Les Cahiers du Conseil constitutionnel
Cahier n° 15

Commentaire de la décision n° 2003-483 DC du14 août 2003

Loi portant réforme des retraites

Présenté au Conseil des ministres le 28 mai 2003, après une négociation avec les partenaires sociaux dont la presse s'est largement fait l'écho, le projet de loi portant réforme des retraites constituait d'abord une réponse au défi démographique des quarante prochaines années.

I) Le défi démographique

En raison de la baisse de la natalité et surtout de l'augmentation de l'espérance de vie à l'âge de soixante ans, la proportion des inactifs âgés croît plus vite que celle des actifs employés. Si rien n'est fait, la dégradation de ce ratio condamne un système de retraite fondé sur la répartition.

Dans tel système, les pensions versées chaque année aux retraités proviennent exclusivement des cotisations versées, au cours de la même année, par les actifs employés.

Les projections réalisées par le Conseil d'orientation des retraites font apparaître que la poursuite des tendances actuelles alourdit de moitié le ratio « Retraités rapportés aux actifs employés » entre 2000 et 2020 et le multiplie par deux entre 2000 et 2040 :

	2000	2020	2040
Ratio démographique (60 ans et plus rapportés aux 20-59 ans)	0,38	0,54	0,73
Ratio économique (Retraités rapportés aux employés)	0,44	0,60	0,83

Les pouvoirs publics ont choisi de relever ce défi en conservant le principe même de la répartition et en faisant prioritairement porter l'effort sur l'un des trois paramètres fondamentaux du système : la durée d'assurance (les deux autres étant le niveau des cotisations et celui des pensions).

Un autre grand objectif mis en avant au début du printemps 2003- le rapprochement des régimes de retraite des secteurs public et privé- n'a été que partiellement atteint.

Par ailleurs, la loi portant réforme des retraites comporte nombre de dispositions tendant à adapter, à harmoniser et à rendre plus équitables nos régimes de retraite.

Il n'est pas question ici d'en faire l'analyse.

II) La saisine du Conseil constitutionnel

L'adoption définitive de la loi, discutée avec l'âpreté que l'on sait au Parlement, a rendu nécessaire la convocation d'une session extraordinaire en juillet 2003.

Elle a été aussitôt déférée au Conseil constitutionnel par plus de soixante députés (26 juillet) et par plus de soixante sénateurs (28 juillet).

Les auteurs des recours mettaient en cause les articles 3, 5, 32, 48, 51, 54 et 66 de la loi portant réforme des retraites.

Quatre des sept articles contestés intéressaient les régimes de retraite des fonctionnaires.

En dehors de l'article 32, étaient critiquées des dispositions qui figuraient déjà dans le projet du Gouvernement.

1) Article 3

En contestant l'article 3, les saisines visaient, outre une disposition de portée déclarative, l'ensemble de la loi déférée. Ils reprochaient en effet à cette dernière son « silence » quant à la prise en compte de la pénibilité des tâches dans le calcul des droits à la retraite.

Aux termes de l'article 3 de la loi déférée : « *Les assurés doivent pouvoir bénéficier d'un traitement équitable au regard de la retraite, quels que soient leurs activités professionnelles passées et le ou les régimes dont ils relèvent* ».

Les requérants soutenaient qu'« *en prescrivant cette règle, le législateur est resté en-deçà de sa propre compétence et méconnu le Préambule de la Constitution de 1946* ». Selon eux, le législateur aurait dû, dans les autres dispositions de la loi, prendre en compte la pénibilité des tâches assurées pendant la vie de travail, sans renvoyer cette question à la négociation collective.

Cette argumentation était infondée dans chacune de ses deux branches.

a) L'article 3 se borne à exposer le motif d'équité qui inspire une dizaine des mesures particulières figurant dans le texte déféré (dispositions garantissant à 85 % du SMIC le montant minimal des pensions, dispositions améliorant la situation du conjoint survivant, dispositions permettant la prise en compte des longues durées de carrière, dispositions compensant un handicap, dispositions retenant les « meilleures années » des retraités pluri-pensionnés, dispositions relatives aux non salariés...).

L'article 3 (comme les deux précédents) fait partie d'une sorte d' « annonce de plan » que le législateur a pris l'habitude de faire figurer en tête des textes importants. L'article trouverait mieux sa place dans l'exposé des motifs. Dépourvu par lui-même de valeur normative, il ne saurait être utilement argué d'inconstitutionnalité.

La jurisprudence est constante sur ce point [n° 98-401 DC du 10 juin 1998, cons. 19, Rec. p. 258 ; n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. 90].

b) Aux termes du onzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, confirmé par celui de la Constitution du 4 octobre 1958, la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence* ».

L'exigence constitutionnelle résultant des dispositions précitées implique la mise en oeuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités.

Ainsi, le fondement constitutionnel du « droit à pension » a-t-il été trouvé par le Conseil dans le Préambule de 1946, comme en attestent les considérants 2 à 4 de sa décision sur les « plans épargne retraite » [n° 97-388 DC du 20 mars 1997, Rec. p. 31].

De même, en dépit de l'ambiguïté de ses termes (« vieux travailleurs »), le onzième alinéa du Préambule de 1946 a été jugé applicable au système de retraite [n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, cons. 33 à 37, Rec. p. 49].

S'il est lié quant aux objectifs économiques et sociaux fixés par le Préambule de 1946, le législateur n'en est pas moins libre des moyens employés pour les poursuivre [voir, en matière d'aide aux familles : n° 97-393 DC du 18 décembre 1997, cons. 30 et suivants, Rec. p. 320].

La jurisprudence a en effet circonscrit avec réalisme les obligations auxquelles les dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946 soumettent le législateur.

Ces dispositions mettent à sa charge non une obligation de résultat, mais une obligation de moyens.

De plus, les moyens ne sont pas infinis. Leur degré de mobilisation dépend de l'état des ressources dont dispose la Nation et des autres objectifs de valeur constitutionnelle ou d'intérêt général qu'elle doit poursuivre.

Il est en conséquence possible au législateur, pour satisfaire aux exigences découlant des dixième et onzième alinéas du Préambule de 1946, de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées.

En particulier, il lui est à tout moment loisible, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions.

Il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles.

Cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel.

Or, du point de vue de son économie générale, la loi déférée a mis en oeuvre l'exigence constitutionnelle précitée, sans la priver de garanties légales.

On notera que la question de la prise en compte de la pénibilité des tâches en matière de retraite (en partie traitée par la législation existante, non modifiée sur ces points par la loi déférée, s'agissant notamment de certaines préretraites ou des « services actifs » de certaines catégories d'agents publics) est évoquée par la loi critiquée à ses articles 12 et 23.

On rappellera également que les exigences du Préambule de 1946 en matière sociale, compte tenu de leur généralité, sont mises en oeuvre non par une législation isolée, mais par un ensemble de législations, de politiques publiques et de conventions entre partenaires sociaux [n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, cons. 17, Rec. p. 13 ; n° 93-330 DC du 29 décembre 1993, cons. 12 à 14, Rec. p. 572].

2) <u>Article 5</u>

L'article 5 de la loi déférée a pour objet de préciser les conditions dans lesquelles sera allongée la durée d'assurance ou de services permettant de bénéficier d'une pension de retraite intégrale.

Aux termes de son III, seul critiqué par les requérants :

« *A compter de 2009, la durée d'assurance nécessaire pour bénéficier d'une pension de retraite au taux plein et la durée des services et bonifications nécessaire pour obtenir le pourcentage maximum d'une pension civile ou militaire de retraite sont majorées d'un trimestre par année pour atteindre quarante et une annuités en 2012 sauf si, au regard des évolutions présentées par le rapport mentionné au II et de la règle fixée au I, un décret pris après avis, rendus publics, de la Commission de garantie des retraites et du Conseil d'orientation des retraites ajuste le calendrier de mise en oeuvre de cette majoration* ».

Il était fait grief à cette disposition de méconnaître l'article 34 de la Constitution (A), l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi (B), ainsi que le principe d'égalité (C).

A) Les requérants soutenaient que la durée d'assurance nécessaire pour bénéficier d'une pension de retraite au taux plein et la durée des services et bonifications nécessaire pour obtenir le pourcentage maximum d'une pension civile ou militaire de retraite relevaient du domaine de la loi.

Selon eux, le législateur ne pouvait dès lors renvoyer au pouvoir réglementaire le soin de modifier, à partir de 2009, la durée d'assurance ou de services nécessaires pour bénéficier d'une pension complète.

Cette argumentation était doublement infondée :

d'une part, elle méconnaissait l'étendue de la compétence du pouvoir réglementaire (sauf à dénaturer la législation applicable) en matière de sécurité sociale et de fonction publique (a);
d'autre part, elle manquait en fait, l'intervention du pouvoir réglementaire étant étroitement encadrée en l'espèce (b).

a) L'article 34 de la Constitution donne compétence au législateur pour fixer les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat et déterminer les

principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, ainsi que ceux du droit du travail et de la sécurité sociale.

Toutefois, en vertu du premier alinéa de l'article 37 de la Constitution, il appartient au pouvoir réglementaire de déterminer les modalités de mise en oeuvre des garanties et principes fondamentaux ainsi posés par le législateur.

Les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat en ont toujours déduit que le pouvoir réglementaire pouvait fixer les « paramètres quantitatifs » nécessaires à l'application de la loi dans ces matières [n° 65-34 L du 2 juillet 1965, cons. 6, Rec. p. 75]. Ont ainsi été « déclassées » de nombreuses mentions numériques contenues dans le code de la sécurité sociale et touchant en particulier à la durée de situations ouvrant droit à prestation [n° 85-139 L du 8 août 1985, cons. 8, Rec. p. 109 et cons. 9, Rec. p. 110]. C'est au demeurant par décret que le Gouvernement de M. Balladur avait fixé l'augmentation du nombre d'annuités requises pour obtenir une pension au taux plein dans le régime général [Décret n° 93-1024 du 27 août 1993 relatif aux pensions de retraite et modifiant le code de la sécurité sociale (J.O. p. 12148)].

N'est dès lors pas critiquable le renvoi au décret auquel procède la disposition attaquée. Il ne s'agit en réalité que de fixer le nombre de trimestres à ajouter, pour chacune des années en cause, à la durée d'assurance requise pour obtenir une pension complète.

Le fait que la loi elle-même y procède, à titre en quelque sorte anticipatif et supplétif, ne doit pas faire illusion. Tout se passe comme si le législateur avait renvoyé au décret, mais que, par précaution, il avait entendu pallier par avance les conséquences d'une éventuelle abstention du pouvoir réglementaire.

b) En tout état de cause, la compétence du pouvoir réglementaire est liée par l'article 5 de la loi déférée tant en ce qui concerne le décret mentionné au III (années 2009 à 2012) que ceux évoqués au IV (années 2013 à 2020).

Le I de l'article 5 de la loi déférée fixe en effet de façon pérenne la règle selon laquelle « *la durée d'assurance nécessaire pour bénéficier d'une pension de retraite au taux plein et la durée des services et bonifications nécessaire pour obtenir le pourcentage maximum d'une pension civile ou militaire de retraite... évoluent de manière à maintenir constant, jusqu'en 2020, le rapport constaté, à la date de publication de la présente loi, entre ces durées et la durée moyenne de retraite* ». A cet effet, le même article détermine ce rapport à la date de la présente loi et définit la notion de durée moyenne de la retraite en fonction de l'espérance de vie à soixante ans.

Il était loisible au législateur de prévoir d'augmenter, à raison d'un trimestre par année entre 2009 et 2012, les durées d'assurance et de services nécessaires pour bénéficier d'une pension au taux plein, tout en laissant à un décret le soin d'ajuster cette évolution, à partir de 2009, de manière à assurer la constance du rapport que la loi a elle-même déterminé au I précité de l'article 5.

B) Si les dispositions de l'article 5 de la loi déférée ne permettent pas aux salariés et aux fonctionnaires concernés de connaître avec précision la date à laquelle ils pourront bénéficier d'une pension de retraite au taux plein, cette incertitude est inhérente à l'impossibilité dans

laquelle se trouve le législateur de prévoir précisément l'espérance de vie à l'âge de la retraite dans les prochaines années.

Quant à la complexité du dispositif, elle est justifiée par un motif d'intérêt général suffisant, puisque liée à la gestion d'une transition délicate, impliquant la prise en compte d'aléas, ainsi qu'à une nécessaire progressivité de la montée en charge des nouvelles sujétions.

On notera de surcroît que le législateur a arrêté par avance des mesures d'information des assurés (articles 6 et 10) relevant en toute rigueur du décret ou de la circulaire.

C) Les requérants exposaient que l'allongement de la durée de cotisation conduirait à ce que des personnes ayant cotisé aussi longtemps soient traitées différemment lors de la liquidation de leur retraite.

De jurisprudence constante, le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit [Par exemple : n° 2003-472 DC du 26 juin 2003, cons. 6].

Eu égard à l'objectif qu'il s'est fixé (garantir le système de retraites par répartition), le législateur a pu, sans méconnaître le principe d'égalité, faire dépendre le calcul des droits des retraités de l'augmentation future de l'espérance de vie après soixante ans.

Des différences de traitement en résulteront nécessairement entre deux personnes ayant cotisé pendant la même durée dans la même profession, mais liquidant leur retraite à plusieurs années d'intervalle.

Mais de telles différences, inhérentes à la succession des législations dans le temps, ne sont que la conséquence des changements de législation. Le principe d'égalité ne saurait interdire au législateur de légiférer, surtout lorsque, comme en l'espèce, les réformes portent sur le long terme et attachent nécessairement des effets juridiques futurs à des évènements passés.

3) <u>Article 32</u>

Aux termes de l'article L. 351-4 du code de la sécurité sociale (ci-après CSS), dans sa rédaction issue de la loi du 21 décembre 2001 portant loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 :

« *Les femmes assurées sociales ayant élevé un ou plusieurs enfants bénéficient d'une majoration de leur durée d'assurance par enfant élevé dans des conditions fixées par décret* ».

Le I de l'article 32 de la loi déférée substitue à cette rédaction la formulation suivante :

« *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* ».

Cet article a été introduit à l'Assemblée nationale par un amendement gouvernemental relayant une initiative de M. Accoyer, rapporteur de la Commission des affaires culturelles, familiales et sociales, initiative déclarée irrecevable au titre de l'article 40 de la Constitution.

La disposition de base est ancienne puisqu'elle remonte à 1971.

Lorsque les femmes assurées sociales avaient élevé un ou plusieurs enfants pendant au moins neuf ans avant qu'ils atteignent leur seizième anniversaire, elles bénéficiaient d'une majoration de leur durée d'assurance égale à deux années par enfant.

La loi de financement de la sécurité sociale pour 2002 a prévu un assouplissement des conditions d'attribution de cette majoration, ces dernières excluant de droit les mères perdant un enfant avant l'âge de neuf ans ou adoptant un enfant de plus de sept ans.

La modification votée en 2001 consistait à « proratiser » cette majoration en fonction de la durée effective de prise en charge de l'enfant. M. Bernard Kouchner, alors ministre délégué à la santé, indiquait à cet égard que « *la majoration sera désormais calculée en fonction de la durée effective de prise en charge de l'enfant : un trimestre par année de prise en charge, avec un maximum de huit trimestres* ».

Mais le mécanisme était renvoyé à un décret qui n'a pas vu le jour.

Le I de l'article 32 transcrit donc directement dans la loi ce que le législateur de 2001 avait prévu de faire dire au décret.

Son II prévoit pour sa part de faire bénéficier de la majoration liée au congé parental (art. L. 351-5 CSS), lorsqu'elle leur est plus favorable, les femmes éligibles à la bonification de l'article L. 351-4.

Les requérants adressaient à l'article 32 un reproche simple mais extrêmement sérieux : il introduit une discrimination entre le père et la mère.

Sans doute certains avantages sociaux spécifiques aux femmes sont-ils parfaitement admissibles au regard du principe d'égalité : il s'agit de ceux qui sont liés au rôle naturel de la mère lors de la grossesse et de la petite enfance. C'est ainsi que l'article 49 de la loi déférée majore de deux trimestres la durée d'assurance des femmes fonctionnaires pour tout enfant né à compter du 1er janvier 2004 et postérieurement à leur recrutement.

En revanche, l'article 32 fait bénéficier les seules mères, sans condition d'interruption de leur activité professionnelle, d'une majoration de leur durée d'assurance de deux ans. La raison en est l'éducation d'un enfant au cours des huit premières années de son existence.

Huit ans : on se trouve bien au-delà de la petite enfance et il est difficile de comprendre pourquoi, à un tel âge, la mère devrait être seule réputée assumer l'éducation de l'enfant.

Rappelant les termes de l'article 371-2 du code civil (*« L'autorité appartient au père et à la mère... Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation...*) et invoquant la jurisprudence Griesmar du Conseil d'Etat (29 juillet 2002), les requérants estimaient que la bonification pour enfants réservée aux assurées portait atteinte à l'égalité des droits et devoirs éducatifs du père et de la mère.

a) En première analyse, le Conseil constitutionnel pouvait leur donner raison. Sur le plan des principes, la rupture d'égalité paraissait certaine, sauf à attribuer à la mère une sorte de monopole éducatif, même une fois passée la petite enfance.

Si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que les femmes bénéficient, pour le calcul de leur pension de retraite, d'avantages spécifiques qui ont pour objet de compenser les conséquences professionnelles résultant de leur éloignement du travail lors de la grossesse, de l'accouchement et de l'allaitement, le législateur ne saurait traiter différemment les parents en matière d'éducation des enfants.

Dans l'absolu, le principe d'égalité s'oppose donc à ce que soient réservées aux seules femmes des avantages sociaux dont l'objet est de compenser les charges entraînées par l'éducation d'un ou plusieurs enfants.

A ce stade du raisonnement, le I de l'article 32 pouvait être déclaré contraire à la Constitution. Il en allait de même de son II, qui en est inséparable.

Qui plus est, la conformité à la Constitution des termes d'une loi promulguée peut être utilement contrôlée à l'occasion de l'examen de dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine [Voir encore récemment : n° 2003-475 DC du 24 juillet 2003, cons. 10].

Or, en l'espèce, la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 32, ayant pour effet d'empêcher sa promulgation, eût conservé dans le code de la sécurité sociale un article L. 351-4 qui encourait exactement la même critique et dont l'article 32 de la loi déférée affectait le domaine d'application en en précisant la portée.

Pour les motifs précédemment énoncés (violation de l'égalité entre le père et la mère), cet article s'exposait à une déclaration d'inconstitutionnalité en application de la jurisprudence dite « état d'urgence en Nouvelle-Calédonie » [n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, cons. 10, Rec. p. 43 ; n° 89-256 DC du 25 juillet 1989, cons. 10, Rec. p. 53 ; n° 99-410 DC du 15 mars 1999, cons. 39, Rec. p. 51 ; n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, cons. 41, Rec. p. 583].

Les conséquences d'une censure auraient été considérables. La grande majorité (80 %) des assurées bénéficient aujourd'hui de la bonification pour enfant. Du fait des interruptions de la vie professionnelle féminine liées à l'éducation des enfants (la durée d'assurance des femmes est en moyenne de onze ans inférieure à celle des hommes), ainsi que du mécanisme de la décote, la perte de la bonification pour enfant pouvait amputer de moitié la pension servie à une mère de trois enfants. Or, même avec la bonification pour enfant, la pension perçue par les salariées retraitées est déjà inférieure de plus du tiers à celle des hommes.

Soucieux des effets importants et spectaculaires que produirait une déclaration d'inconstitutionnalité, les requérants invitaient le Conseil constitutionnel non à prononcer une censure, mais à juger qu'une mesure analogue à celle de l'article 32 devra intervenir pour les hommes comme pour les femmes.

Mais il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'adresser d'injonction au législateur. Il outrepasserait, ce faisant, la limite des pouvoirs que lui a confiés le constituant.

Par ailleurs, le coût actuel de l'article L. 351-4 CSS pour le régime général est de 3,5 milliards d'euros. Sa généralisation aux hommes ferait plus que doubler cette dépense et l'impact financier net de la loi deviendrait négatif.

b) Tout en stigmatisant la rupture d'égalité qui entacherait les dispositions de l'article L. 351-4 CSS (dans leur nouvelle rédaction comme dans leur rédaction antérieure) si ces dispositions devaient rester en vigueur de façon illimitée, le Conseil a pu cependant s'abstenir de prononcer une censure.

La disparition de la bonification pour enfant causerait un dommage considérable (et totalement inattendu d'elles) aux assurées du régime général demandant la liquidation de leur retraite dans les prochaines années.

Or, les comportements passés étant ce qu'ils ont été, il est constant que les mères ont beaucoup plus souvent interrompu leur vie professionnelle que les pères pour élever leurs enfants.

Le traitement « privilégié » des assurées est donc 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 à laquelle la jurisprudence du Conseil constitutionnel attache un poids croissant depuis quelques années ;

- 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 CSS.

Le Conseil constitutionnel a retenu cette solution eu égard à l'intérêt général qui la justifiait.

4) <u>Article 48</u>

Le b de l'article L. 12 du code des pensions civiles et militaires de retraite (CPCMR) était le pendant, pour les fonctionnaires, de l'article L. 351-4 CSS.

Depuis 1927, les femmes fonctionnaires (et non les hommes) bénéficiaient d'une bonification pour chacun de leurs enfants légitimes, naturels ou adoptés.

L'article 48 modifie les critères d'attribution de cette bonification et égalise, pour l'avenir, la situation des pères et des mères.

La bonification reste fixée, pour les enfants nés ou adoptés avant le 1er janvier 2004, à une année par enfant. Toutefois, pour les pensions liquidées après le 28 mai 2003, la bonification

bénéficie aux hommes comme aux femmes et se trouve subordonnée à la condition que le fonctionnaire ait interrompu son activité pour élever son enfant dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Quant aux enfants nés ou adoptés à partir du 1er janvier 2004, c'est le nouveau régime prévu à l'article 44 de la loi déférée qui s'applique (art. L. 9 CPCMR). Egalement ouvert aux hommes et aux femmes, il valide, dans la limite de trois ans par enfant, les périodes correspondant à un « temps partiel de droit pour élever un enfant » (50 %, 60 %, 70 % ou 80 %), à un congé parental, à un congé de présence parentale ou à une disponibilité pour élever un enfant de moins de huit ans.

Les requérants reprochaient à l'article 48 de la loi déférée d'être entaché d'incompétence négative (A), de rompre l'égalité (B) et de porter une atteinte injustifiée au principe de non rétroactivité (C).

A) Selon les auteurs des deux saisines, le législateur était resté en deçà de la compétence que lui confie l'article 34 de la Constitution « *en renvoyant au décret la détermination des conditions d'interruption d'activité ouvrant droit à cette bonification* ».

Si, aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires, il appartient au pouvoir réglementaire, en vertu du premier alinéa de son article 37, de déterminer les modalités de mise en oeuvre des garanties et principes fondamentaux posés par le législateur.

En vertu de la répartition des compétences ainsi voulue par le constituant, l'institution de la bonification prévue par l'article 48 de la loi déférée figure au nombre des garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires et relève du domaine de la loi. Il en va de même de la soumission de cette bonification à la condition que l'activité des intéressés ait été interrompue pour élever leurs enfants. En revanche, le législateur n'est pas resté en deçà de sa compétence en renvoyant à un décret la détermination des cas d'interruption.

B) Pour les requérants, la disposition critiquée entraînait une double rupture d'égalité :

en premier lieu, elle « réintroduirait une inégalité au sein du couple », les femmes étant incitées, pour bénéficier de la bonification, « à demeurer au foyer », tandis que les hommes seraient le plus souvent écartés du bénéfice de la mesure (a);

en second lieu, elle romprait l'égalité de traitement entre les fonctionnaires selon que leurs enfants sont nés avant ou après le 1er janvier 2004 et que leur pension est liquidée avant ou après le 28 mai 2003 (b).

a) La disposition critiquée tend à reconnaître le bénéfice d'une bonification à l'ensemble des fonctionnaires ayant élevé des enfants, sous réserve qu'ils aient interrompu leur activité pour assurer cette éducation.

Loin d'introduire une différence de traitement entre les femmes et les hommes, la disposition critiquée a pour objet, en reconnaissant les mêmes possibilités d'arbitrage aux deux parents, de mettre fin à la discrimination résultant de la législation antérieure.

Celle-ci avait été jugée non conforme au droit communautaire par le Conseil d'Etat [29 juillet 2002, Griesmar].

La pure et simple généralisation de la bonification pour enfant aurait été fort onéreuse.

Dans ces conditions, il est apparu aux pouvoirs publics que la meilleure solution serait, conformément aux préconisations de la Cour des comptes, de compenser aux fonctionnaires concernés (hommes et femmes) les seules interruptions de carrière indiscutablement liées à l'éducation des enfants.

Dans cette perspective, devraient normalement être assimilés aux services effectifs les congés parentaux, les disponibilités pour élever un enfant, ainsi que les périodes de temps partiel liées à l'exercice de la « parentalité ». Cette liste sera dressée par le décret prévu au cinquième alinéa de l'article 48 de la loi déférée.

b) L'autre moyen tiré d'une atteinte au principe d'égalité se bornait en vérité à dénoncer les inévitables conséquences de l'application de la loi dans le temps.

Sans doute le législateur, lorsqu'il fait le choix d'une date d'entrée en vigueur, ne doit-il pas la choisir de façon arbitraire.

Mais tel n'est pas le cas en l'espèce.

La date du 28 mai 2003 est celle à laquelle le projet d'où est issue la loi déférée a été délibéré en Conseil des ministres et porté à la connaissance du public.

Quant au 1er janvier 2004, c'est la date à partir de laquelle toute naissance ou adoption donne lieu, en vertu de l'article 44 de la loi déférée, à la validation des périodes où les fonctionnaires interrompent ou réduisent leur carrière pour élever l'enfant.

Les dates ainsi prévues par le législateur reposent sur des critères objectifs et rationnels.

C) L'article 48 porte-t-il une atteinte inconstitutionnelle au principe de non rétroactivité ?

Le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive. Dans les autres matières, le législateur peut adopter des dispositions rétroactives, à condition qu'elles soient justifiées par un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles [n° 2001-453 DC du 18 décembre 2001, cons. 27, Rec. p. 164 ; n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, cons. 4].

a) A supposer que la portée de l'article 48 soit rétroactive (c'est-à-dire que puissent être remises en cause les bonifications afférentes aux pensions liquidées entre le 28 mai 2003 et l'entrée en vigueur de l'article 48 de la loi déférée après publication de celle-ci au Journal officiel), un intérêt général suffisant pourrait justifier la mesure : que les fonctionnaires masculins touchés par la limite d'âge ne recourent pas systématiquement au juge administratif pour obtenir une bonification égale à celle des femmes fonctionnaires sur le fondement de la jurisprudence Griesmar du Conseil d'Etat de juillet 2002.

Outre le surcoût qu'il induirait (qui a pu être évalué à 80 millions d'euros), ce phénomène provoquerait un trouble administratif et pourrait conduire à des « effets d'aubaine ». Le Conseil admet que la prévention de pareils désordres constitue un motif d'intérêt général

justifiant une mesure rétroactive telle qu'une validation législative [n° 2002-458 DC du 7 février 2002, cons. 4, Rec. p. 80].

La non automaticité de la bonification pour enfant ne priverait pas non plus de garantie légale une exigence constitutionnelle puisque l'intangibilité du montant des pensions de retraite, même liquidées, n'a pas valeur constitutionnelle [n° 94-348 DC du 3 août 1994, cons. 14, Rec. p. 117].

b) En tout état de cause, le grief manquait en fait.

L'article 48 est sans incidence sur la situation des fonctionnaires ayant fait liquider leur retraite avant la promulgation de la loi déférée.

La pension est en effet calculée sur la base de la législation en vigueur à la date de l'ouverture des droits. Or il ressort des travaux parlementaires que le législateur n'a pas entendu remettre en cause les droits acquis par les titulaires de pensions déjà liquidées.

5) <u>Articles 51 et 66</u>

L'article 51 fixe de nouvelles règles de calcul des pensions des fonctionnaires. Il modifie pour cela les articles L. 13 à L. 17 CPCMR.

L'article 66 détermine le calendrier de mise en oeuvre des nouvelles règles.

Les requérants mettaient essentiellement en cause la nouvelle rédaction des articles L 13 et L. 17 CPCMR.

a) Le I du nouvel article L 13 CPCMR fait passer de 2% à 1,875% la contribution de chaque annuité au calcul de la pension.

Quant au I de l'article L. 14, dans sa rédaction issue de l'article 51 de la loi déférée, il institue une « décote ». Lorsque la durée d'assurance est inférieure au nombre de trimestres nécessaire pour obtenir une pension complète, un coefficient de minoration de 1,25 % par trimestre manquant s'applique au montant de la pension liquidée. Le nombre des trimestres manquants est calculé par rapport à l'âge limite du grade si la différence est plus favorable à l'intéressé. En outre, il est plafonné à vingt trimestres.

L'article 66 prévoit l'application progressive de ces dispositions. Ainsi, un mécanisme d'âge « pivot », annulant le coefficient de minoration quelle que soit la durée d'assurance, permet une montée en charge très progressive de 2006 à 2020.

Aucun principe, ni aucune règle de valeur constitutionnelle, n'impose :

- ni que la taux de chaque annuité liquidable soit constant dans le temps ;

- ni que la pension liquidée soit strictement proportionnelle à la durée d'assurance.

C'est dès lors à tort que les requérants estimaient les articles 51 et 66 de la loi déférée contraires à des exigences constitutionnelles inhérentes au droit à pension des fonctionnaires.

b) Par ailleurs, contrairement aux dires des requérants, le calcul du montant garanti de la pension ne varie pas de façon arbitraire en fonction de la date à laquelle il est procédé à ce calcul.

L'article L. 17 CPCMR, dans sa rédaction issue des cinq derniers alinéas de l'article 51 de la loi déférée, détermine, en fonction de la durée des services, le minimum de la pension.

Comme toutes les dispositions du code évoquant la liquidation des droits à pension, le nouvel article L. 17 CPCMR renvoie à la date d'ouverture des droits à pension.

Est applicable au calcul des droits la législation en vigueur à la date de :

- radiation des cadres si la pension est « à jouissance immédiate » (art. L. 24 CPCMR) ;

- « mise en paiement », au sens du nouvel article L. 25 CPCMR (ancienne notion de « pension à jouissance différée »), qui correspond à la date à laquelle l'intéressé, ayant atteint l'âge permettant d'obtenir la pension (voir ci-dessous à propos de l'article 54), fait valoir ses droits.

Il s'agit donc toujours d'une date objective, dépendant exclusivement de la situation du fonctionnaire et non de la diligence de l'administration.

6) <u>Article 54</u>

L'article 54 a pour objet de préciser les conditions dans lesquelles la jouissance d'une pension peut être différée, lorsqu'un fonctionnaire civil ou militaire ne remplit pas les conditions d'âge ou de durée de services requis pour l'ouverture immédiate de ses droits.

Il prévoit que, pour son application, « *les règles de liquidation de la pension sont celles en vigueur au moment de sa mise en paiement* ».

Selon les requérants, la référence à la réglementation en vigueur au moment de la mise en paiement était de nature à « *appliquer des règles différentes à des situations objectivement identiques* » et, partant, à rompre l'égalité entre fonctionnaires. En retenant un critère d'application de la loi qui peut varier d'un service à l'autre (au gré de l'encombrement ou de la diligence des bureaux), l'article 54 ne pouvait « *que conduire à appliquer des règles différentes à des situations objectivement identiques* ».

Comme il a été dit plus haut, cette argumentation négligeait que la législation sur la base de laquelle est opérée la liquidation de la pension n'est pas celle en vigueur à la date des opérations matérielles de calcul, mais celle en vigueur à la date de l'ouverture des droits. Les différences de traitement aléatoires dont se plaignaient les requérants ne sauraient donc se produire.