvegarder le dispositif" actuel pour la retraite des mères de famille salariées du secteur privé qui bénéficient de deux ans de majoration d'assurance-vieillesse par enfant élevé. "La Cour de cassation a dit que les hommes devaient bénéficier des mêmes avantages que les femmes, (...) nous considérons que c'est injuste, que les femmes, et les femmes seules, doivent bénéficier de la majoration de durée d'assurance" a déclaré le ministre sur Europe 1. Le gouvernement a décidé de "sauver le dispositif en dépit de ce qu'a dit la Cour de cassation s'adossant à la Cour européenne des droits de l'Homme", a ajouté M. Darcos.

[1] Pour une solidarité en vérité , *La Croix* du 24 août 2009

[2] L'expression est de René Teulade, dans un avis du Conseil économique et social, L'avenir des systèmes de retraite , voté en 2000. Cet avis de l'Assemblée constitutionnelle consultative mériterait d'ailleurs de figurer au nombre des manquements au sérieux que l'on observe hélas en haut lieu, puisqu'au terme d'une quarantaine de pages où l'on retrouve le constat démographique incontournable montrant l'absolue nécessité d'une réforme, et quelques idées intéressantes comme l'éloge de la neutralité actuarielle, sa conclusion était : La gestion de l'avenir des systèmes de retraite n'a rien de dramatique ni d'inextricable. Fort de cette affirmation rassurante, le Conseil a voté un texte disant que l'on pouvait avoir le beurre et l'argent du beurre, c'est-à-dire refuser à la fois la réduction du niveau des retraites et une augmentation exagérée des cotisations à la charge des actifs.

[3] Voir à son propos notre ouvrage : *Sauver les retraites ? La pauvre loi du 21 août 2003*, L'Harmattan, janvier 2004. Hélas, mes pronostics concernant le peu d'efficacité de cette loi ont été amplement confirmés.

[4] Voir notamment *Quelles retraites en l'an 2000 ?*, Armand Colin 1992 ; *Quand les autruches prendront leur retraite*, Seuil, 2003 ; et *Urgence retraites ; petit traité de réanimation*, Seuil 2008.

[5] Sortie prévue pour janvier 2010.
