

Affaire C-626/23 [Sergamo] ⁱ**Demande de décision préjudicielle****Date de dépôt :**

12 octobre 2023

Juridiction de renvoi :

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Espagne)

Date de la décision de renvoi :

13 septembre 2023

Partie requérante :

XXX

Partie défenderesse :

Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS)

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Cour supérieure de justice de Madrid, Espagne) – Section n° 2 de la chambre sociale

[OMISSIS : identification de la juridiction de renvoi et de la procédure]

ORDONNANCE

[OMISSIS]

EN FAIT

PREMIÈREMENT. – Le 16 septembre 2022, XXX a introduit un recours contre l’Instituto Nacional de la Seguridad Social (institut national de la sécurité sociale, Espagne, ci-après l’« INSS »), indiquant que, le 6 avril 2022, il avait reçu notification d’une décision de l’INSS lui accordant une pension de retraite avec effet au 11 janvier 2022. Selon lui, la pension y avait été calculée de manière erronée et, en outre, il n’avait pas été tenu compte du « complément de paternité » (sic) prévu à l’article 60 de la Ley General de la Seguridad Social (loi générale sur

ⁱ Le nom de la présente affaire est un nom fictif. Il ne correspond au nom réel d’aucune partie à la procédure.

la sécurité sociale, ci-après la « LGSS »), raison pour laquelle il avait introduit une réclamation préalable, qui n'a pas été tranchée. En ce qui concerne le complément prévu à l'article 60 de la [LGSS], il a indiqué avoir eu trois enfants, nés en 1979, 1984 et 1986. Il demandait donc, dans les conclusions de sa requête introductive d'instance, l'application à sa pension du « complément de paternité » ainsi que la reconnaissance d'une base de calcul de 3 514,20 euros à compter du 11 janvier 2022. Il a ensuite étendu la demande afin de réclamer également le « complément pour retard dans le paiement d'une somme forfaitaire conformément à l'article 210, paragraphe 2, sous b), de la [LGSS] ».

DEUXIÈMEMENT. – La requête a été inscrite au rôle du Juzgado de lo Social n° 4 de Madrid (tribunal du travail n° 4 de Madrid, Espagne) sous le n° [OMISSIS], qui a intégralement rejeté le recours par jugement du 15 février 2023. Concernant le complément visé à l'article 60 de la [LGSS], le juge de première instance signale que la pension de retraite est postérieure à la réforme dudit article 60 par le Real Decreto-ley 3/2021 [por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico (décret-loi royal 3/2021 portant adoption de mesures visant à réduire l'écart entre les sexes et ayant trait à d'autres matières relevant des domaines de la sécurité sociale et de l'économie), du 2 février 2021]. Il indique que, à la suite de cette réforme, le complément au titre de la contribution démographique a été modifié et transformé en mesure efficace pour réduire l'écart de rémunération entre hommes et femmes. Il affirme que, dans son arrêt du 12 décembre 2019 [Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complément de pension pour les mères)] (C-450/18, EU:C:2019:1075), la [Cour de justice de l'Union européenne, ci-après la « Cour »] a jugé, dans son dispositif, que « [l]a directive 79/7/CEE 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 sociale, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit le droit à un complément de pension pour les femmes ayant eu au moins deux enfants biologiques ou adoptés et bénéficiant de pensions contributives d'incapacité permanente au titre d'un régime du système de sécurité sociale national, alors que les hommes placés dans une situation identique ne disposent pas du droit à un tel complément de pension ». Il ajoute que, dans sa rédaction initiale, l'article 60 de la LGSS établissait une discrimination directe fondée sur le sexe et donc interdite par la directive 79/7 CEE 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 sociale. Cette disposition a toutefois été réformée et le nouveau texte de l'article 60 de la [LGSS] exige que l'intéressé démontre « avoir vu sa carrière professionnelle être interrompue ou affectée à l'occasion d'une naissance ou d'une adoption », ce qui n'a pas été démontré dans le cas du requérant, qui est donc débouté de sa demande sur ce point.

TROISIÈMEMENT. – [OMISSIS] XXX a fait appel du jugement de première instance devant la chambre de céans. Il y soulève un moyen unique tiré de la

« violation de l'article 14 de la Constitution espagnole, de la directive 79/7[OMISSIS] et de la jurisprudence relative au complément régi à l'article 60 de la [LGSS], d'application obligatoire conformément aux considérations de la Cour dans l'arrêt rendu par la première chambre le 12 décembre 2019 (affaire C-450/18), en vertu de la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale établi par la directive 79/7[OMISSIS] et conformément à la jurisprudence établie dans l'arrêt du Tribunal Supremo (Cour suprême, Espagne) du 17 février 2022 ». XXX soutient que la différence de traitement entre hommes et femmes contenue dans la rédaction initiale de l'article 60 de la LGSS, en raison de l'exclusion des parents hommes retraités du bénéfice du complément, jugée contraire à la directive 79/7[OMISSIS], est maintenue dans le libellé actuel de l'article 60 de la LGSS, puisque la condition de « l'interruption de la carrière professionnelle n'est pas exigée des femmes, mais l'est des hommes ».

QUATRIÈMEMENT. – Pour statuer sur l'appel, il est nécessaire d'interpréter et d'appliquer :

- a) la directive 79/7[OMISSIS] ;
- b) les articles 20, 21, 23 et 34, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [ci-après la « Charte »],

[OMISSIS : article 267 TFUE et audition des parties]

EN DROIT

PREMIÈREMENT. – [OMISSIS : article 267 TFUE et disposition nationale relative à cet article]

DEUXIÈMEMENT. – Dans la présente affaire, il est nécessaire, afin de trancher le litige, de déterminer si la réglementation espagnole du complément prévu à l'article 60 de la [LGSS] après sa réforme par le décret-loi royal 3/2021 (la réforme introduite par le Real Decreto-ley 2/2023 [de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones (décret-loi royal 2/2023 portant mesures urgentes aux fins d'étendre les droits des titulaires de pensions, de réduire l'écart entre les hommes et les femmes et d'établir un nouveau cadre de durabilité du système public de pensions)] n'étant pas applicable *ratione temporis* en l'espèce), complément désormais appelé « complément aux pensions contributives afin de réduire l'écart entre les hommes et les femmes », est compatible avec le droit à l'égalité et l'interdiction de discrimination entre les hommes et les femmes en matière de sécurité sociale prévus dans le droit de l'Union par la directive 79/7[OMISSIS] ainsi qu'avec les articles 20, 21, 23 et 34, paragraphe 1, de la Charte, dans la mesure où la réglementation dudit complément contient une différence de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès au complément de pension au titre des enfants qu'a eu le bénéficiaire, en exigeant des hommes qu'ils remplissent certaines

conditions qui ne sont pas exigées des femmes. Il convient de noter que, dans son arrêt du 12 décembre 2019 dans l’affaire C-450/18, la Cour a déclaré que la directive 79/7[OMISSIS] devait être interprétée en ce sens qu’elle s’opposait à une réglementation nationale, telle que celle visée à l’article 60 de la [LGSS] avant sa réforme par le décret-loi royal 3/2021, qui prévoyait le droit à un complément de pension pour les femmes ayant eu au moins deux enfants biologiques ou adoptés et bénéficiant de pensions contributives du système de sécurité sociale national, alors que les hommes placés dans une situation identique ne disposaient pas du droit à un tel complément de pension.

Eu égard à ce qui précède,

LA JURIDICTION DE CÉANS DÉCIDE

de suspendre le traitement de l’appel n° [OMISSIS] afin de saisir la Cour de la demande de décision préjudicielle suivante :

DEMANDE DE DÉCISION PRÉJUDICIELLE DÉFÉRÉE À LA COUR PAR LA DEUXIÈME SECTION DE LA CHAMBRE SOCIALE DU TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID (COUR SUPÉRIEURE DE JUSTICE DE MADRID)

I. LES FAITS

[OMISSIS : réitération, en substance, des Premièrement à Troisièmement de la partie précédente « En fait »]

II. LE CADRE JURIDIQUE

A) LE DROIT DE L’UNION

La directive 79/7

Aux termes des deuxième et troisième considérants de la directive 79/7/CEE 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 sociale (JO 1979, L 6, p. 24) :

« considérant qu’il convient de mettre en œuvre le principe de l’égalité de traitement en matière de sécurité sociale en premier lieu dans les régimes légaux qui assurent une protection contre les risques de maladie, d’invalidité, de vieillesse, d’accident du travail, de maladie professionnelle et de chômage, ainsi que dans les dispositions concernant l’aide sociale dans la mesure où elles sont destinées à compléter les régimes précités ou à y suppléer ;

considérant que la mise en œuvre du principe de l’égalité de traitement en matière de sécurité sociale ne fait pas obstacle aux dispositions relatives à la protection de la femme en raison de la maternité, et que, dans ce cadre, des dispositions

spécifiques destinées à remédier aux inégalités de fait peuvent être prises par les États membres en faveur des femmes ».

L'article 1^{er} de cette directive énonce :

« La présente directive vise la mise en œuvre progressive, dans le domaine de la sécurité sociale et autres éléments de protection sociale prévu à l'article 3, du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale, ci-après dénommé "principe de l'égalité de traitement". »

L'article 2 de ladite directive prévoit :

« La présente directive s'applique à la population active, y compris les travailleurs indépendants, les travailleurs dont l'activité est interrompue par une maladie, un accident ou un chômage involontaire et les personnes à la recherche d'un emploi, ainsi qu'aux travailleurs retraités et aux travailleurs invalides. »

L'article 3, paragraphe 1, de la même directive dispose :

« La présente directive s'applique :

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

- maladie,
- invalidité,
- vieillesse,
- accident du travail et maladie professionnelle,
- chômage ;

[...] »

L'article 4 de la directive 79/7 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 :

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

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. »

L'article 7 de cette directive énonce :

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

[...]

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 ;

[...]

2. Les États membres procèdent périodiquement à un examen des matières exclues en vertu du paragraphe 1, afin de vérifier, compte tenu de l'évolution sociale en la matière, s'il est justifié de maintenir les exclusions en question. »

La charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

L'article 6 [paragraphe 1] du traité sur l'Union européenne prévoit que « [l]'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités. »

Aux termes de l'article 20 de la Charte :

« Égalité en droit. Toutes les personnes sont égales en droit. »

L'article 21 de la Charte énonce :

« Non-discrimination. 1. Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

(...) »

L'article 23 de la Charte dispose :

« Égalité entre femmes et hommes. L'égalité entre les femmes et les hommes doit être assurée dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération.

Le principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté. »

L'article 34 de la Charte est libellé comme suit :

« Sécurité sociale et aide sociale. 1. L'Union reconnaît et respecte le droit d'accès aux prestations de sécurité sociale et aux services sociaux assurant une protection dans des cas tels que la maternité, la maladie, les accidents du travail, la dépendance ou la vieillesse, ainsi qu'en cas de perte d'emploi, selon les règles établies par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales.

[...] »

B) LA RÉGLEMENTATION ESPAGNOLE

L'article 60, paragraphe 1, de la Ley General de la Seguridad Social (loi générale relative à la sécurité sociale), dans sa refonte approuvée par le Real Decreto Legislativo 8/2015 (décret royal législatif 8/2015), du 30 octobre 2015 (BOE n° 261, du 31 octobre 2015), prévoyait, dans sa version initiale de 2015 :

« Complément de maternité dans les pensions contributives du système de sécurité sociale. 1. Eu égard à leur contribution démographique à la sécurité sociale, un complément de pension est accordé aux femmes qui ont eu des enfants biologiques ou adoptés et qui bénéficient de pensions contributives de retraite, de veuvage ou d'incapacité permanente au titre d'un quelconque régime du système de sécurité sociale.

Le montant de ce complément, qui présente à tous égards la nature juridique d'une pension publique contributive, résulte de l'application au montant initial desdites pensions d'un pourcentage déterminé, qui est fonction du nombre d'enfants, conformément à l'échelle suivante :

- a) *dans le cas de deux enfants : 5 pour cent ;*
- b) *dans le cas de trois enfants : 10 pour cent ;*
- c) *dans le cas de quatre enfants ou plus : 15 pour cent.*

En vue d'établir le droit au complément ainsi que son montant, seuls sont pris en compte les enfants nés ou adoptés avant le fait générateur de la pension en question. »

Dans son arrêt du 12 décembre 2019 dans l'affaire C-450/18, la Cour a déclaré que la directive 79/7[OMISSIS] devait être interprétée en ce sens qu'elle s'opposait à une réglementation nationale, telle que celle visée à l'article 60 de la [LGSS] précité, qui prévoyait le droit à un complément de pension pour les femmes ayant eu au moins deux enfants biologiques ou adoptés et bénéficiant de pensions contributives du système de sécurité sociale national, alors que les

hommes placés dans une situation identique ne disposaient pas du droit à un tel complément de pension.

À la suite de cet arrêt, les juridictions espagnoles ont commencé à accorder aux retraités hommes le complément de pension prévu à l'article 60 de la [LGSS] précité dans les mêmes termes que la loi l'accordait aux retraitées femmes. Dans son arrêt du 30 mai 2022 (recours 3192/2021), la quatrième chambre du Tribunal Supremo (Cour suprême) a établi la jurisprudence en vertu de laquelle le complément devait être accordé aux hommes avec des effets pécuniaires se produisant en même temps que ceux de la pension de retraite ou d'incapacité permanente qu'il complète.

L'article 1^{er}, paragraphe 1, du décret-loi royal 3/2021, du 2 février 2021, a modifié le libellé de l'article 60 de la [LGSS] comme suit :

« Complément aux pensions contributives afin de réduire l'écart entre les hommes et les femmes »

1. Les femmes qui ont eu un ou plusieurs enfants et qui bénéficient d'une pension contributive de retraite, d'incapacité permanente ou de veuvage ont droit à un complément pour chaque enfant, en raison de l'incidence que l'écart entre les hommes et les femmes a, en général, sur le montant des pensions contributives de la sécurité sociale versées aux femmes. Le droit au complément pour chaque enfant est accordé ou maintenu à l'égard de la femme, pour autant que le complément ne soit pas demandé par l'autre parent et accordé à celui-ci, et si ce dernier est également une femme, le complément est accordé à celle qui perçoit le montant le moins élevé de pensions publiques.

Pour que les hommes puissent avoir droit au complément, ils doivent satisfaire à l'une des conditions suivantes :

a) ouvrir droit à une pension de veuvage en raison du décès de l'autre parent pour les enfants en commun, à condition que l'un de ces enfants ait droit à une pension d'orphelin ;

b) ouvrir droit à une pension contributive de retraite ou d'incapacité permanente et avoir interrompu sa carrière professionnelle ou l'avoir vu être interrompue ou affectée à l'occasion d'une naissance ou d'une adoption, dans les conditions suivantes :

1) pour les enfants nés ou adoptés jusqu'au 31 décembre 1994, ne pas avoir cotisé pendant plus de 120 jours entre les neuf mois précédant la naissance et les trois années suivant la naissance ou, en cas d'adoption, entre la date de la décision judiciaire constatant l'adoption et les trois années suivantes, à condition que la somme des montants des pensions reconnues soit inférieure à la somme des pensions auxquelles la femme a droit ;

2) *pour les enfants nés ou adoptés à partir du 1^{er} janvier 1995, que la somme des bases de cotisation des 24 mois suivant celui de la naissance ou de la décision judiciaire constatant l'adoption soit inférieure de plus de 15 % à celle des 24 mois immédiatement antérieurs, à condition que la somme des montants des pensions reconnues soit inférieure à la somme des pensions auxquelles la femme a droit.*

[3] *Si les deux parents sont des hommes et qu'ils remplissent tous les deux les conditions susmentionnées, le complément est accordé à celui qui perçoit le montant le moins élevé de pensions publiques.*

[4] *La condition pour ouvrir droit au complément en vertu de laquelle la somme des pensions reconnues doit être inférieure à la somme des pensions auxquelles l'autre parent a droit doit être remplie au moment où les deux parents ouvrent droit à une prestation contributive dans les termes prévus par cette disposition.*

2. *L'octroi du complément au second parent entraîne l'extinction du complément déjà accordé au premier parent et produit des effets pécuniaires le premier jour du mois suivant celui de la décision, à condition que celle-ci soit rendue dans les six mois suivant la demande ou, le cas échéant, l'octroi de la pension qui en est à l'origine ; passé ce délai, les effets se produisent à partir du premier jour du septième mois [suivant la décision].*

Avant de rendre la décision octroyant le droit au second parent, le parent percevant le complément est entendu.

3. *Ce complément présente à tous les égards la nature juridique d'une pension publique contributive.*

Le montant du complément par enfant est fixé dans la loi relative au budget général de l'État correspondante. Le montant à percevoir est limité à quatre fois le montant mensuel fixé par enfant et augmenté au début de chaque année du même pourcentage que celui prévu par la loi relative au budget général de l'État correspondante pour les pensions contributives.

La perception du complément est en outre soumise aux règles suivantes :

- a) [OMISSIS : disposition non pertinente en l'espèce]
- b) [OMISSIS : disposition non pertinente en l'espèce]
- c) *le complément est versé en quatorze fois, en même temps que la pension donnant droit à ce complément ;*
- d) *le montant du complément n'est pas pris en compte dans l'application de la limite maximale de pensions prévue aux articles 57 et 58, paragraphe 7 ;*
- e) [OMISSIS : disposition non pertinente en l'espèce]

- f) [OMISSIS : disposition non pertinente en l'espèce]
- 4. [OMISSIS : disposition non pertinente en l'espèce]
- 5. [OMISSIS : disposition non pertinente en l'espèce]
- 6. [OMISSIS : disposition non pertinente en l'espèce] »

Cette règle est celle qui est applicable en l'espèce, étant donné qu'elle était déjà en vigueur à la date à laquelle le requérant a ouvert droit à la pension contributive.

Le décret-loi royal 3/2021 a également introduit les trente-sixième et trente-septième dispositions additionnelles dans la [LGSS], libellées comme suit :

« [Trente-sixième disposition additionnelle] Financement du complément aux pensions contributives afin de réduire l'écart entre les hommes et les femmes

Le complément aux pensions contributives afin de réduire l'écart entre les hommes et les femmes prévu à l'article 60 est financé au moyen d'un transfert de l'État au budget de la sécurité sociale ».

« [Trente-septième disposition additionnelle] Étendue temporelle du complément aux pensions contributives afin de réduire l'écart entre les hommes et les femmes

1. *Le droit au complément aux pensions contributives afin de réduire l'écart entre les hommes et les femmes prévu à l'article 60 est maintenu aussi longtemps que l'écart entre les pensions de retraite des hommes et des femmes acquises au cours de l'année précédente est supérieur à 5 %.*

2. *Aux fins de la présente loi, on entend par écart entre les pensions de retraite des hommes et des femmes le pourcentage représentant la différence entre le montant moyen des pensions contributive[s] de retraite acquises au cours d'une année par les hommes et par les femmes.*

3. *Afin de garantir l'adéquation de la mesure de correction introduite pour réduire l'écart entre les pensions des hommes et des femmes, le gouvernement espagnol doit, dans le cadre du dialogue social, procéder à une évaluation périodique, tous les cinq ans, des effets de cette mesure.*

4. *Lorsque l'écart entre les hommes et les femmes au cours d'une période d'un an sera inférieur à 5 %, le gouvernement transmettra aux Cortes Generales (Parlement espagnol) un projet de loi visant à abroger l'article 60, après consultation des partenaires sociaux. »*

Le décret-loi royal 3/2021 a également introduit une trente-troisième disposition transitoire dans la [LGSS], libellée comme suit :

« Maintien provisoire du complément de maternité dans les pensions contributives du système de sécurité sociale

Les personnes qui, à la date d'entrée en vigueur de la modification prévue à l'article 60, percevaient le complément de maternité au titre de la contribution démographique continuent à le percevoir.

La perception de ce complément de maternité est incompatible avec le complément aux pensions contributives afin de réduire l'écart entre les hommes et les femmes qui pourrait être dû en raison de l'octroi d'une nouvelle pension publique, les personnes concernées pouvant choisir l'un ou l'autre.

Si l'autre parent de l'un des enfants ayant donné droit au complément de maternité au titre de la contribution démographique demande le complément aux pensions contributives afin de réduire l'écart entre les hommes et les femmes et a le droit de le percevoir, en application de l'article 60 de la présente loi ou de la dix-huitième disposition additionnelle du texte refondu de la Ley de Clases Pasivas del Estado (loi relative aux retraités et pensionnés de l'État), approuvée par le Real Decreto legislativo 670/1987 (décret royal législatif 670/1987), du 30 avril 1987, le montant mensuel lui étant octroyé est déduit du complément de maternité perçu, avec effet pécuniaire à compter du premier jour du mois suivant celui de la décision, à condition que celle-ci soit rendue dans les six mois suivant la demande ou, le cas échéant, l'octroi de la pension qui en est à l'origine ; passé ce délai, les effets se produisent à partir du premier jour du septième mois suivant la décision. »

Par la suite, le décret-loi royal n° 2/2023, du 16 mars 2023, qui introduit certaines modifications à ces dispositions, a été adopté. Il ne fait toutefois pas l'objet de la demande de décision préjudicielle, parce qu'il n'est pas applicable au litige ratione temporis.

III. LES PROBLÈMES D'INTERPRÉTATION ET D'APPLICATION DU DROIT DE L'UNION QUI SE POSENT POUR RÉSOUDRE L'APPEL ET QUI JUSTIFIENT LE RENVOI PRÉJUDICIEL

Dans son arrêt du 12 décembre 2019 dans l'affaire C-450/18, la Cour a jugé que la différence de traitement entre hommes et femmes contenue à l'article 60 de la [LGSS] dans la version en vigueur en 2015, qui n'octroyait le droit au complément aux pensions contributives de retraite, d'incapacité permanente ou de veuvage qu'aux femmes ayant eu au moins deux enfants biologiques ou adoptés, en excluant totalement les hommes de ce droit, constituait une règle discriminatoire fondée sur le sexe incompatible avec la directive 79/7.

Le législateur espagnol a réagi à cet arrêt en modifiant l'article 60 de la [LGSS] et en changeant le nom du complément, de « complément de maternité » à « complément afin de réduire l'écart entre les hommes et les femmes ». Le nouveau complément est dû lorsque la personne a eu un ou plusieurs enfants, le montant variant en fonction du nombre d'enfants.

Par ailleurs, il a été prévu que le complément cessera d'être en vigueur et ne sera plus accordé lorsque le pourcentage représentant la différence entre le montant

moyen des pensions contributive[s] de retraite acquises au cours d'une année par les hommes et par les femmes (« écart entre les hommes et les femmes ») cessera d'être supérieur à 5 %.

En outre, les hommes ont été autorisés à accéder à ce complément, mais en exigeant d'eux des conditions supplémentaires qui ne sont pas exigées des femmes :

- A) soit ils perçoivent une pension de veuvage en raison du décès de l'autre parent pour les enfants en commun, avec en outre l'exigence supplémentaire que l'un des enfants ait droit à une pension d'orphelin (sachant que la pension d'orphelin n'est pas accordée ou prend fin lorsque l'enfant atteint l'âge de 23 ans, sauf s'il s'agit d'une personne handicapée) ;
- B) soit ils ont interrompu leur carrière professionnelle ou ont vu celle-ci affectée à l'occasion d'une naissance ou d'une adoption, dans des conditions légales spécifiques distinctes selon que les enfants sont nés ou ont été adoptés jusqu'au 31 décembre 1994 (auquel cas les hommes doivent ne pas avoir cotisé pendant plus de 120 jours au cours d'une période donnée) ou après cette date (auquel cas il doit y avoir une baisse de plus de 15 % de la moyenne des bases de cotisation entre une période donnée avant la naissance ou l'adoption et une période donnée après celle-ci).

Ces conditions ne sont pas exigées des femmes, de sorte que celles-ci ont automatiquement droit au complément si elles ont eu un ou plusieurs enfants. Ces conditions sont toujours exigées des parents hommes et non des parents femmes, quel que soit le sexe de l'autre parent, qui peut ou non coïncider.

Lorsque la loi introduit une différence de traitement fondée sur le sexe, facteur particulièrement odieux de différenciation, le législateur doit en donner une justification suffisante sur la base d'objectifs visant à compenser des inégalités sociales de base. Il ne peut donc pas se limiter à déclarer que la mesure vise à restaurer l'égalité matérielle ; il doit en outre être établi de manière rigoureuse et sérieuse que l'incidence de la mesure est appropriée pour atteindre cet objectif et, de plus, que le sacrifice imposé au droit formel à l'égalité est proportionné à l'objectif recherché. Par conséquent, la simple finalité ne suffit pas ; il est également nécessaire de configurer la mesure de manière appropriée et proportionnée.

En l'espèce, la justification de la différence de traitement fondée sur le sexe dans l'exposé des motifs du décret-loi royal 3/2021 se limite à indiquer que la conception de la règle « vise à configurer le [“]complément[”] comme un levier afin de réduire l'écart entre les hommes et les femmes, qui est le reflet de cette situation de subordination des femmes sur le marché du travail, car elles ont historiquement assumé un rôle principal dans la tâche consistant à s'occuper des

enfants. Cela est toutefois fait en laissant la porte ouverte pour que les pères qui démontrent l'existence d'un préjudice dans leur période de cotisation en raison de la naissance ou de l'adoption d'un enfant du fait de la prise en charge de ces tâches consistant à s'occuper des enfants aient accès au [“]complément[”]. En d'autres termes, une action positive en faveur des femmes (si aucun des parents ne démontre l'existence d'un préjudice dans sa période de cotisation, le complément est versé à la femme) est combinée à la prévision d'une porte ouverte pour les hommes qui pourraient se trouver dans une situation comparable ». Selon la chambre de céans, cette justification apparaît toutefois insuffisante :

D'une part, l'affirmation « si aucun des parents ne démontre l'existence d'un préjudice dans sa période de cotisation, le complément est versé à la femme » n'est pas vraie, étant donné que, lorsqu'il n'y a pas de femme percevant le complément (parce qu'elle n'a pas droit à une pension qu'elle pourrait compléter, parce qu'elle n'en fait pas la demande ou parce qu'aucun des parents n'est une femme), les parents hommes sont toujours obligés de démontrer l'existence d'un préjudice dans leur carrière professionnelle pour accéder au complément. La seule exception est l'existence d'une pension de veuvage, mais il est en outre exigé que l'un des enfants perçoive une pension d'orphelin, ce qui en fait un cas très restreint. De plus, lorsque l'un des parents est un homme et l'autre une femme, si le premier démontre l'existence d'un préjudice et la seconde non, le complément continue à être accordé à la femme, à moins que « la somme des montants des pensions reconnues à l'homme soit inférieure à la somme des pensions auxquelles la femme a droit ».

D'autre part, la configuration concrète [de la condition] du préjudice dans la carrière professionnelle exigée des hommes soulève de sérieux doutes. La chambre de céans ne connaît pas les études d'impact éventuellement utilisées par le législateur pour définir ces conditions. À première vue, il semble que, telles qu'elles sont conçues, elles empêchent de facto à la plupart des hommes d'accéder au complément et elles empêcheraient très probablement à une grande partie des femmes d'y accéder si elles devaient satisfaire à ces conditions. Ces dernières pourraient ainsi avoir pour but de rétablir la différence de traitement entre les hommes et les femmes qui a été jugée contraire au droit de l'Union par la Cour dans son arrêt du 12 décembre 2019, en privant de facto les hommes, dans l'immense majorité des cas, de la possibilité d'accéder au complément, même si, formellement, il semble que ce droit leur est ouvert. En outre, eu égard à la configuration de ces conditions, il ne semble y avoir aucun lien entre le « préjudice » causé à la carrière professionnelle et l'incidence sur le montant de la pension compensée par un certain pourcentage. Par ailleurs, l'absence d'exigence de ces conditions pour les femmes implique que le complément destiné à compenser le préjudice porté à la carrière professionnelle est accordé même aux femmes dont la carrière professionnelle n'a pas été affectée. Il convient de tenir compte du fait que le complément est configuré en pourcentage de la pension et bénéficie donc davantage aux personnes ayant des rémunérations plus élevées (et donc de meilleures pensions), bien que l'on puisse penser que c'est au sein de ce groupe social que le fait de s'occuper des enfants produit le moins de préjudice

à la carrière professionnelle des parents, car ils ont les moyens financiers d'engager des personnes à cette fin. Dans le cas extrême des parents ayant un travail peu rémunéré et ayant été coupés du marché du travail car ils se sont occupés de leurs enfants, il peut arriver qu'ils n'ouvrent droit à aucune pension, de sorte qu'ils n'auront pas non plus droit au complément. Il s'agit là de considérations qui ne sont pas du tout marginales, au vu du volume certainement important des ressources publiques qu'implique le versement du complément.

Par ailleurs, il convient de souligner que les compléments des deux parents sont incompatibles et que, dans le cas où les deux parents auraient droit au complément :

- A) si les deux parents sont des femmes, le complément est accordé à celle qui perçoit le montant le moins élevé de pensions publiques ;
- B) si les deux parents sont des hommes, le complément est accordé à celui qui perçoit le montant le moins élevé de pensions publiques ;
- C) si l'un des parents est une femme et l'autre un homme, le complément n'est accordé à l'homme que si la somme des montants des pensions reconnues à l'homme est inférieure à la somme des pensions auxquelles la femme a droit.

En l'occurrence, il n'y a aucun problème de concurrence et de compatibilité de compléments, mais uniquement du droit de l'homme au complément, en raison du fait qu'il est tenu de satisfaire à des conditions qu'il ne remplit pas et qui ne sont pas exigées des femmes pour accéder au complément. Toutefois, la juridiction de céans trouve pertinent le fait que la loi établit désormais l'incompatibilité entre les compléments de pension des deux parents, de sorte que, lorsque les deux parents y ont droit, le choix est toujours fait de compléter la pension la moins élevée. À cet égard, puisque l'écart entre les hommes et les femmes est défini légalement comme la différence entre le montant moyen des pensions des hommes et des femmes, on pourrait se demander si, pour atteindre l'objectif d'égalité fixé par la loi (jusqu'à un écart de 5 % maximum), il ne suffirait pas d'accorder uniquement le complément aux pensions les moins élevées, quel que soit le sexe du parent.

La question qui se pose est donc de savoir si ces conditions, qui introduisent une différence selon le sexe du bénéficiaire, peuvent être considérées comme étant compatibles avec le principe de l'égalité entre hommes et femmes, dans la mesure où « [l]e principe de l'égalité n'empêche pas le maintien ou l'adoption de mesures prévoyant des avantages spécifiques en faveur du sexe sous-représenté » (article 23 de la Charte), ou si elles peuvent être considérées comme une exclusion du principe d'égalité couverte par l'article 7, paragraphe 1, sous b), de la directive 79/7.

IV. LES QUESTIONS POSÉES À LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE

Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, la juridiction de céans considère qu'il y a lieu de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

La directive 79/7/CEE 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 sociale et les articles 20, 21, 23 et 34, paragraphe 1, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une règle nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit le droit à un complément de pension pour les bénéficiaires de pensions contributives de retraite ayant eu des enfants biologiques ou adoptés, complément qui est accordé automatiquement aux femmes, alors que cette règle exige, en ce qui concerne les hommes, soit qu'ils soient titulaires d'une pension de veuvage en raison du décès de l'autre parent et que l'un des enfants perçoive une pension d'orphelin, soit qu'ils aient subi une interruption ou un préjudice dans leur carrière professionnelle (dans les termes prévus par la loi et décrits précédemment) à l'occasion de la naissance ou de l'adoption de l'enfant ?

[OMISSIS : formules procédurales finales]

DOCUMENT DE TRAVAIL