FEMMES ET RETRAITES

par Marie-Thérèse LANQUETIN

Juriste, Chercheur, Irerp, Université Paris X Nanterre

La question des retraites est à l'ordre du jour. Mais, à aucun moment, la question des retraites des femmes n'est clairement posée. C'est une question généralement traitée de manière asexuée.

Déjà, en 1993, lors de la réforme des retraites du régime général, peu de voix se sont élevées à ce sujet lorsque le nombre d'années pour bénéficier d'une retraite à taux plein devait passer de 37 années 1/2 à 40 et que la pension de retraite devait être calculée sur les 25 meilleures années et non plus sur les 10 meilleures années. Qui a parlé alors de l'incidence de cette réforme pour les femmes ? « La loi est la même pour tous ».

La connaissance de la situation différenciée des hommes et des femmes en matière de retraite est quelque peu différente aujourd'hui dans la mesure où l'Union européenne interroge les Etats membres et oblige à en prendre la mesure. C'est ainsi que l'on sait que l'âge moyen de liquidation des pensions est plus tardif pour les femmes que pour les hommes, le différentiel serait de deux ans dans le régime général. Les durées de cotisation sont en moyennes plus courtes : 121 trimestres contre 161. Enfin, en 2001, le montant moyen mensuel des retraites de droit direct est environ de moitié pour les femmes par rapport aux hommes : 650 contre 1383 euros. A ces montants s'ajoutent des avantages de réversion, plus élevés pour les femmes que pour les hommes et des avantages accessoires plus élevés pour les hommes que pour les femmes. Il s'agit ici principalement des majorations pour enfants ou pour conjoint à charge.

Ces données quelque peu générales méritent une analyse du point de vue des fondements théoriques des régimes de retraite. Elle prend encore plus de relief si l'on aborde la question des retraites non seulement dans le cadre du « régime général » de sécurité sociale mais du point de vue des « régimes spéciaux ».

Par ailleurs, il semble qu'à l'horizon 2015/2020, le taux d'activité des femmes pourrait être de 85% et que les carrières des femmes seront plus complètes qu'aujourd'hui, qu'il y aura une plus grande égalité salariale et donc une retraite de droit direct atteignant 81% de celle des hommes. La situation entre hommes et femmes devrait donc se rapprocher. Mais à quelles conditions ? L'évolution serait-elle spontanée et liée seulement au comportement d'activité des femmes ? Ne faut-il pas craindre, au contraire les répercussions de la gestion différenciée et sexuée des emplois lorsque l'on sait que les emplois à temps partiel sont féminisés à 80% ? Allant plus loin, il faut se demander s'il n'y pas un lien entre cette situation et la conception même de la protection sociale, car la répartition des rôles, la prise en charge des enfants et des personnes âgées, c'est-à-dire le « care » sont généralement le lot des femmes ?

LES FONDEMENTS DES SYSTEMES DE PROTECTION SOCIALE ET SA CRITIQUE

Les droits reconnus par les systèmes de protection sociale l'ont été à des moments différents¹ mais sur un même modèle familial² de répartition des rôles où le mari « chef de famille » et « gagne pain » était source de la protection sociale. Le mari était donc titulaire de droits propres, les enfants et l'épouse étant ayants droit et bénéficiant de droits dérivés tant en matière de santé que de pensions vieillesse. Ainsi l'épouse avait droit alors, en tant que « moitié » à une pension dite de réversion. Ce modèle a certes permis une protection pratiquement généralisée en matière de santé, mais le niveau des retraites des femmes est le résultat de cette conception. La « familialisation » des droits sociaux, même si elle a évolué,

¹ 1853 pour le régime des fonctionnaires, 1946 pour le régime général de sécurité sociale.

² modèle « calé » sur celui du Code civil mais aussi sur un certain état du monde productif.

est toujours au fondement du système de protection sociale français. Elle apparaît comme ayant atteint les limites de ses potentialités dans un Etat providence qui s'est mis en place depuis le milieu du XIXe siècle, même si différents mécanismes correcteurs des inégalités entre hommes et femmes ont été mis en place (pension minimum, absence de modulation des taux de cotisation en fonction de l'espérance de vie, validation de trimestres pour les emplois précaires, avantages familiaux...).

Pourquoi la situation évoluerait-elle de façon significative ? D'autant que l'on peut se poser la question de savoir si la conception ci-dessus n'est pas justement là pour conforter un double marché du travail. Les effets pervers des droits dérivés sont connus.

Ils apparaissent comme un frein à l'exercice d'une activité professionnelle et peuvent inciter les femmes à se contenter de certains emplois voire du travail non déclaré. En effet, pourquoi s'inscrire dans une logique contributive alors que des droits sont accordés sans contribution ? Pourquoi prendre le risque de dépasser un plafond de ressources alors que telle prestation est sous condition de ressources ?

Peux-t-on dans ce contexte continuer à parler d'égalité et notamment d'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes alors que les femmes ont dans ce domaine des avantages sociaux dont il faudrait pourtant mesurer la portée et la finalité ?

REMISE EN CAUSE JURISPRUDENTIELLE D'AVANTAGES FAMILIAUX AU NOM DE L'EGALITE

Les exemples les plus parlants concernent les régimes spéciaux de retraite. Le régime de retraite des fonctionnaires vient de faire l'objet de deux arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) qui remettent en cause la conception des avantages accordés aux femmes et aux mères et, dans le prolongement, les juridictions françaises interrogent à leur tour d'autres droits accordés aux femmes et aux mères.

La première affaire a porté sur la question des bonifications d'un an par enfant accordée aux mères au moment de leur retraite. La Cour de justice³, après avoir estimé que le régime de pensions en cause était un régime professionnel et donc une rémunération, a conclu à ce que l'avantage accordé était contraire à l'article 119 du Traité CEE⁴ relatif à l'égalité de rémunérations entre les travailleurs masculins et féminins. Ce droit pouvait être maintenu aux mères pour autant que les pères y aient droit, s'ils étaient à même de prouver qu'ils ont élevé leurs enfants. Dans une autre affaire, la CJCE⁵ a reconnu que le droit pour une femme fonctionnaire de prendre une retraite anticipée pour soigner un conjoint très gravement malade devait être également accordé au fonctionnaire masculin dans la même situation. Il est même paradoxal d'avoir dû interroger la CJCE sur une telle question.

Le contentieux national se développe depuis et a accordé une pension de réversion au veuf d'une femme fonctionnaire avec jouissance immédiate alors que cette pension, sans condition d'âge, sans condition de ressources était accordée aux seules veuves de fonctionnaires depuis 1853⁶. La demande émanait d'un veuf d'une femme policier, les emplois dans la police étant désormais ouverts aux femmes, cette solution était inévitable. La Cour administrative d'appel de Paris⁷ vient, enfin, d'accorder une retraite anticipée au père de 3 enfants alors que cette éventualité existait au seul bénéfice des mères fonctionnaires.

³ CJCE 29 novembre 2001, Griesmar, Droit social 2002, p. 178.

⁴ L'article 119 CEE alinéa 2 définit la notion de rémunération : « Par rémunération il faut entendre, au sens du présent article, le salaire ou traitement 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 ».

⁵ CJCE 13 décembre 2001, Mouflin

⁶ Conseil d'Etat 5 juin 2002 Choukroun, AJDA juillet-août 2002 p. 639.

⁷ CA adm Paris 18 juin 2002 Rouquette. La finalité initiale de cette mesure était d'abord nataliste pour récompenser en quelque sorte, la double journée de travail des mères.

Les finalités de ces mesures étaient diverses, soit natalistes, soit familialistes, mais n'est-ce pas finalement la même chose ?

Le régime général ne connaît pas des mesures aussi caricaturales concernant les femmes. Des bonifications de 2 ans par enfant existent cependant. La réforme du régime des fonctionnaires sur ce point risque d'avoir également des conséquences dans le régime général. Il faut noter également que pratiquement dans tous les régimes, des majorations⁸ pour avoir élevé trois enfants sont accordées en pourcentage de la retraite aux pères comme aux mères. La question de l'existence d'une discrimination peut être soulevée puisqu'un même enfant «rapporte» différemment au père et à la mère. Une majoration forfaitisée ne serait-elle pas plus judicieuse ?

Enfin, la pension de réversion dans le régime général, est accordée dans les mêmes conditions au veuf ou à la veuve. Elle a pour simple finalité la garantie d'un niveau minimum de ressources puisqu'elle est sous condition de ressources, fixée à un niveau très bas. Il s'agit ainsi, en fait, d'une mesure d'assistance et non pas d'assurance. Pourtant les systèmes de sécurité sociale sont financés par des cotisations. Les couples à deux revenus sont doublement imposés. « Est-il normal que l'assurance vieillesse/réversion des inactives soit financièrement supportée par la collectivité des cotisants, donc par celles qui travaillent ? »⁹

Au vu de cette jurisprudence, on peut se demander si les exigences du principe d'égalité ne risquent pas, dès lors, de se retourner contre les femmes car il apparaît certain que le législateur va rapidement réagir à de telles évolutions en raison de leurs incidences financières.

LES EXIGENCES DU PRINCIPE D'EGALITE

Ce qui est en cause en effet, c'est la conception même du principe d'égalité tant en droit du travail que dans celui de la protection sociale. L'égalité est un droit fondamental et les droits sociaux doivent être fondés sur ce principe¹⁰. Et cela pour deux raisons. La première est le caractère indissociable des droits fondamentaux. Or il existe des droits sociaux qui sont tout aussi fondamentaux que les droits civils et politiques. Les droits sociaux ne sont pas des droits inférieurs aux droits civils et politiques. Et construire des droits sur une logique de dépendance ne permet pas d'atteindre à une pleine citoyenneté.

La seconde raison tient aux acceptions différentes du principe d'égalité. Longtemps, la France a raisonné à partir d'une conception formelle du principe d'égalité : A situations comparables, traitement égal, « La loi est la même pour tous ».

Et si les femmes ont fait l'objet de dispositions spécifiques c'est parce qu'elles étaient considérées comme étant dans une situation différente en raison de leur « nature » : leur fonction était d'abord la procréation et leur place dans la famille. Les mesures étaient dites « de protection » avec maintien de la séparation des sphères privée et publique et donc des fonctions. La politique familiale avait pour finalité d'accorder des droits à la famille, pour encourager la natalité. Parler encore aujourd'hui de « libre choix » dans le discours officiel, c'est envoyer un message ambigu aux destinataires, c'est entériner le repli sur une certaine conception de la famille.

Ces dispositifs sont présentés pourtant comme étant protecteurs, à la différence d'autres conceptions qui seraient « individualistes, égalitaristes privilégiant l'objectif d'autonomie des

⁸ 10 % pour 3 enfants

⁹ Jean Jacques Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz 13 ème ed. par Rolande Ruellan, p. 487

¹⁰ Cf recherche pour la Cnaf : *Individualisation/familialisation des droits en matière de protection sociale et droits fondamentaux*, par Marie-Thérèse Lanquetin, Anissa Allouache, Nicole Kerschen, Marie-Thérèse Letablier. Juin 2002.

femmes et rejetant toute idée de mesures particulières ». En réalité, les conceptions dénoncées respectent ou tendent à faire respecter les exigences du principe d'égalité. Les pays nordiques notamment ont construit leur droit du travail et leur protection sociale en respectant d'abord le principe d'égalité entre les hommes et les femmes .

La familialisation des droits pourrait bien se retourner contre les femmes. Leur ré-examen voire leur remise en cause, méritent cependant une analyse approfondie. Le droit communautaire et le droit international des droits de l'homme nous aident à réfléchir aux mesures à prendre en conjuguant principe d'égalité et prise en considération des situations de fait, les femmes ayant majoritairement la charge des enfants.

Tant la convention de l'ONU sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes que le droit communautaire se situent dans cette problématique de l'égalité substantielle, plus concrète, plus juste en quelque sorte. Ces ordres juridiques ne refusent pas toute mesure spécifique à l'égard des femmes, mais, celle-ci doit s'inscrire dans une logique d'égalité des chances et de traitement. Ils admettent des actions positives, des mesures temporaires, qui ne sont pas constitutives de discriminations¹¹. L'article 141 du Traité d'Amsterdam¹² autorise de telles actions et permet de trouver une réponse, par exemple aux suites de l'affaire Griesmar concernant les bonifications pour enfant mais aussi à la bonification prévue par le régime général. Un tel avantage pourrait être réservé aux mères mais de façon strictement proportionnelle à l'objectif poursuivi et une clause d'ouverture aux pères devrait être formulée puisque ceux-ci sont amenés, plus que par le passé, à participer à l'éducation des enfants.

La réponse ne peut pas être une mesure formellement égalitaire. Ce ne serait qu'une apparence d'égalité. Exiger par exemple une interruption d'activité pour avoir droit à une bonification au moment de la retraite serait discriminatoire, car ce sont les femmes qui majoritairement s'arrêteront. De plus, les discriminations dans la promotion que connaissent bien souvent les femmes ne seraient nullement compensées.

L'arrêt Griesmar s'inscrit dans cette conception et c'est pourquoi il rejette l'application de l'article 6 par.3 du Protocole social de Maastricht qui permettait de réserver des avantages seulement aux femmes. La bonification, en droit français, datait de 1924 et ne pouvait constituer en rien une mesure temporaire puisqu'elle s'appliquait encore en l'état à M. Griesmar.

La recherche de l'égalité substantielle permet alors de ne pas figer les rôles. C'est la seule façon de prendre un peu plus au sérieux la notion « d'articulation de la vie professionnelle et de la vie familiale » qui selon la jurisprudence de la CJCE est « un principe qui est largement considéré dans les ordres juridiques des Etats membres comme étant le corollaire naturel de l'égalité entre hommes et femmes et reconnu comme tel par le droit communautaire »¹³. Mais dans ce domaine, il y a beaucoup à construire tant la prégnance du modèle archaïque de répartition des rôles est encore dominant.

¹¹ article 4 par 1 de la convention de l'ONU sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes adoptée en 1979 et ratifiée par la France par la loi n°83-561 du 1^{er} juillet 1983, entrée en vigueur à l'égard de la France le 13 janvier 1984.

¹² L'article 141 reprend l'article 119 du traité CEE et précise au par.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 Etat 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 ».

¹³ CJCE 17 juin 1998 Aff-243/95 Kathleen Hill