

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M. SIEGBERT ALBER

présentées le 22 février 2001¹

I — Introduction

1. La présente procédure préjudicielle a été introduite devant la Cour par le Conseil d'État (France). Elle soulève des questions sur la compatibilité avec le droit communautaire d'un régime national octroyant aux femmes le bénéfice d'une annuité pour chacun de leurs enfants. Le demandeur au principal (ci-après le «demandeur») est père de trois enfants et réclame donc la prise en compte de trois annuités en vertu de la disposition en cause, qu'il juge contraire au principe de l'égalité des rémunérations entre hommes et femmes dans la mesure où la bonification est réservée aux femmes.

2. La question se pose également de savoir si les dispositions communautaires dont il convient de faire application sont celles qui étaient applicables en 1991, à la date à laquelle les droits à pension ont été exercés, ou celles qui l'étaient en 1999, à la date de la demande préjudicielle.

1 — Langue originale: l'allemand.

II — Faits et procédure

3. Le demandeur est un «magistrat»² français qui, en tant que conseiller à la cour d'appel de Paris, a été détaché au ministère des Affaires étrangères pour exercer ensuite ses fonctions au service juridique de la Commission des Communautés européennes. Il a fait valoir ses droits à la retraite à compter du 15 février 1991. Sa pension a été liquidée par une décision (arrêté) du 1^{er} juillet 1991, portée à sa connaissance par une notification du 11 mai 1992. Elle a été calculée sur la seule base de ses années de services effectifs. Le demandeur conteste ce mode de calcul et réclame la prise en compte de trois annuités supplémentaires sur la base de l'article L. 12, sous b), du code des pensions civiles et militaires de retraite³, qui accorde aux fonctionnaires de sexe féminin une bonification pour chacun de leurs enfants.

4. Il estime que, par application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, notamment dans le domaine des rémunérations, il a lui aussi vocation, en tant que père de trois enfants, à bénéficier

2 — Il s'agit là d'un terme générique désignant hauts fonctionnaires, juges et représentants du ministère public.

3 — Pour le contenu de cette disposition, voir point 14 ci-dessous.

de cette bonification. Comme cet avantage lui a été refusé, il a saisi le Conseil d'État — compétent en premier et dernier ressort pour statuer sur les litiges intéressant les fonctionnaires nommés par décret, dont font partie les magistrats — d'un recours tendant à l'annulation de l'arrêté ayant liquidé sa pension sans tenir compte de la bonification d'annuités.

5. Par décision du 28 juillet 1999, la juridiction de renvoi a sursis à statuer et saisi la Cour à titre préjudiciel des questions suivantes:

«1) Les pensions servies par le régime français de retraite des fonctionnaires sont-elles au nombre des rémunérations visées à l'article 119 du traité de Rome (devenu, après modification, article 141 du traité instituant la Communauté européenne)?

Dans l'affirmative, eu égard aux stipulations du paragraphe 3 de l'article 6 de l'accord annexé au protocole n° 14 sur la politique sociale, le principe de l'égalité des rémunérations est-il méconnu par les dispositions de l'article L. 12 b) du code des pensions civiles et militaires de retraite?

2) Dans l'hypothèse où l'article 119 du traité de Rome ne serait pas applicable,

les dispositions de la directive n° 79/7 (CEE) du 19 décembre 1978 font-elles obstacle à ce que la France maintienne des dispositions telles que celles de l'article L. 12 b) du code des pensions civiles et militaires de retraite?»

6. Le demandeur, le gouvernement français, le gouvernement belge et la Commission ont pris part à la procédure devant la Cour.

III — Le droit applicable

a) *Les dispositions communautaires pertinentes*

7. L'article 119 du traité CE avait (en 1991, à la date où le demandeur a fait valoir ses droits à pension) le libellé suivant:

«Chaque État membre assure au cours de la première étape, et maintient par la suite, l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail.

Par rémunération, il faut entendre, au sens du présent article, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

2. Aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier.

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique:

L'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique:

a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure,

a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure;

b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail.»

b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail.

8. Après modification et renumérotation par le traité d'Amsterdam de 1997, c'est-à-dire avant la date de l'ordonnance de renvoi de 1999, cette disposition est devenue l'article 141 CE. Celui-ci dispose:

3. [...]

«1. Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.

4. 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 État 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 carrière professionnelle.»

L'article 3 dispose que:

9. Le contenu du paragraphe 4 cité au point précédent procède de l'article 6, paragraphe 3, de l'accord de 1993 cité au point suivant.

«1. La présente directive s'applique:

a) aux régimes légaux qui assurent une protection contre les risques suivants:

10. L'article 6 de l'accord du 1^{er} novembre 1993 annexé au protocole n° 14 sur la politique sociale, et mentionné dans la première question préjudicielle, présente dans ses deux premiers paragraphes un libellé identique à celui de l'ex-article 119 du traité CE. Le paragraphe 3, qui vient compléter cet article, dispose que:

— maladie,

— invalidité,

«3. Le présent article ne peut empêcher un État membre de maintenir ou d'adopter des mesures prévoyant des avantages spécifiques destinés à faciliter l'exercice d'une activité professionnelle par les femmes ou à prévenir ou compenser des désavantages dans leur carrière professionnelle.»

— vieillesse,

— accident du travail et maladie professionnelle,

11. Quant à la directive 79/7/CEE évoquée dans la deuxième question préjudicielle, il s'agit d'une directive du Conseil, 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 sociale⁴.

— chômage;

b) aux dispositions concernant l'aide sociale, dans la mesure où elles sont destinées à compléter les régimes visés sous a) ou à y suppléer.

4 — JO L 6, p. 24.

2. La présente directive ne s'applique pas aux dispositions concernant les prestations de survivants ni à celles concernant les prestations familiales, sauf s'il s'agit de prestations familiales accordées au titre de majorations des prestations dues en raison des risques visés au paragraphe 1 sous a).

— l'obligation de cotiser et le calcul des cotisations,

— le calcul des prestations, y compris les majorations dues au titre du conjoint et pour personne à charge et les conditions de durée et de maintien du droit aux prestations.

3. En vue d'assurer la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement dans les régimes professionnels, le Conseil arrêtera, sur proposition de la Commission, des dispositions qui en préciseront le contenu, la portée et les modalités d'application.»

2. Le principe de l'égalité de traitement ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme en raison de la maternité.»

12. L'article 4 de la directive dispose que:

13. L'article 7, paragraphe 1, sous b), est libellé comme suit:

«1. Le principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial, en particulier en ce qui concerne:

«1. La présente directive ne fait pas obstacle à la faculté qu'ont les États membres d'exclure de son champ d'application:

a) [...]

b) les avantages accordés en matière d'assurance vieillesse aux personnes qui ont élevé des enfants; l'acquisition de droits aux prestations à la suite de périodes d'interruption d'emploi dues à l'éducation des enfants;

— le champ d'application des régimes et les conditions d'accès aux régimes,

c) à e) [...]

c) à e) [...]»

2. [...]»

b) *Les dispositions nationales*

14. L'article L. 12, sous b), du code des pensions dispose, en substance, que:

«Aux services effectifs s'ajoutent, dans les conditions déterminées par règlement d'administration publique, les bonifications ci-après:

a) [...]

b) Bonifications accordées aux femmes fonctionnaires pour chacun de leurs enfants légitimes, de leurs enfants naturels dont la filiation est établie ou de leurs enfants adoptifs et, sous réserve qu'ils aient été élevés pendant neuf ans au moins avant leur vingtième année révolue, pour chacun des autres enfants énumérés au paragraphe II de l'article L. 18.

15. L'article L. 18 du code des pensions, auquel il est renvoyé, est une disposition relative à des majorations de pension de caractère familial et formulée en des termes neutres quant au sexe. L'article L. 18, paragraphe 1, dispose qu'une majoration de pension est accordée aux titulaires ayant élevé au moins trois enfants. Au paragraphe 2 suit une énumération des enfants qui sont considérés comme tels au sens de cette disposition. Outre les enfants déjà mentionnés à l'article L. 12, sous b), il s'agit des enfants du conjoint issus d'un mariage précédent, de ses enfants naturels dont la filiation est établie et de ses enfants adoptifs. Sont ensuite énumérées trois catégories d'enfants qui sous une forme ou une autre ont été placés par décision judiciaire sous la garde du titulaire de la pension, à savoir les enfants pour lesquels le titulaire exerce l'autorité parentale, ceux placés sous sa tutelle, et ceux qu'il a recueillis à son foyer en en assumant la charge.

16. L'article R. 13 du code des pensions vient en outre préciser davantage l'article L. 12, sous b). Il dispose:

«La bonification prévue à l'article L. 12, b, en faveur des femmes fonctionnaires est d'une année pour chacun de leurs enfants légitimes, naturels reconnus ainsi que pour chacun des autres enfants qui, à la date de

la radiation des cadres, ont été élevés dans les conditions et pendant la durée prévues audit article.»

qui ne pourrait être appliquée aux situations antérieures.

IV — Exposé des parties

Le demandeur

17. Le demandeur estime que la pension de fonctionnaire litigieuse est une «rémunération» au sens de l'article 119 du traité ou de l'article 141 CE. Il fonde sa thèse sur une analyse du régime des pensions de retraite des fonctionnaires français, d'une part, et sur la jurisprudence de la Cour⁵, d'autre part. En ce qui concerne la question de savoir si, compte tenu de l'article 6, paragraphe 3, de l'accord sur le protocole social, l'article L. 12, sous b), du code des pensions viole le principe de l'égalité de rémunération, le demandeur souligne que cette disposition n'est pas applicable en l'espèce, car la date pertinente pour apprécier la situation juridique est selon lui celle de l'adoption de la décision de liquidation de la pension, le 1^{er} juillet 1991, alors que le protocole sur la politique sociale n'a été signé que le 7 février 1992 et est entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993. Cette disposition constituerait une «règle nouvelle»

18. La réponse aux questions préjudicielles suppose selon lui une analyse de l'article L. 12, sous b), du code des pensions. De la seule lecture de ce texte, il résulterait que la bonification est accordée à des conditions différentes. D'une part, indique-t-il, en ce qui concerne les enfants légitimes, naturels et adoptifs, la bonification est accordée sans la condition de les avoir élevés, c'est-à-dire du seul fait d'en être la mère.

19. D'autre part, s'agissant des enfants mentionnés par renvoi à l'article L. 18 du code des pensions, la bonification est liée à la condition qu'ils aient été élevés pendant neuf ans au moins, mais sans nécessité d'un quelconque désavantage professionnel causé par l'éducation. De surcroît, observe-t-il, cette disposition ne concerne pas le demandeur, si bien qu'elle est ici dénuée d'importance.

20. La circonstance que la bonification n'est pas liée, dans le premier des cas régis par la loi, aux périodes d'indisponibilité entraînées par le congé de maternité, lequel pourrait constituer un éventuel désavantage de carrière, est confirmée par le fait, affirme-t-il, qu'elle est également accordée pour les enfants nés alors que la mère n'avait pas encore la qualité de fonctionnaire ou l'avait perdue, ainsi que dans les cas où elle n'était pas en activité de service.

5 — Arrêts du 28 septembre 1994, Beune (C-7/93, Rec. p. I-4471); du 13 mai 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607); du 6 octobre 1993, Ten Oever (C-109/91, Rec. p. I-4879), et du 14 décembre 1993, Moroni (C-110/91, Rec. p. I-6591).

La bonification n'est donc pas liée à un désavantage professionnel qui résulterait de l'obligation de la mère de prendre un congé de maternité. Les enfants adoptifs, ajoutait-il, y ouvrent d'ailleurs également droit.

21. Or, déduit-il, si la bonification est accordée du seul fait de la qualité de parent, on ne voit pas pourquoi les hommes, en tant que parents, sont exclus de ce régime. Le demandeur, qui, à la naissance de ses enfants, se trouvait en position de détachement, mérite d'être traité comme une femme fonctionnaire, qui, lors de la naissance de son enfant, n'était pas en activité de service mais détachée. Le fait que les fonctionnaires féminins aient dû prendre un congé de maternité dans l'institution dans laquelle elles étaient détachées ne saurait avoir d'incidence négative sur leur carrière dans leur corps d'origine.

22. Le demandeur en conclut qu'il est discriminé du fait de son sexe. La violation de l'article 119 du traité serait patente. Elle serait constituée même si l'article 6, paragraphe 3, de l'accord sur la politique sociale était applicable — ce qui, toujours selon le demandeur, n'est justement pas possible.

23. Le demandeur estime inutile de répondre à la deuxième question préjudicielle. Ses observations à ce sujet sont donc, affirme-t-il, de nature purement hypothétique. Comme il ne ferait aucun doute que l'article L. 12, sous b), du code des pen-

sions crée une discrimination fondée sur le sexe, la seule question à se poser serait celle de savoir si l'exception de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 79/7 est applicable. L'analyse de l'article L. 12, sous b), aurait montré qu'il ne s'agit pas, en raison de son étendue, d'une mesure de protection de la maternité.

24. L'article 7 de la directive 79/7 permet à un État membre d'exclure certaines dispositions du champ d'application de la directive. Le demandeur estime que seul l'article 7, paragraphe 1, sous b), est envisageable en l'espèce. Or il a déjà été démontré, selon lui, que l'avantage litigieux n'était pas lié au fait d'avoir «élevé» des enfants mais au seul fait d'être mère. L'exception ne serait donc pas applicable. Aussi l'article L. 12, sous b), du code des pensions méconnaîtrait-il également la directive 79/7.

Le gouvernement français

25. Le gouvernement français exprime des doutes sur le point de savoir si les pensions servies au titre du code des pensions constituent des 'rémunérations' au sens de l'article 119 du traité. Sur la base de l'arrêt Defrenne⁶, il y a lieu selon lui de considérer que les pensions instituées dans le cadre d'un régime légal de sécurité sociale ne sont

6 — Arrêt du 25 mai 1971 (80/70, Rec. p. 445, point 7).

pas des rémunérations au sens de l'article 119 du traité, mais qu'elles entrent dans le champ d'application de la directive 79/7 conformément à son article 3, paragraphe 1. Il s'interroge sur la qualification à donner au régime français des pensions de retraite des fonctionnaires, sachant qu'il est entièrement régi par la loi et s'applique à l'ensemble des fonctionnaires, lesquels, relève-t-il, pourraient être considérés comme une 'catégorie générale de travailleurs'⁷, tant par leur nombre que par l'uniformité des dispositions juridiques qui leur sont applicables.

26. Dans son arrêt *Beune*⁸, la Cour a fait entrer le régime néerlandais des pensions de retraite dans le champ d'application de l'article 119 du traité. Il existerait des différences et des similitudes entre les régimes français et néerlandais. À la différence du régime néerlandais, note-t-il, le régime français n'est pas un régime complémentaire, mais sert également la pension de base. Le régime de pension néerlandais repose sur la capitalisation des cotisations, qui sont gérées paritairement par un fonds de pension, alors que les pensions françaises résultent directement de la loi de finances.

27. Cependant, relève-t-il, le critère que la Cour a jugé déterminant est celui du lien direct entre la prestation et l'emploi occupé, ce qui se retrouve également dans

le régime français. Le gouvernement français admet donc que les pensions servies par le régime français pourraient être considérées comme des «rémunérations» au sens de l'article 119 du traité.

28. Le gouvernement français examine ensuite l'application dans le temps des articles 119 du traité CE, 141 CE et de l'accord annexé au protocole sur la politique sociale. Le traité de Maastricht n'a pas modifié le libellé initial de l'article 119 du traité. Le protocole sur la politique sociale a cependant été annexé à ce traité signé le 7 février 1992 et entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993. Le traité d'Amsterdam, signé le 2 octobre 1997 et entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, a donné à la disposition du traité sa forme actuelle à l'article 141 CE. Le protocole social ne figure pas dans la liste des protocoles abrogés par le traité d'Amsterdam à l'article 6, paragraphe 3, dudit traité. On doit donc considérer, selon le gouvernement français, que le protocole social reste applicable.

29. Pour répondre à la demande préjudicielle, il estime possible, d'une part, de considérer que la date pertinente pour apprécier la situation juridique est celle de l'adoption de l'arrêt de pension litigieux, le 1^{er} juillet 1991. Il estime également possible, d'autre part, de retenir la date de la demande préjudicielle du 28 juillet 1999. Si l'on se place à la première de ces dates, indique-t-il, c'est l'article 119 du traité CE dans sa version initiale qui est applicable; à la seconde, il s'agit de l'article 141 CE ainsi

7 — Voir arrêt *Defrenne* (précité note 6, point 7).

8 — Arrêt précité note 5.

que de l'article 6, paragraphe 3, de l'accord annexé au protocole n° 14 sur la politique sociale. Le gouvernement français examine en premier lieu la situation juridique à la date du prononcé de la décision de renvoi. Pour ce faire, il s'appuie directement sur l'article 141, paragraphe 4, CE et l'article 6, paragraphe 3, de l'accord annexé au protocole sur la politique sociale. L'article L. 12, sous b), du code des pensions est selon lui justifié en vertu de ces deux textes.

30. Les avantages spécifiques dont bénéficieraient les femmes indépendamment de leur représentation dans la fonction publique trouveraient leur justification dans l'article 6, paragraphe 3, de l'accord annexé au protocole social⁹. Deux phénomènes mériteraient à cet égard d'être particulièrement mis en avant. Il s'agirait, d'une part, du recours au congé parental et, d'autre part, de la durée de carrière comparée des femmes et des hommes. L'article 141, paragraphe 4, CE autorise quant à lui les avantages spécifiques visant à compenser des désavantages subis par le sexe sous-représenté. À cet égard, le gouvernement français souligne en particulier la sous-représentation des femmes dans les postes supérieurs et, d'autre part, les effets du recours au travail à temps partiel.

31. À l'audience, le gouvernement français a exposé que, si l'article 119 du traité était sans doute applicable en l'espèce, il n'en convenait pas moins de tenir compte des évolutions manifestées par l'article 6, paragraphe 3, de l'accord annexé au protocole

social et l'article 141, paragraphe 4, CE. Dans ses arrêts *Abrahamsson et Anderson*¹⁰ et *Badeck e.a.*¹¹, la Cour aurait d'ailleurs apprécié les dispositions nationales respectives à l'aune de l'article 141, paragraphe 4, CE, bien qu'elles eussent été adoptées avant celui-ci.

32. S'agissant de l'article 119 du traité, le gouvernement français estime que cette disposition autorisait déjà, dans sa version initiale, la compensation de désavantages de carrière des personnels féminins. L'article L. 12, sous b), du code des pensions serait donc à cet égard justifié en tout état de cause. Il viserait à tenir compte d'une réalité sociale à laquelle se heurteraient les femmes dans l'évolution de leur carrière du fait du rôle déterminant qui leur est assigné dans l'éducation des enfants. La disposition en cause aurait pour objet de compenser les désavantages et difficultés dans l'évolution de carrière des femmes fonctionnaires ayant eu des enfants, quand bien même celles-ci n'auraient pas arrêté de travailler pendant l'éducation de leurs enfants.

33. Les statistiques jointes au mémoire feraient ressortir que les femmes sont de loin minoritaires dans les postes supérieurs de la fonction publique. Cela s'expliquerait par le fait que les femmes ayant des enfants seraient jugées moins disponibles pour leur activité professionnelle. L'évolution de carrière des femmes serait ainsi plus longue que celle des hommes, puisqu'on ne leur

9 — Voir ci-dessus, point 10.

10 — Arrêt du 6 juillet 2000 (C-407/98, Rec. p. I-5539).

11 — Arrêt du 28 mars 2000 (C-158/97, Rec. p. I-1875).

confierait pas les mêmes postes. Cela aurait une influence directe sur les pensions, compte tenu du mode de calcul des prestations de retraite des fonctionnaires en France. L'article L. 12, sous b), aurait pour objectif de compenser ces différences. Il s'agirait de compenser les désavantages réels en matière de rémunération pouvant être constatés dans la vie professionnelle des femmes ayant des enfants.

34. Au cours de la procédure, cette disposition aurait par ailleurs été critiquée comme présentant un caractère trop général. Il convient selon lui d'objecter à ce grief que la disposition n'avantage pas les femmes de manière générale, mais seulement celles qui ont eu des enfants. Il ressortirait des statistiques de la fonction publique française que les femmes n'ayant pas eu d'enfants ne rencontreraient pas les mêmes difficultés dans l'évolution de leur carrière.

35. Le principe de l'égalité de rémunération ne serait donc pas enfreint par l'article L. 12, sous b), du code des pensions. Cette analyse serait confirmée par les arrêts Kalanke¹², Marschall¹³, Badeck e.a.¹⁴ et Abdoulaye¹⁵. Ce n'est que pour le cas où la Cour ne considérerait pas la pension des fonctionnaires comme une «rémunération» au sens de l'article 119 du traité CE que le gouvernement français invoque à titre sub-

sidaire l'application de l'article 7, paragraphe 1, sous b), de la directive 79/7. Un lien entre la bonification et l'éducation des enfants serait explicitement établi.

36. Au seul cas où la Cour ne suivrait pas l'argumentation du gouvernement français, ce dernier conclut à la limitation dans le temps des effets de l'arrêt. Il précise que, devant une telle demande, la Cour examine en principe si l'interprétation erronée qu'un État membre a faite d'une règle de droit communautaire résulte d'une incertitude juridique. À cet égard également, le gouvernement français souligne le bien-fondé de son attitude compte tenu des arrêts Kalanke¹⁶, Marschall¹⁷, Badeck e.a.¹⁸ et Abdoulaye e.a.¹⁹.

Le gouvernement belge

37. Pour répondre à la question de savoir si la pension française de fonctionnaire est une «rémunération» au sens de l'article 119 du traité, le gouvernement belge renvoie à l'arrêt Barber²⁰, dans lequel la Cour a expressément indiqué «qu'on ne saurait inclure dans cette notion [...] les régimes ou prestations de sécurité sociale,

12 — Arrêt du 17 octobre 1995 (C-450/93, Rec. p. I-3051).

13 — Arrêt du 11 novembre 1997 (C-409/95, Rec. p. I-6363).

14 — Précité note 11.

15 — Arrêt du 16 septembre 1999 (C-218/98, Rec. p. I-5723).

16 — Précité note 12.

17 — Précité note 13.

18 — Précité note 11.

19 — Précité note 15.

20 — Arrêt du 17 mai 1990 (C-262/88, Rec. p. I-1889, point 22).

notamment les pensions de retraite, directement réglés par la loi à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle intéressée, obligatoirement applicables à des catégories générales de travailleurs».

bonification litigieuse relève selon lui de cette exception, qu'il estime toujours applicable, si bien que la disposition litigieuse n'enfreindrait pas le principe d'égalité de traitement.

38. Le gouvernement belge souligne ensuite que le règlement (CEE) n° 1408/71²¹ est applicable aux régimes spéciaux des fonctionnaires, tant sur le plan personnel²² que matériel, l'article 1^{er}, sous j bis), définissant la notion de «régime spécial des fonctionnaires» comme «tout régime de sécurité sociale qui est différent du régime général applicable aux travailleurs salariés dans les États membres concernés et auquel tous les fonctionnaires ou tout le personnel assimilé ou certaines catégories d'entre eux sont directement soumis».

La Commission

40. Se référant aux arrêts Beune²³ et Evrenopoulos²⁴, la Commission estime que les pensions françaises de retraite des fonctionnaires présentent un caractère de rémunération. Sur la question de la compatibilité de l'article L. 12, sous b), du code des pensions avec le principe de l'égalité de rémunération, la Commission indique que, selon le libellé de cette disposition, le critère déterminant de l'octroi de la bonification est le fait d'avoir eu des enfants. Si tel est le cas, poursuit-elle, il est difficile de comprendre pourquoi la bonification n'est pas également octroyée aux fonctionnaires de sexe masculin qui sont pères de famille. La Cour aurait mis en évidence, dans le contexte de la directive 76/207/CEE²⁵, que les travailleurs, dans leur qualité de parents, sont tout à la fois des travailleurs masculins et féminins²⁶. La Commission estime que l'octroi d'une bonification aux femmes fonctionnaires en leur qualité de parent constitue une discrimination directe du fonctionnaire en tant que parent masculin.

39. Comme le régime français des pensions des fonctionnaires entre dans le champ d'application du règlement n° 1408/71, on peut selon lui considérer, par application des critères fixés dans l'arrêt Barber, que les pensions servies par ce régime ne constituent pas des «rémunérations» au sens de l'article 119 du traité. En ce qui concerne la seconde question préjudicielle, le gouvernement belge renvoie à l'article 7, paragraphe 1, sous b), de la directive 79/7. La

23 — Précité note 5.

24 — Arrêt du 17 avril 1997 (C-147/95, Rec. p. I-2057).

25 — Directive du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40).

26 — Arrêt du 25 octobre 1988, Commission/France (312/86, Rec. p. 6315).

21 — Règlement du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, tel que modifié par le règlement (CE) n° 1606/98, du Conseil, du 29 juin 1998 (JO L 209, p. 1).

22 — Voir article 1^{er}, sous a), i), du règlement n° 1408/71, tel que modifié par le règlement n° 1606/98.

41. Il conviendrait enfin de poser la question de l'applicabilité du «protocole Barber»²⁷. Ce dernier, qui est entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993, prévoit que «Aux fins de l'application de l'article 119, des prestations en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale ne seront pas considérées comme rémunération si et dans la mesure où elles peuvent être attribuées aux périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990, exception faite pour les travailleurs ou leurs ayants droit qui ont, avant cette date, engagé une action en justice ou introduit une réclamation équivalente selon le droit national applicable».

42. Il n'est pas contesté, relève-t-elle, que les bonifications litigieuses se rattachent à la date de la liquidation de la pension, c'est-à-dire à une date postérieure au 17 mai 1990. Elle en conclut que le protocole Barber est inapplicable *ratione temporis*. L'avantage qu'accorde l'article L. 12, sous b), du code des pensions ne pourrait pas non plus être qualifié de «mesure d'action positive» au sens de l'article 6, paragraphe 3, de l'accord annexé au protocole sur la politique sociale. Réserver le bénéfice de la prestation aux seules femmes fonctionnaires dépasse selon elle les limites de l'exception. La Commission soutient par conséquent la thèse selon laquelle l'article L. 12, sous b), du code des pensions n'est pas compatible avec l'article 119 du traité ou l'article 141 CE.

43. La Commission n'examine la seconde question préjudicielle qu'à titre subsidiaire

²⁷ — Protocole n° 2 sur l'article 119 du traité instituant la Communauté européenne.

puisque celle-ci n'a été posée, relève-t-elle, que pour le cas où l'article 119 du traité ne serait pas applicable et qu'elle s'est toutefois prononcée en faveur de l'applicabilité dudit article. Que l'article 7, paragraphe 1, sous b), de la directive 79/7 prévoit une exception au principe d'égalité de traitement en faveur des personnes ayant élevé des enfants ne signifie pas, selon elle, que la même exception s'applique lorsqu'un État membre attache un avantage au seul fait d'avoir eu des enfants.

V — Analyse

44. Il convient au préalable de répondre à la question de savoir laquelle des dispositions évoquées est applicable *ratione temporis* à la présente affaire. Ainsi qu'il ressort des observations des parties, la date pertinente envisageable est soit celle de la décision attaquée, c'est-à-dire le 1^{er} juillet 1991, soit celle de la demande préjudicielle, c'est-à-dire le 28 juillet 1999. À la première de ces dates, la disposition applicable était l'article 119 du traité CEE dans sa version initiale, qui ne prévoyait pas encore (expressément) la possibilité d'octroyer des avantages spécifiques destinés à compenser des désavantages professionnels. À la dernière de ces dates, c'est l'article 141 CE qui est applicable, lequel prévoit cette possibilité dans son paragraphe 4. Si l'on se place à la date de la demande préjudicielle, on peut également recourir à l'article 6, paragraphe 3, de l'accord annexé au protocole social, qui est entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993 et prévoit également

cette possibilité. On ne saurait toutefois exclure a priori qu'il puisse servir à l'interprétation et à la compréhension de l'article 119 du traité.

45. Lors de l'audience, la mandataire ad litem du demandeur a mis l'accent sur le fait qu'il appartenait à la juridiction de renvoi de se prononcer au regard du droit en vigueur à la date d'adoption de la décision attaquée. Il convient donc d'abord d'apprécier les questions préjudicielles sur la base de la date d'adoption de la décision de pension attaquée, c'est-à-dire en faisant application de l'article 119 du traité dans sa version initiale. Cette façon de procéder apparaît d'ailleurs pertinente, puisque la révision de cette disposition, devenue ensuite l'article 141 CE, n'a pas entraîné de modification fondamentale de la notion de rémunération en tant que telle. Si donc la bonification s'avérait compatible avec l'article 119 du traité, la question préalable du droit applicable serait superflue.

46. L'article 119 du traité impose à chaque État membre, en son paragraphe 1, d'assurer l'application du principe d'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur. Aux termes du paragraphe 2 de cette disposition, il faut entendre par rémunération au sens dudit article le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimal, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier. Comme il ne s'agit

pas, en l'espèce, d'une rémunération versée dans le cadre d'un rapport d'emploi actif, mais d'une prestation de retraite, il ne peut s'agir que d'un «autre avantage» payé par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi.

47. L'employeur de la fonction publique est l'État. Il en va de même dans la fonction publique française, où les rémunérations sont versées par l'État et où — ainsi qu'il a été expressément exposé dans le cadre de la présente procédure — les paiements sont fondés sur la loi de finances. Dans la mesure où les pensions de retraite sont servies par un régime général d'assurance vieillesse pour fonctionnaires, la question se pose de savoir si l'arrêt Defrenne²⁸ ne s'oppose pas à l'intégration de ces prestations dans la notion de rémunération. La Cour y a en effet jugé que l'on «ne saurait [...] inclure dans cette notion [...] les régimes ou prestations de sécurité sociale, notamment les pensions de retraite, directement réglés par la loi à l'exclusion de tout élément de concertation au sein de l'entreprise ou de la branche professionnelle intéressée, obligatoirement applicables à des catégories générales de travailleurs»²⁹.

48. À l'inverse, la Cour a toutefois inclus³⁰ dans la notion de rémunération des prestations d'un régime conventionnel de pension d'entreprise, servies en complément de celles du régime légal d'assurance sociale,

28 — Arrêt précité note 6.

29 — Voir arrêt Defrenne (précité note 6, point 7).

30 — Voir arrêt Bilka (précité note 5, points 20 à 22).

d'application générale. Le fait qu'un régime professionnel de pension de retraite soit prévu par la loi et se substitue pour partie au régime légal général n'a pas non plus empêché la Cour d'inclure dans la notion de rémunération les pensions versées par un tel régime³¹. Même l'entrée en vigueur de la directive 86/378/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale³² n'a en rien modifié l'appréciation de la Cour, qui considère les prestations vieillesse d'un régime professionnel complémentaire comme des «rémunérations» au sens de l'article 119 du traité et les inégalités de traitement susceptibles d'être constatées à l'aide des seuls critères d'«identité du travail» et d'«égalité de rémunération», retenus par ledit article, comme une discrimination interdite³³.

49. C'est dans l'affaire Beune³⁴ que la Cour a dû pour la première fois se prononcer sur un régime d'assurance vieillesse relevant du droit de la fonction publique. Il s'agissait en l'occurrence du régime néerlandais des pensions de retraite de la fonction publique, qui était régi légalement. Les pensions de vieillesse de la fonction publique y étaient structurées de telle sorte que les fonctionnaires retraités étaient d'abord renvoyés aux prestations du régime légal de pension, dans la mesure où ils y avaient droit, prestations auxquelles venaient s'ajouter celles d'un régime de retraite de la fonction publique.

50. Dans les conclusions qu'il a présentées dans cette affaire³⁵, l'avocat général Jacobs a, sur la base de la jurisprudence antérieure, dégagé quatre critères permettant de qualifier la prestation au regard de l'article 119 du traité. Ceux-ci se rapportent à la base légale, au caractère conventionnel, au financement, à la généralité de la catégorie de travailleurs auxquels le régime s'applique et au caractère complémentaire de ce régime. La Cour a en outre souligné l'importance de la relation entre la prestation et l'emploi du travailleur³⁶.

51. En qualifiant la prestation dans l'affaire Beune, la Cour a relevé qu'une base légale ne suffisait pas en soi à soustraire une prestation du champ d'application de l'article 119 du traité³⁷. Le critère de la concertation entre employeurs et représentants du personnel n'est constitué, a-t-elle ajouté, que si elle aboutit à un accord formel. La fonction publique connaît également des procédures de consultation qui n'aboutissent pas nécessairement à un accord³⁸. L'applicabilité de l'article 119 du traité n'est pas non plus subordonnée au caractère *complémentaire* de la prestation³⁹. En ce qui concerne le financement du régime, la Cour a constaté qu'il était certes géré selon des règles analogues à

31 — Voir arrêt Barber (précité note 20, points 16 et 30).

32 — Directive du Conseil, du 24 juillet 1986 (JO L 225, p. 40).

33 — Voir arrêt Moroni (précité note 5, points 22 à 26).

34 — Arrêt précité note 5.

35 — Conclusions du 27 avril 1994 (arrêt précité note 5).

36 — Arrêt Beune (précité note 5, point 23).

37 — Ibidem, point 26.

38 — Ibidem, point 32.

39 — Ibidem, point 37.

celles d'un fonds de pension professionnel. Ces caractéristiques ne le distinguent pas substantiellement de certains régimes relevant de la directive 79/7⁴⁰. La possibilité de versements supplémentaires effectués par l'État présente également à cet égard de l'importance⁴¹.

52. S'agissant de la notion de «catégories générales de travailleurs», la Cour admet qu'elle «peut difficilement s'appliquer à un groupe particulier de travailleurs tel que celui des fonctionnaires»⁴².

53. En définitive, seul le critère tiré de la constatation «que la pension est versée au travailleur en raison de la relation de travail entre l'intéressé et son ancien employeur» revêtait un caractère déterminant⁴³. La pension qui «n'intéresse qu'une catégorie particulière de travailleurs, [qui] est directement fonction du temps de service accompli, et [dont le] montant est calculé sur la base du dernier traitement du fonctionnaire»⁴⁴ est une pension versée par l'employeur public qui est comparable à celle que verserait un employeur privé à ses anciens salariés⁴⁵, si bien qu'il convient de la considérer comme une «rémunération» au sens de l'article 119 du traité.

54. La Cour a confirmé cette jurisprudence dans son arrêt Evrenopoulos⁴⁶. Cette affaire portait sur la qualification d'un régime de pensions destiné aux agents d'un organisme public⁴⁷. Il avait été créé par la loi et n'était régi que par celle-ci. La Cour a considéré une pension de survie prévue par ce «régime professionnel de pensions»⁴⁸ comme une «rémunération» au sens de l'article 119 du traité par application des principes posés dans l'arrêt Beune⁴⁹.

55. À la différence de l'affaire Beune, l'affaire Evrenopoulos ne concernait pas un régime de retraite pour fonctionnaires mais un régime professionnel de pensions, les relations d'emploi étant soumises au droit privé. C'est donc uniquement l'arrêt Beune qui peut être pertinent en l'espèce, puisque la Cour n'a sinon encore jamais été appelée à se prononcer sur le caractère de rémunération, au sens de l'article 119 du traité, de pensions versées par un régime relevant du droit de la fonction publique. L'arrêt Beune ne peut faire jurisprudence en l'espèce que si les caractéristiques essentielles du régime français des pensions de retraite concordent avec le régime de pensions qui était soumis à la Cour dans cette affaire.

56. Au vu des informations disponibles, le régime des pensions de retraite applicable dans la présente affaire repose lui-même

40 — Ibidem, point 39.

41 — Ibidem, point 40.

42 — Ibidem, point 42.

43 — Ibidem, point 43.

44 — Ibidem, point 45.

45 — Ibidem, point 45.

46 — Précité note 24.

47 — Ibidem, point 3.

48 — Ibidem, point 22.

49 — Points 19 et 20 (précité note 5).

entièrement sur la loi. Cela ne suffit toutefois pas à le soustraire du champ d'application de l'article 119 du traité, ainsi qu'il ressort de l'arrêt Beune. Cette organisation légale du régime suppose qu'il ne soit pas fondé sur un accord formel entre employeurs et représentants des salariés, même si des procédures de consultation sont menées ou qu'elles étaient requises. Le régime français des pensions de retraite des fonctionnaires n'a incontestablement pas un caractère complémentaire, mais constitue la retraite de base des agents qui relèvent de ce régime. Toutefois, selon l'arrêt Beune, l'applicabilité de l'article 119 du traité ne dépend pas du point de savoir s'il s'agit d'une pension de base ou d'une pension complémentaire.

57. Le financement du régime des pensions de retraite repose sur la loi de finances. Il se distingue à cet égard de façon substantielle tant d'un régime de fonds de pension professionnel que du régime de retraite soumis à l'appréciation de la Cour dans l'affaire Beune, dont la gestion était toutefois analogue à celle d'un fonds de pension professionnel. En tout état de cause, l'État, en tant qu'employeur, est également garant du financement du régime de pension avec les moyens qui lui sont offerts — c'est-à-dire la législation et ses modalités d'application dans la loi de finances. Le financement se distingue à cet égard tant de celui d'un régime de pension professionnel que de celui du régime général d'assurance pension, qui est en principe alimenté par des cotisations des employeurs et des salariés, étant entendu que l'État peut être tenu d'opérer des versements complémentaires.

58. Il est difficile de ne retenir que le mode de financement pour rattacher le régime des pensions de retraite à la notion de rémunération au sens de l'article 119 du traité ou pour l'en soustraire. Il ne fait aucun doute que c'est l'État, en tant qu'employeur, qui assure le financement des pensions. D'un autre côté, l'État n'est pas comparable à un employeur privé et ce sont des fonds publics qui sont utilisés pour servir les prestations. Le régime des pensions de retraite est en tout cas un régime légal obligatoire d'assurance vieillesse pour les agents de la fonction publique. Il présente à cet égard des traits qui permettent tout à fait de le comparer au régime légal général de pension des travailleurs employés dans le secteur privé.

59. Quant à la question de savoir si les fonctionnaires constituent une «catégorie générale de travailleurs», la Cour ne s'est, même dans l'arrêt Beune, prononcée que de façon hésitante, en admettant que le «groupe professionnel spécifique» des fonctionnaires pouvait «difficilement» être considéré comme une catégorie générale de travailleurs.

60. Dans la mesure où il s'agit d'un régime obligatoire d'assurance vieillesse pour les agents de la fonction publique, nous partageons tout à fait les doutes du gouvernement français et du gouvernement belge sur l'assimilation des pensions de retraite des fonctionnaires à un régime de pension professionnel. Mais comme la Cour a considéré que l'«emploi» au sens de l'arti-

cle 119 du traité constituait le seul critère déterminant, relativisant ainsi sa jurisprudence antérieure sur les différents critères, c'est également ce critère qu'il convient ici de retenir.

l'égalité de rémunération, sans discrimination fondée sur le sexe, implique:

«a) que la rémunération accordée pour un même travail payé à la tâche soit établie sur la base d'une même unité de mesure,

b) que la rémunération accordée pour un travail payé au temps soit la même pour un même poste de travail».

61. Au sens de cette jurisprudence, la question déterminante est donc de savoir s'il est possible de définir les prestations de retraite sur la seule base des critères «même travail» et «même rémunération» qui découlent directement de l'article 119 du traité. Tel que le régime français des pensions de retraite des fonctionnaires a été présenté en l'espèce, on doit vraisemblablement considérer qu'il s'agit d'une assurance vieillesse pour «une catégorie particulière de travailleurs», qui «est directement fonction du temps de service accompli» et dont le «montant est calculé sur la base du dernier traitement du fonctionnaire»⁵⁰. Aussi convient-il de fonder la suite de l'analyse sur le fait que les pensions servies par le régime français de retraite des fonctionnaires constituent une «rémunération» au sens de l'article 119 du traité.

63. La question qui fait l'objet de la présente affaire ne peut toutefois rentrer dans ces catégories. Cela s'explique par plusieurs raisons. En premier lieu, il ne s'agit pas d'une rémunération versée au titre d'une activité professionnelle, mais d'une prestation de retraite. Son montant est lui-même fonction de différents facteurs tels que le nombre d'annuités, d'une part, et le montant de la rémunération perçue durant les six derniers mois d'activité de service, d'autre part. Enfin, le régime des bonifications prévu à l'article L. 12, sous b), du code des pensions n'est pas directement lié à l'activité exercée, mais est destiné et de nature à compenser certaines difficultés que le fonctionnaire a rencontrées au cours de sa carrière. La bonification litigieuse en faveur des femmes fonctionnaires ayant eu des enfants n'en est donc qu'une parmi d'autres.

62. Il convient donc d'examiner si la bonification litigieuse constitue une inégalité de traitement interdite fondée sur le sexe. En vertu de la définition légale qu'en donne l'article 119, troisième alinéa, du traité,

50 — Voir, à cet égard, l'arrêt *Beune* (précité note 5, point 45).

64. Ainsi l'article L. 12, sous a), du code des pensions prévoit-il une bonification pour les services rendus hors d'Europe («bonification de dépaysement»). Les articles L. 12, sous c), L. 12, sous d), L. 12, sous e), et L. 12 sous f), du code des pensions prévoient des bonifications, notamment, pour différents types de services rendus en temps de guerre, dans l'armée, dans des régions occupées, dans des localités bombardées, lors d'opérations militaires, etc. L'article L. 12, sous g), du code des pensions accorde une bonification aux déportés politiques. L'article L. 12, sous h), du code des pensions octroie une bonification aux professeurs d'enseignement technique au titre du stage professionnel exigé pour avoir le droit de se présenter au concours par lequel ils ont été recrutés. L'article L. 12, sous i), du code des pensions règle les détails d'une bonification en faveur de militaires.

65. L'accès au système des bonifications est en principe ouvert aussi bien aux hommes qu'aux femmes. Selon la catégorie dont relève la bonification considérée, un sexe est simplement beaucoup plus à même que l'autre de remplir les conditions matérielles qui y ouvrent droit. Le système de bonifications présente à cet égard des traits qui permettent de le comparer au système des conditions régissant l'admission prioritaire au stage juridique préparatoire, qui était soumis à l'appréciation de la Cour dans l'affaire Schnorbus⁵¹. Seuls des hommes pouvaient, en vertu de la loi, remplir le

critère d'un service militaire obligatoire, qui justifiait l'admission prioritaire. La Cour y a vu une discrimination indirecte fondée sur le sexe⁵², mais qui était justifiée dans les circonstances données⁵³.

66. Il convient ainsi d'examiner si l'article L. 12, sous b), du code des pensions entraîne une discrimination illicite fondée sur le sexe. En tant que cette disposition ne s'applique qu'aux femmes, une inégalité de traitement liée au sexe est formellement constituée. Ce n'est toutefois pas l'appartenance au sexe féminin qui à elle seule ouvre droit à la bonification litigieuse. Il convient ainsi de soumettre ses autres conditions à un examen plus approfondi.

67. La bonification se rattache à la maternité au sens large. Il y a lieu à cet égard de distinguer la maternité biologique de celle qui découle de raisons juridiques⁵⁴. L'article L. 12, sous b), du code des pensions suit en principe cette division. En ce qui concerne les enfants biologiques, aucune autre preuve que la maternité n'est exigée pour ouvrir droit à la bonification. S'agissant de la maternité à l'égard des enfants pour raisons juridiques, la bonification est en outre liée à la condition que l'enfant mineur ait été «élevé» pendant au moins neuf ans.

52 — Ibidem, points 32, 43 et 44.

53 — Ibidem, point 47.

54 — Dans un souci de simplification, on utilisera ci-après ces notions comme termes génériques pour désigner différentes situations.

51 — Arrêt du 7 décembre 2000 (C-79/99, Rec. p. I-10997).

68. Il semble néanmoins exister une contradiction en ce qui concerne les enfants adoptifs. La disposition telle que modifiée par la loi n° 82-599, du 13 juillet 1982⁵⁵ et actuellement en vigueur impose de les traiter comme les enfants biologiques. Le texte antérieur, fondé sur la loi n° 64-1339, du 26 décembre 1964⁵⁶, maintenait clairement la distinction entre enfants biologiques, pour lesquels il n'était pas nécessaire de prouver de les avoir élevés pendant une certaine période, et enfants pour raisons juridiques, pour lesquels la bonification avait été subordonnée à la condition de neuf années d'éducation. La distinction indiquée entre enfants biologiques et enfants pour raisons juridiques est d'ailleurs également reprise dans la disposition portant mise en œuvre de l'article L. 12, sous b), du code des pensions, à savoir l'article R. 13 du code des pensions. Les motifs ayant conduit le législateur à assimiler les enfants adoptifs aux enfants biologiques en 1982 n'ont pas été évoqués dans le cadre de la présente procédure. Il nous est ici également possible d'ignorer ce point pour l'instant.

69. Pour apprécier la question de l'existence d'une inégalité de traitement fondée sur le sexe, il convient d'abord d'examiner

si la maternité au sens de cette disposition doit s'entendre comme ayant une signification équivalente à celle de «qualité de parent» ou s'il existe des raisons objectives de considérer maternité et qualité de parent de façon différente du point de vue du droit des pensions. Il faut à cette fin retenir la distinction entre enfants biologiques et enfants pour raisons juridiques. Le demandeur a d'ailleurs expressément fait valoir qu'il souhaitait être placé dans la même position que la mère d'enfants biologiques, dont la bonification n'est liée à aucune autre preuve.

70. La mère d'enfants biologiques prend, en ce qui concerne son activité professionnelle, une place particulière avant, pendant et après la naissance. Elle lui vient au premier chef des dispositions légales relatives à la protection de la maternité, qui vont de l'interdiction d'emploi⁵⁷ au congé minimal⁵⁸, en passant par le congé maternité prolongé, à caractère facultatif⁵⁹. Mais la future mère se voit aussi appliquer des dispositions protectrices dès sa période de grossesse⁶⁰, dispositions qui ont une incidence restrictive sur l'activité professionnelle et interdisent que la femme enceinte

55 — *Journal officiel de la République française* du 14 juillet 1982, p. 2239.

56 — *Journal officiel de la République française* du 30 décembre 1964, p. 11835; on y lit à l'article 12, sous b): «Bonification accordée aux femmes fonctionnaires pour chacun de leurs enfants légitimes, naturels reconnus et, sous réserve qu'ils aient été élevés pendant neuf ans au moins au cours de leur minorité, pour chacun de leurs enfants adoptifs ou issus d'un mariage précédent du mari ou ayant fait l'objet d'une délégation judiciaire des droits de puissance paternelle en application des articles 17 (1^{er} et 3^e alinéas) et 20 de la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés.»

57 — Voir arrêts du 12 juillet 1984, Hofmann (184/83, Rec. p. 3047, point 9); du 3 février 2000, Mahlburg (C-207/98, Rec. p. I-549, points 6, 7 et 29), et du 23 novembre 2000, Elsen (C-135/99, Rec. p. I-10409, point 7).

58 — Voir article 8 de la directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (dixième directive particulière au sens de l'article 16 paragraphe 1 de la directive 89/391/CEE (JO L 348, p. 1).

59 — Voir arrêt Hofmann (précité note 57).

60 — Voir directive 76/207, article 2, paragraphes 2 et 3, et directive 92/85; voir également l'arrêt Mahlburg (précité note 57, points 6, 7 et 25).

soit employée à certaines tâches⁶¹. Des dispositions analogues s'appliquent également durant la période d'allaitement⁶², lesquelles peuvent avoir un effet restrictif comparable. L'aspect physiologique de la maternité soumet la femme à certaines contraintes spécifiques, dont le législateur tient compte et qui ont un impact sur la vie professionnelle⁶³.

71. Ces circonstances nécessairement liées à la maternité sont des raisons objectives qui, au-delà des mesures de protection particulières, justifient une compensation spécifique aux femmes. La grossesse, la naissance et la période d'allaitement sont des situations qu'un homme ne peut connaître et qui ne sauraient être assimilées à l'état d'un homme qui est père⁶⁴. La prise en compte de la maternité en tant que telle dans le calcul de la pension en vue de compenser des désavantages de carrière n'apparaît donc pas, en principe, constituer une discrimination injustifiée en raison du sexe. Ainsi les désavantages ne sont-ils pas non plus nécessairement liés au fait que la maternité soit intervenue durant l'activité de service ou, le cas échéant, antérieurement à l'entrée dans la fonction publique. La maternité peut par exemple avoir déjà retardé la formation⁶⁵, repoussant ainsi d'autant l'entrée dans la fonction publique, ce qui s'analyse également comme un désavantage dans la carrière de la femme

fonctionnaire. Même si une femme était déjà employée dans la fonction publique durant les périodes d'indisponibilité liées à la maternité, sans toutefois occuper son poste — ainsi que l'a exposé le demandeur —, soit du fait d'un détachement soit pour d'autres raisons de service⁶⁶, cela n'exclut nullement l'existence de désavantages liés à la maternité. En effet, lors d'un détachement, les dispositions relatives à la protection de la maternité doivent être également respectées par l'organe d'affectation du fonctionnaire, avec les restrictions qui s'y attachent. Aussi, même dans ces circonstances, faut-il globalement s'attendre à ce que des désavantages affectent toute l'activité professionnelle. L'octroi d'une bonification à la maternité biologique lors de la liquidation de la pension semble donc objectivement justifié.

72. Il convient toutefois également d'examiner si, dans les autres cas d'ouverture, le fait d'avoir réservé la bonification aux femmes est justifié par des raisons objectives — bien que le demandeur se fonde expressément sur le premier cas d'application de l'article L. 12, sous b), du code des pensions.

73. C'est l'aspect social de la maternité qui, dans tous ces autres cas, constitue le point de rattachement. Dans cette mesure, l'argumentation du demandeur, selon laquelle

61 — Voir arrêt *Mahlburg* (précité note 57).

62 — Voir directive 92/85.

63 — Voir, par exemple, l'énumération figurant dans l'arrêt *Abdoulaye e.a.* (précité note 15, point 19); voir également les conclusions que l'avocat général Alber a présentées le 3 juin 1999, point 56.

64 — Voir arrêt du 13 février 1996, *Gillespie e.a.* (C-342/93, Rec. p. I-475, point 17).

65 — Voir, à ce sujet, un parallèle dans l'affaire *Schnorbus* (arrêt précité note 51, point 28).

66 — Dans ses observations, le demandeur évoque à cet égard le fait d'être employé sans être en activité de service, par suite de détachement, position hors cadre, mise en disponibilité, congé de convenance personnelle, p. 13 des observations du demandeur.

il convient de se fonder sur la qualité de parent, pourrait présenter de l'importance.

74. Par «aspect social de la maternité», il faut entendre toutes les dépenses et restrictions physiques, temporaires et économiques que comportent normalement l'éducation et le suivi d'un enfant. Que, pour déclencher la conséquence juridique de l'octroi de la bonification, le législateur français exige la preuve que les «enfants pour raisons juridiques» aient été élevés pendant neuf ans au moins plaide en faveur du fait que cet effort d'éducation constitue l'objet de la disposition. L'effort d'éducation est bien entendu également important pour les enfants biologiques. Qu'il soit renoncé pour ceux-ci à la preuve des années d'éducation ne peut avoir d'autre signification que la présomption du législateur selon laquelle les parents d'enfants biologiques sont en règle générale également ceux qui les élèvent. Cette analyse plaide en outre aussi pour l'assimilation des enfants adoptifs aux enfants biologiques, introduite par loi n° 82-599, du 13 juillet 1982. Si la bonification était exclusivement accordée pour des raisons démographiques, c'est-à-dire comme prime à la naissance d'un enfant, il n'y aurait aucune raison d'en faire également profiter les «mères pour raisons juridiques».

75. Pour les enfants biologiques aussi bien que pour les enfants adoptifs, le législateur considère simplement qu'ils sont élevés au foyer de la mère. Comme cela ne va pas nécessairement de soi pour les enfants du conjoint issus d'une relation précédente, le

texte exige la preuve de la fourniture d'un véritable effort d'éducation pendant neuf ans. Il en va de même pour les enfants pour lesquels le titulaire de la pension exerce l'autorité parentale ou une tutelle, et pour les enfants qu'il recueille à son foyer. Il peut également s'agir dans ces cas de périodes relativement brèves. C'est pourquoi la preuve d'une éducation de neuf ans est aussi exigée pour ces enfants.

76. Avant que de devoir examiner une éventuelle justification objective de la bonification accordée aux mères, il convient d'abord de souligner que l'aspect purement économique de l'éducation des enfants est déjà compensé à l'article L. 18 du code des pensions. Cette disposition prévoit l'octroi de majorations de pension au titre des enfants. Cette compensation financière des charges de famille est octroyée sans considération de sexe sur la seule base du nombre d'enfants du titulaire de la pension.

77. La bonification de l'article L. 12, sous b), du code des pensions poursuit une autre fin. Le contexte normatif de l'article L. 12, sous b), du code des pensions suffit en soi à montrer que cette disposition vise à compenser des difficultés particulières rencontrées au cours de la carrière.

78. Le gouvernement français a souligné⁶⁷ de manières diverses que l'expérience révè-

67 — Voir résumé ci-dessus, points 32 et 33.

lait que les femmes avec enfants avaient de moindres chances de carrière, ce qui se reflétait également dans les statistiques. La cause en est selon lui une réalité sociale. Les femmes ayant des enfants, a-t-il relevé, sont désavantagées non parce qu'elles sont des femmes, mais parce qu'elles ont des enfants.

79. En ce qui concerne l'analyse des causes, le fait que les femmes avec enfants sont considérées comme n'ayant qu'une disponibilité réduite, si bien que certains postes supérieurs ne leur sont pas proposés, peut jouer un rôle. Lors de la procédure devant la juridiction nationale, le ministre défendeur a exposé, entre autres, que les femmes ayant des obligations familiales étaient souvent empêchées de se préparer correctement aux concours prévus pour les emplois supérieurs.

80. Les périodes d'indisponibilité que nécessitent éventuellement les enfants, les restrictions imposées par l'exécution des obligations familiales que comporte l'éducation des enfants au sens large, c'est-à-dire en englobant les soins qui leur sont donnés, et l'image que l'autorité investie du pouvoir de promotion a du rôle social de la mère sont responsables de ce phénomène sociologique que constituent les attentes limitées qui s'attachent aux carrières des femmes ayant des enfants. Même si des pères assument des obligations familiales, l'expérience montre que leur carrière n'en souffre pas d'une façon comparable à celle des femmes — tout au moins dans le contexte social actuel.

81. Conformément à la jurisprudence de la Cour, le «principe d'égalité des rémunérations, tout comme le principe général de non-discrimination dont il est une expression particulière, présuppose que les travailleurs masculins et les travailleurs féminins qui en bénéficient se trouvent dans des situations comparables»⁶⁸. Or, ainsi qu'on l'a exposé ci-dessus, les mères au travail ne se situent pas, à bien des égards, dans la même position que les pères.

82. La Cour a déjà itérativement jugé que le principe d'égalité de traitement visait à déboucher sur une égalité substantielle et non formelle⁶⁹. Il doit en aller de même du principe de l'égalité de traitement, dans la mesure où il est utilisé pour apprécier d'autres situations que celles mentionnées à l'article 119, troisième alinéa, du traité ou à l'article 141, paragraphe 2, CE, ou à l'article 6, paragraphe 3, de l'accord annexé au protocole n° 14 sur la politique sociale, qui concernent la rémunération à la tâche ou au temps.

83. De la même façon que, dans le passé, la Cour a réservé aux États membres un pouvoir d'appréciation dans le cadre de la directive sur l'égalité de traitement⁷⁰ afin d'assurer «la compensation des désavantages de fait, en matière de conservation de

68 — Voir arrêt *Abdoulaye e.a.* (précité note 15, point 16) avec d'autres références; voir également l'arrêt du 27 octobre 1998, *Boyle e.a.* (C-411/96, Rec. p. I-6401, point 39).

69 — Voir arrêts *Mahlburg* (précité note 57, point 26), et du 30 avril 1998, *Thibault* (C-136/95, Rec. p. I-2011, point 26), ainsi que les arrêts *Badeck e.a.* (précité note 11, point 32) et *Abrahamsson et Anderson* (précité note 10, point 48).

70 — Directive 76/207/CEE (citée note 5).

l'emploi, que la femme subit à la différence de l'homme»⁷¹, les désavantages de carrière qu'entraîne la maternité doivent également pouvoir être pris en compte lorsque la carrière sert de base à la liquidation de la pension de retraite.

84. Le principe de l'égalité de rémunération ne s'oppose pas à ce que la bonification soit réservée aux mères dès lors qu'elle vise à compenser des désavantages professionnels qu'entraîne la maternité, dans la mesure où pères et mères, pour des raisons sociologiques étayées d'éléments statistiques, ne se trouvent pas dans la même situation du point de vue de leur carrière⁷².

85. Il ne pourrait en aller autrement que si la compensation portait, par exemple, sur des périodes d'indisponibilité liées à l'éducation et auxquelles peuvent prétendre aussi bien les pères que les mères, comme dans le cas du congé parental. Il importerait alors concrètement de savoir lequel des parents aurait fait usage de cette possibilité, en étant ainsi contraint d'accepter d'éventuels désavantages de carrière. Il s'agirait alors également d'un critère de distinction objectif. La présente affaire ne concerne toutefois pas une telle situation.

86. Lors de l'audience, la mandataire ad litem du demandeur a souligné que la

71 — Voir arrêt Hofmann (précité note 57, point 27).

72 — Voir également, à ce sujet, l'arrêt Abdoulaye e.a. (précité note 13, points 20 et 22).

disposition litigieuse, dont l'origine remonte à 1924, était destinée à faciliter aux femmes la cessation de leur activité professionnelle. Elle s'inscrirait dans le cadre d'une politique visant à écarter les femmes de la vie professionnelle et à les attacher davantage à leur foyer. Cette attitude est dépassée, a-t-elle ajouté. Il ne serait donc plus possible de maintenir cette disposition.

87. On objectera à cette argumentation qu'il est possible qu'il faille en substance faire remonter cette disposition à 1924⁷³. L'aspect décisif est toutefois que la loi a été reformulée en 1964⁷⁴ et a finalement été libellée dans ses termes actuels en 1982⁷⁵. Le législateur français n'a donc pas «oublié» d'abroger une disposition dépassée sur le plan social et politique, mais l'a expressément intégrée dans sa volonté législative alors que le contexte social s'était modifié. Les motifs du législateur historique de 1924 peuvent donc difficilement être opposés à la disposition actuelle.

88. Le demandeur a en outre fait valoir que la Cour avait jugé que les hommes et les femmes devaient être traités de façon tout à fait équivalente dans leur rôle de parents. Il s'est à cet égard fondé sur l'arrêt du 25 octobre 1988 dans l'affaire 312/86⁷⁶.

73 — Article 18 de la loi du 14 avril 1924, *Journal officiel de la République française* du 15 avril 1924.

74 — Article 12 de la loi n° 64-1339, du 26 décembre 1964, *Journal officiel de la République française* du 30 décembre 1964, p. 11835.

75 — Loi n° 82-599, du 13 juillet 1982, *Journal officiel de la République française* du 14 juillet 1982, p. 2239.

76 — Arrêt Commission/France (précité note 26).

Il s'agissait d'un recours en manquement par lequel la Commission faisait grief de la transposition incomplète de la directive 76/207. Dans le cadre de la modification législative portant mise en œuvre de la directive, le législateur français a introduit une disposition⁷⁷ en vertu de laquelle la loi ne faisait pas obstacle «à l'application des usages, des clauses de contrats de travail, des conventions collectives ou accords collectifs en vigueur à la date de promulgation de cette loi, qui ouvrent des droits particuliers pour les femmes»⁷⁸. Selon la réglementation contestée, les employeurs, les organisations d'employeurs et les organisations de salariés devaient s'employer, par la négociation collective, à mettre lesdites clauses en conformité avec les dispositions du code du travail⁷⁹. Ce n'était pas suffisant selon la Commission. Elle avait fait la liste de toute une série de mesures prévues en faveur des femmes dans les conventions collectives⁸⁰. La Commission avait admis «que certains de ces droits particuliers peuvent relever des exceptions à l'application de la directive, qui, prévues à l'article 2, paragraphes 3 et 4, de celle-ci, visent, respectivement, les mesures relatives à la protection de la femme, notamment en ce qui concerne la grossesse et la maternité, et celles visant à promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes. Toutefois, elle estime que, par sa généralité, la législation française permet de maintenir, pour une période indéfinie, des inégalités de traitement entre hommes et femmes qui seraient contraires à la directive»⁸¹.

89. La Cour n'a pas apprécié les différentes clauses mentionnées par la Commission. Elle a au contraire opéré la constatation générale suivante:

«En effet, comme le démontrent certains de ces exemples, les droits particuliers maintenus en vigueur visent *parfois* la protection des femmes dans leur qualité de travailleurs âgés ou de parents, qualités que peuvent avoir tout à la fois les travailleurs masculins et les travailleurs féminins»⁸².

Cette constatation ne permet toutefois pas de tirer des conclusions sur la façon dont la Cour apprécierait une disposition telle que celle qui est litigieuse en l'espèce, destinée à compenser des désavantages de carrière liés à la maternité.

90. Le demandeur et la Commission ont enfin fait valoir que la disposition qu'il convenait d'apprécier favorisait «automatiquement» les femmes. Cela serait illégal.

77 — Ibidem, point 4.

78 — Ibidem, point 4.

79 — Ibidem, point 4.

80 — Ibidem, point 8.

81 — Ibidem, point 9.

82 — Ibidem, point 14.

91. Cette argumentation tire son origine de l'arrêt Kalanke⁸³, dans lequel la Cour a jugé qu'un régime de quota dépendant de l'aptitude des candidats⁸⁴ était incompatible avec le principe de l'égalité de traitement du fait de la priorité «automatique» qu'il accordait aux candidats féminins. Dans des arrêts ultérieurs⁸⁵, la Cour a admis la compatibilité avec le principe de l'égalité de traitement de dispositions nationales qui visaient à la promotion des femmes dans la vie professionnelle et étaient dénuées de cet automatisme critiqué.

92. Dans tous ces arrêts, il s'agissait cependant de lois visant à la promotion des femmes en tant que telles. L'affaire qu'il convient d'apprécier en l'espèce ne concerne pas une telle mesure. Il s'agit ici de compenser des désavantages qui frappent les femmes non en tant que telles, mais dans leur rôle de mère. À cet égard, la présente espèce est proche de l'affaire Abdoulaye e.a., qui portait également sur la compensation de désavantages concrets subis dans la vie professionnelle en raison de la maternité.

83 — Précité note 12.

84 — Voir point 8 de l'arrêt (précité note 12).

85 — Arrêts Marschall (précité note 13), Badeck e.a. (précité note 11) et Abrahamsson et Anderson (précité note 10, points 60 et 61).

93. En conclusion, nous estimons donc que la réglementation litigieuse est compatible avec le principe d'égalité de rémunération que consacre l'article 119 du traité. La solution ne serait pas non plus différente s'il fallait placer l'affaire soumise à la Cour dans un autre cadre temporel. Si l'on retient — comme il a déjà été indiqué en introduction — la date de la demande préjudicielle, l'article 141 CE est applicable. Le principe d'égalité de rémunération qui y est consacré est matériellement inchangé en ce qui concerne la présente situation. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner plus avant l'article 141, paragraphe 4, CE, puisque la bonification constitue non pas une action positive en faveur des femmes en tant que sexe sous-représenté, mais une mesure destinée à compenser les mères désavantagées dans leur vie professionnelle par l'éducation de leurs enfants. Il n'est pas non plus besoin de recourir à l'article 6, paragraphe 3, de l'accord annexé au protocole n° 14 sur la politique sociale, puisque la solution ici soutenue repose directement sur le principe d'égalité de traitement.

94. La directive 79/7 ne serait applicable que dans le cas où la Cour estimerait que les pensions de retraite des fonctionnaires ne constituent pas une rémunération au sens du traité. L'article L. 12, sous b), du code des pensions pourrait alors relever sans difficulté tant de l'article 4, paragraphe 2, que de l'article 7, paragraphe 1, sous b).

VI — Conclusion

95. En conclusion des considérations qui précèdent, nous proposons d'apporter la réponse suivante à la demande préjudicielle:

«Les pensions servies par le régime français de retraite des fonctionnaires sont au nombre des rémunérations visées à l'article 119 du traité CE (les articles 117 à 120 du traité CE ont été remplacés par les articles 136 CE à 143 CE). Le principe de l'égalité de traitement n'est pas méconnu par l'article L. 12, sous b), du code des pensions civiles et militaires de retraite.»